



**EXP. N° 2034-434-18**

**CONSORCIO CONSULTOR VENTANILLA Vs. SERVICIO DE AGUA POTABLE Y  
ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL**

### **LAUDO ARBITRAL**

**DEMANDANTE:**

**CONSORCIO CONSULTOR VENTANILLA** (en adelante, el demandante o el **CONSORCIO**)

**DEMANDADO:**

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

**TIPO DE ARBITRAJE:**

Institucional y de Derecho

**TRIBUNAL ARBITRAL:**

Cristian David Dondero Cassano  
(Presidente)  
Carlos Mariano Rivera Rojas (árbitro)  
Marco Antonio Martínez Zamora (árbitro)

**SECRETARIA ARBITRAL:**

Myriam Torre Janampa  
Secretaría Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP.

### **Decisión N° 8**

En Lima, a los 24 (veinticuatro) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

#### **1. EL CONVENIO ARBITRAL:**

- 1.1. Se encuentra contenido en la Cláusula Décima Séptima del Contrato N° 313-2016-SEDAPAL, suscrito el día 14 de setiembre de 2016.
- 1.2. Conforme a dicha cláusula el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el Reglamento) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, simplemente LA).

## 2. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 2.1. El 08 de abril de 2019, el árbitro Carlos Mariano Rivera Rojas remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandante.
- 2.2. El 13 de junio de 2019, el árbitro Marco Antonio Martínez Zamora remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandada.
- 2.3. El 12 de agosto de 2019, el árbitro Cristian David Dondero Cassano, remite su aceptación como presidente del Tribunal Arbitral, quedando entonces el Tribunal Arbitral válidamente constituido.

## 3. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES:

- 3.1. Mediante Decisión N° 1, de fecha 16 de setiembre de 2019, se fijaron las reglas aplicables al presente proceso.
- 3.2. Mediante Decisión N° 2, de fecha 10 de diciembre de 2019, se admitió a trámite la demanda y se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios presentados. Asimismo, se corrió traslado a SEDAPAL, a fin de que conteste la demanda y, de ser el caso, formule reconvención.
- 3.3. Mediante Decisión N° 3, de fecha 21 de julio de 2020, se admitió a trámite la contestación de demanda y se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios presentados. También se varió la presentación de escritos a la Mesa de Partes Virtual.
- 3.4. Mediante Decisión N° 4, de fecha 05 de octubre de 2020, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, se admitieron los medios probatorios presentados.
- 3.5. Mediante Decisión N° 5, de fecha 19 de noviembre de 2020, se citó a las partes a la Audiencia Única a fin de que presenten los hechos y sustenten sus posiciones.
- 3.6. Mediante Decisión N° 6, de fecha 15 de diciembre de 2020, el Tribunal Arbitral reprogramó la Audiencia Única.
- 3.7. El 13 de enero de 2021, se llevó a cabo la Audiencia Única y ésta tiene como finalidad que las partes ilustren los hechos y sustenten sus posiciones. Asimismo, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, se fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles; plazo que podrá ser prorrogado por un plazo máximo de diez (10) días hábiles.

## 4. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:



- 4.1. Mediante Determinación de Tasa Administrativa del Centro PUCP y Honorarios del Tribunal Arbitral, de fecha 12 de setiembre de 2019, se efectuó la liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

CONCEPTO	MONTO
<b>Honorarios del Tribunal Arbitral</b>	S/. 15,364.00 neto para cada uno de los árbitros
<b>Gastos Administrativos del Centro</b>	S/. 15, 232.00 más IGV.

- 4.2. Sobre los pagos de la liquidación de gastos arbitrales, se tiene que las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en las Comunicaciones N° 20, 22 y 23, de fechas 18 de octubre de 2019, 05 de febrero de 2020 y 13 de febrero de 2020, respectivamente, por los que se acredita que cada parte ha cumplido con el 50% de los mismos.

## 5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS:

- 5.1. Mediante Decisión N° 4, de fecha 05 de octubre de 2020, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

- **Primera pretensión principal:** Que el Tribunal Arbitral determine si el retraso en la ejecución del contrato es justificado o no y si este es atribuible o no al CONSORCIO.
- **Primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal:** Que, como consecuencia de la primera pretensión principal, el Tribunal Arbitral determine si se deja sin efecto o no las penalidades por mora deducidas, las cuales ascienden al 10% del monto contractual.
- **Segunda pretensión principal:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no la imposición de penalidades por demora en el levantamiento de observaciones establecidas en el Contrato N° 313-2016-SEDAPAL, de acuerdo con las normas de contrataciones.
- **Primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal:** Que, como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Arbitral determine si se deja sin efecto o no las penalidades deducidas, las cuales ascienden al 10% del monto contractual.



- **Primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal:** Que, en caso se desestime la segunda pretensión principal, el Tribunal Arbitral determine si la penalidad por demora en el levantamiento de observaciones puede ser aplicada o no porque no contiene un procedimiento para su aplicación.
- **Segunda pretensión subordinada a la segunda pretensión principal:** Que, en caso se desestime la segunda pretensión principal, el Tribunal Arbitral determine si la penalidad por demora en el levantamiento de observaciones puede ser aplicada o no porque dicho tipo infractor no se encuentra establecido en el contrato.
- **Tercera pretensión principal:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a SEDAPAL el pago de las costas y costos del proceso arbitral hasta su debido cumplimiento.

## 6. POSICIONES DE LAS PARTES:

### DE LA PARTE DEMANDANTE:

- 6.1. En su escrito de demanda, el Consorcio Consultor Ventanilla mostró las siguientes peticiones:

“(…)

#### **PETITORIO:**

**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que se determine que el retraso en la ejecución del contrato es justificado y no es atribuible al CONSORCIO, toda vez que la entidad exigió prestaciones que afectaban lo pactado en los Términos de Referencia y el cronograma contractual.

#### **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA**

**PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, como consecuencia de la primera pretensión principal, el Tribunal deje sin efecto las penalidades por mora deducidas y que ascienden al 10% del monto contractual.

**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que se determine que no corresponde la imposición de penalidades por demora en el levantamiento de observaciones establecidas en el Contrato N° 313-2016-SEDAPAL, de acuerdo a las normas de contrataciones.



**PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA**

**PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, como consecuencia de lo anterior, el Tribunal deje sin efecto las penalidades deducidas y que ascienden al 10% del monto contractual.

**PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA**

**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, en caso se desestime la segunda pretensión principal se señale que la penalidad por demora en el levantamiento de observaciones no puede ser aplicada porque no contiene un procedimiento para su aplicación.

**SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA**

**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, en caso se desestime la segunda pretensión principal se señale que la penalidad por demora en el levantamiento de observaciones no puede ser aplicada porque dicho tipo infractor no se encuentra establecido en el contrato.

**TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Determinar que corresponde ordenar a SEDAPAL al pago de costas y costos del proceso arbitral hasta su debido cumplimiento.

(...)"

6.2. A manera de antecedentes, en su escrito de demanda, el Consorcio Consultor Ventanilla señaló lo siguiente:

- Con fecha 14 de setiembre 2016, SEDAPAL y el Consorcio Consultor Ventanilla suscribieron el **CONTRATO N° 313-2016-SEDAPAL**, derivado del C.P. N° 0061- 2016-Sedapal “SERVICIO DE CONSULTORÍA PARA LA ELABORACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE PREINVERSIÓN A NIVEL DE FACTIBILIDAD DEL PROYECTO: AMPLIACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LOS SECTORES 273, 277, 278, 279, 280,394 y 395 DEL DISTRITO DE VENTANILLA”, por un monto ascendente a S/ 3'648 629,04 (Tres millones seiscientos cuarenta y ocho mil seiscientos veintinueve con 04/100 Soles) y por un plazo de ejecución contractual de doscientos cuarenta (240) días calendario.
- Con fecha 10 de octubre 2016, se suscribió la carta N° 2798-2016- EGP-N, por medio de la cual SEDAPAL da el inicio del plazo contractual del servicio de consultoría para el 10 de octubre 2016 y, se precisó que el plazo de ejecución contractual era de doscientos cuarenta (240) días calendario, contado desde la suscripción de la carta.
- Con fecha 02 de diciembre 2016 y mediante Carta N° 1814-2016/Consorcio Consultor Ventanilla/SEDAPAL, el Consorcio presentó la solicitud de la **Ampliación de plazo N° 01**, por (41 días calendario) a

consecuencia del proceso extenso de aprobación del plan de trabajo y cronograma de actividades.

- d) Con fecha 27 de diciembre 2016 fue ingresada la Carta N° 1825-2016/Consorcio Consultor Ventanilla/ SEDAPAL, por medio de la cual el Consorcio solicita la Ampliación de Plazo N° 02, de (34 días calendario) a consecuencia del proceso extenso de aprobación del plan de trabajo y cronograma de actividades para la Inspección Televisiva en Redes de Alcantarillado y Piques exploratorios de redes de agua potable, proceso que ha hecho que surjan atrasos en sus actividades y por ende, se vean imposibilitados de dar debido cumplimiento al Cronograma de Actividades del Proyecto.
- e) Mediante Carta N°0083-2017-EGP-N, de fecha 06 de enero 2017, SEDAPAL notifica la Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 05-2017-GPO, en la cual **DENIEGA** la Ampliación de Plazo N° 01 por 41 días calendario.
- f) Mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 06-2017-GPO, notificada con Carta N°125-2017-EGP-N de fecha 10 de enero 2017, SEDAPAL resuelve **DENEGAR** el pedido de Ampliación de Plazo N° 02 por 34 días calendario, debido a que consideran que el Plan de Trabajo y Cronograma de Actividades para la Inspección Televisiva en Redes de Alcantarillado y Piques exploratorios de redes de agua potable, forma parte a su vez del Plan de Trabajo, Calendario Valorizado Cronograma de Actividades del servicio de consultoría que fue aprobado antes del inicio de del servicio mediante Carta N° 2750-2016-EPG-N recibida el 05 de octubre de 2016.
- g) Con fecha 03 de febrero 2017, se recibe la Carta N° 445-2017-EGP-N, por medio de la cual SEDAPAL aprueba el informe N° 01, y donde observa que el Consorcio ha cumplido con lo establecido en el plan de trabajo y cronograma de actividades.
- h) Con fecha 06 de junio 2017 y mediante Carta N° 624-2017/Consorcio Consultor Ventanilla/SEDAPAL, solicitó la Ampliación del Plazo N° 03, por (120 días calendario), como consecuencia del incremento desmesurado en el Número de Habilitaciones Beneficiarias, por ende de Infraestructuras Proyectadas y de Infraestructuras Existentes para Mejoramiento, durante el desarrollo de la Consultoría.
- i) Con fecha 06 de junio 2017 y mediante Carta N° 622-2017/Consorcio Consultor Ventanilla/ SEDAPAL, el Consorcio presentó su solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 de (90 días calendario) con causal abierta de afectación en la programación, y a la vez, se solicita la aprobación pendiente del Informe de Avance N° 02.



- j) En dicha carta se señala que el incremento desproporcional del Caudal de Diseño de la PTAR Ventanilla, el cual según Perfil Aprobado por la OPI FONAFE y Bases Integradas del servicio, lo cuantifican en  $Q_d=280 \text{ l/s}$ , a la fecha en el estudio de Factibilidad se incorpora un nuevo sector con lo cual se tiene un caudal de diseño igual a  $Q_d=600 \text{ l/s}$ , apreciándose un incremento del 114% del caudal inicialmente proyectado. Asimismo, se señala que se encuentra pendiente de aprobación, el Informe de Avance N° 02, según Cronograma de Actividades este contiene como principal meta, la aprobación del Balance Oferta - Demanda PTAR de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado, hito para nuestros especialistas para que puedan desarrollar los diseños según los nuevos requerimientos.
- k) Con fecha 20 de junio 2017, se notificó la carta N° 1980-2017-EGP-N, en la cual SEDAPAL mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 147-2017-GPO, deniega la solicitud de ampliación de plazo N° 04 por 90 días calendario.
- l) Con fecha 20 de junio 2017, se notificó la carta N° 1981-2017-EGP-N, en la cual SEDAPAL mediante Resolución de Gerencia de Proyectos y Obras N° 148-2017-GPO, se deniega la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 120 días calendario.
- m) Con fecha 04 de agosto 2017, se presentó la Solicitud de Conciliación con relación a la denegatoria de la ampliación de plazo N° 03.
- n) Con fecha 04 de agosto 2017, se presentó la Solicitud de Conciliación con relación a la denegatoria de la ampliación de plazo N° 04.
- o) Con fecha 08 de agosto 2017, se recibe la Carta N° 2591-2017-EGP-N por medio de la cual se informa la Aprobación del Informe N° 02 y la **Aplicación de penalidad por incurrir en la infracción N° 04** (No cumple con la subsanación de Observaciones de los entregables en el plazo establecido, observaciones persistentes, registradas en el Libro de Actas o cartas remitidas), **por lo cual se aplicó una penalidad de S/ 145 945,16 soles que se descontó en la valoración.**
- p) Con Carta N° 3338-2017-EGP-N, de fecha 10 de octubre 2017, se informa la Revisión y Devolución del levantamiento de Observaciones N° 3, en dicha carta se informa del otorgamiento de 03 días hábiles para subsanar las observaciones encontradas en el Informe N° 03. Asimismo, señala que el Consorcio, al no absolver las observaciones en el plazo establecido, **ha incurrido en penalidad según lo señalado en los términos de referencia, y que se computará la penalidad desde el 15 de junio de 2017.**
- q) Con Carta N° 3379-2017-EGP-N, de fecha 12 de octubre de 2017, SEDAPAL informa de la Revisión y Devolución del Levantamiento de

Observaciones N°4, y del otorgamiento de 03 días hábiles para subsanar las observaciones encontradas en el Informe N°04. Asimismo, señala que el Consorcio **al no absolver las observaciones en el plazo establecido, ha incurrido en penalidad según lo señalado en los términos de referencia, y que se computará la penalidad desde el 22 de julio 2017.**

- r) Con fecha 23 de febrero 2018, se suscribe la carta N° 108-2018-EEpre, en el cual se informa la Aprobación del informe N° 03, de acuerdo a que el Consorcio cumplió con lo establecido en los términos de referencia.
  - s) Con fecha 11 de abril de 2018, se suscribe la carta N° 231- 2018- EEpre, en el cual se informa la aprobación del informe N° 04, de acuerdo a que el Consorcio Consultor Ventanilla ha cumplido con lo establecido en los términos de referencia, donde se indica que de acuerdo al informe N° 04, el costo total de la Ejecución de Obra asciende a S/. 423'870,877.23 soles, que corresponde el costo de Obras generales y obras secundarias ascendente a S/. 265'535,773.12 soles y el costo de la ejecución de Obras de la planta de tratamiento de aguas residuales ascienden a S/ 160'335,104.11 soles.
  - t) Con fecha 28 de agosto 2018, mediante Carta N° 429-2018-EEpre, en la que se informa respecto de la Valoración N°05, **y a la vez proceder a aplicar la penalización por 263 días de retraso, equivalente al 10% del monto de contrato de acuerdo al art. 133º del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado.**
  - u) Se presentó la solicitud de conciliación con relación a la aplicación de penalidades y con fecha 12 de noviembre se suscribió el Acta de Conciliación por falta de acuerdo.
- 6.3. El Consorcio Consultor Ventanilla, esbozó como fundamento de sus pretensiones los siguientes argumentos relacionados con los términos de referencia del servicio de consultoría en general objeto de contratación:
- a) El demandante afirma: Los retrasos en la ejecución de la prestación no son imputables al Consorcio, por lo que son justificados y por tanto no corresponde la aplicación de la penalidad por mora
  - b) En el presente caso, SEDAPAL ha impuesto al CONSORCIO penalidades por retraso en la ejecución de la prestación, equivalente al 10% del monto contractual, esto es S/ 364,862.9, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 313-2016-Sedapal derivado del Concurso Público N° 0061- 2016-Sedapal "Contrato por Servicio de Consultoría para la Elaboración de los Estudios de Preinversión a nivel de factibilidad del proyecto:



Ampliación y Mejoramiento de los sistemas de Agua Potable y alcantarillado de los sectores 273, 277, 278, 279, 280, 394 y 395 del Distrito de Ventanilla" (en adelante, el Contrato), cuyo plazo de ejecución contractual es de doscientos cuarenta (240) días calendarios y se encuentra bajo el sistema de contratación a Suma Alzada, y de conformidad con el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el Reglamento).

- c) Sin embargo, dicha parte considera que no corresponde la aplicación de penalidades por mora, de conformidad con el artículo 133 del reglamento, que establece que la penalidad se aplica en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.
- d) Así, el último párrafo del artículo 133 establece lo siguiente:

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

(...)

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite de modo **OBJETIVAMENTE** sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.

Esta calificación de retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo."

- e) En ese sentido, a lo largo de la ejecución del servicio, han existido hechos que resultan **OBJETIVAMENTE** responsables del mayor tiempo empleado para la ejecución del servicio y que justifican el retraso en su ejecución.
- f) Así, el demandante enunció las cuatro siguientes acompañadas de sus correspondientes argumentos:
  - ❖ El incremento desmesurado de Habilitaciones.
  - ❖ Proyección de mayor numero de infraestructuras a las proyectadas.
  - ❖ Mejorar las infraestructuras existentes que no han sido consideradas en el Perfil y términos de referencia.
  - ❖ El incremento desproporcional del caudal de diseño de la PTAR ventanilla de 280 l/s a 600 l/s.

**❖ EL INCREMENTO DESMESURADO DE HABILITACIONES**

- a) En el presente la Entidad habría impuesto al CONSORCIO penalidades por retraso en la ejecución de la prestación de acuerdo al artículo 133 del Reglamento de la Ley, equivalente al 10% del monto contractual, esto es S/ 364 862,9, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula



Décimo Tercera del Contrato N° 313-2016-Sedapal. Ello fue informado con fecha 28 de agosto de 2018, mediante Carta N° 429-2018-EEpre.

- b) Al respecto, el sistema de contratación establecido en el Contrato fue el de Suma Alzada, y en el artículo 14º del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el Reglamento) se define de la siguiente manera:

***"Artículo 14.- Sistema de Contratación***

Las contrataciones pueden contemplar alguno de los siguientes sistemas de contratación:

1. A suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas. El postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, para cumplir con el requerimiento.

Tratándose de obras, el postor formula dicha oferta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva, presupuesto de obra que forman parte del expediente técnico, en ese orden de prelación; debiendo presentar para la suscripción del contrato el desagregado de partidas que da origen a la oferta. El mismo orden de prelación se aplica durante la ejecución de la obra.

Tratándose de consultoría de obras, el postor formula su oferta considerando los trabajos necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida, según los términos de referencia y el valor referencial, en ese orden de prelación.  
 (...)"

- c) Ahora bien, el objeto del Contrato, fue la contratación del "Servicio de Consultoría para la Elaboración del Estudio de Pre inversión a nivel de factibilidad del proyecto: Ampliación y mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de los Sectores 273, 277, 278, 279, 280, 394 y 395 - Distrito Ventanilla", cuyos Términos de Referencia<sup>1</sup> establecieron que la población directa beneficiada son 157 815 habitantes, aproximadamente, siendo un total de 94 habilitaciones beneficiadas, las cuales se detallan de la forma siguiente:

<sup>1</sup> Págs. 32 al 34 de los Términos de Referencia del Contrato N° 313-2016-SEDAPAL.



**Cuadro de Habilitaciones Programadas (que cuentan con los servicios de agua potable y alcantarillado)**

<b>SECTORES</b>		<b>HABILITACIONES CON PLANO VISADO Y SERVICIOS</b>
SECTOR 273	1	URB. ANTONIA MORENO DE CACERES SECTOR I
	2	URB. ANTONIA MORENO DE CACERES SECTOR II
	3	URB. ANTONIA MORENO DE CACERES SECTOR III
	4	URB. ANTONIA MORENO DE CACERES SECTOR IV
	5	URB. ANTONIA MORENO DE CACERES SECTOR V
	6	URB. ANTONIA MORENO DE CACERES SECTOR VI
SECTOR 277	7	ASOCIACIÓN DE VIVIENDA SANTA ROSA
	8	PUEBLO JOVEN FRANCISCO TUDELA
	9	URBANIZACIÓN INDUSTRIAL
	10	URBANIZACIÓN AMPLIACIÓN SATÉLITE
	11	URBANIZACIÓN PEDRO CUEVA
	12	URBANIZACIÓN LOS PRÓCERES
	13	URBANIZACIÓN SATÉLITE
	14	A.H. HIJOS DE JOSÉ FRANCISCO TUDELA
SECTOR 278	15	A.H. JOSÉ GABRIEL CONDORCANQUI
	16	A.H. RICARDO DURÁN FLORES
	17	A.H. LAS FLORES
	18	A.H. ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI
	19	A.H. JOSÉ CARLOS MARIÁTEGUI
	20	A.H. 1° DE MAYO
	21	P.J. EL PROGRESO
	22	A.H. VENTANILLA ALTA
	23	A.H. MOISÉS WOLL
	24	ASOCIACIÓN DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA
	25	A.H. CÉSAR VALLEJO
	26	AGRUPACIÓN POBLACIONAL LAS BRISAS DE VENTANILLA ALTA
	27	A.H. ATALAYA
	28	A.H. NUEVO MILENION
	29	A.H. LOS JARDINES
SECTOR 279	30	A.H. LAS AMAZONAS
	31	A.H. HIJOS DE VENTANILLA ZONA 1
	32	A.H. HIJOS DE VENTANILLA ZONA 2
	33	A.H. HIJOS DE VENTANILLA ZONA 3
	34	A.H. HIJOS DE VENTANILLA ZONA 4
	35	A.H. HIJOS DE VENTANILLA ZONA 5
	36	A.H. LOS PORTALES HIJOS DE VENTANILLA
	37	A.H. MARÍA JOSÉ CÓRDOVA DE MARCOS



SECTOR 280	38	A.H. LAS COLINAS
	39	A.H. CONFRATERNIDAD III ETAPA
	40	A.H. CONFRATERNIDAD IV ETAPA
	41	A.H. CONFRATERNIDAD V ETAPA
	42	A.H. JARDINES DE MI PERÚ
	43	A.H. ISRAEL ES EL MAESTRO - MI PERÚ
	44	A.H. REYNALDO ENCALADA MI PERÚ
	45	A.H. LOS GIRASOLES DE MI PERÚ
	46	A.H. HIJOS DE MI PERÚ
	47	A.H. LOS JAZMINES
	48	A.H. 15 DE JULIO - MI PERÚ
	49	A.H. 07 DE JUNIO
	50	A.H. 14 DE MARZO AMPLIACIÓN - MI PERÚ
	51	A.H. 13 DE NOVIEMBRE
	52	A.H. LOS ROSALES
	53	A.H. SEÑOR DE LOS MILAGROS - MI PERÚ
	54	A.H. SEÑOR DEL MAR

**Cuadro de Habilidades Programadas que no cuentan con los servicios de agua potable y alcantarillado**

SECTORES		HABILITACIONES CON PLANO VISADO, SIN SERVICIOS
SECTOR 278	55	A.H. AMPLIACIÓN MOISÉS WOLL
	56	A.H. LAS LOMAS DE VENTANILLA
	57	ASOCIACIÓN DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA SECTOR SEGUNDO A MZ. 6 E2A Y E2B
	58	ASOCIACIÓN DE POBLADORES VENTANILLA ALTA AMPLIACIÓN DE LOS HIJOS DE LA ZONA A MZ. E2C
	59	AGRUPACIÓN POBLACIONAL MARIELITA PRIMO
	60	ASOCIACIÓN DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA AMPLIACIÓN (Mzs. Ñ5, Ñ5A, Ñ5B Y Ñ6)
	61	AGRUPACIÓN POBLACIONAL LOS DESCENDIENTES DE VENTANILLA ALTA
	62	AGRUPACIÓN POBLACIONAL CHIMPUN CALLAO ZONA A VENTANILLA ALTA
	63	A.H. SEÑOR DE LA JUSTICIA
	64	A.H. LAS PALMERAS
	65	AGRUPACIÓN POBLACIONAL 8 DE OCTUBRE
	66	ASOCIACIÓN POBLACIONAL DE VENTANILLA ALTA MZ. A4
	67	A.H. HIJOS DE LAS FLORES
SECTOR 280	68	A.H. LAS CASUARINAS DE VIRGEN DE GUADALUPE
SECTOR 394	69	A.H. VILLA LOS REYES - SECTOR IV
SECTOR 395	70	A.H. LA PAZ III
	71	A.H. LUIS FELIPE DE LAS CASAS II



72	A.H. FÉLIX MORENO CABALLERO II
73	A.H. VIRGEN DE LAS MERCEDES
74	A.H. AMPLIACIÓN DE LA BAHÍA BLANCA

SECTORES	HABILITACIONES SIN PLANO VISADO Y SERVICIOS
SECTOR 277	75 AGRUPACIÓN FAMILIAR VIRGEN DE FÁTIMA
	76 A.H. 21 DE AGOSTO
SECTOR 278	77 A.H. 22 DE OCTUBRE
	78 AGRUPACIÓN POBLACIONAL LOS HIJOS DE LA MANZANA 3
	79 A.H. MANZANA R1
	80 A.H. MANZANA R2
	81 A.H. MANZANA R3
	82 A.H. MANZANA JR
	83 A.H. 20 DE SETIEMBRE
	84 A.H. HIJOS DE LA AMPLIACIÓN ZONA B
	85 ASOCIACIÓN DE POBLADORES LOS TRIUNFADORES DE VENTANILLA ALTA
SECTOR 279	86 A.H. HIJOS DE VENTANILLA AMPLIACIÓN ZONA 1
	87 A.H. HIJOS DE VENTANILLA AMPLIACIÓN ZONA 4
	88 A.H. HIJOS DE VENTANILLA AMPLIACIÓN ZONA 5
SECTOR 280	89 A.H. VISTA ALEGRE
	90 A.H. OMAR MARCO
	91 A.H. S/NOMBRE N°1
SECTOR 394	92 A.H. VIRGEN DEL CARMEN
	93 A.H. SAN MARTÍN
	94 ASOC. POB. COPACABANA

- d) Ahora bien, sobre el incremento de habilitaciones que generó el retraso en la ejecución de la prestación, corresponde señalar que en el desarrollo del trabajo de campo realizado por el consorcio, se ha identificado y cuantificado que la cantidad de habilitaciones beneficiadas son un total de 160 habilitaciones y no de 94 como se señaló evidenciándose así un incremento del 70% de lo señalado contractualmente. Este incremento de habilitaciones, según sostienen, es ajena a la voluntad del CONSORCIO.
- e) En el siguiente cuadro se puede visualizar el listado de las 160 Habilitaciones que actualmente están siendo beneficiadas con el Estudio:

**Total de habilitaciones que forman parte del Estudio**

CUADRO DE HABILITACIONES		
Nº	SECTOR	NOMBRE DE LA HABILITACIÓN



1	273	URB. ANTONIA MORENO DE CACERES SECTOR 1
2		URB. ANTONIA MORENO DE CACERES SECTOR 2
3		URB. ANTONIA MORENO DE CACERES SECTOR 3
4		URB. ANTONIA MORENO DE CACERES SECTOR 4
5		URB. ANTONIA MORENO DE CACERES SECTOR 5
6		URB. ANTONIA MORENO DE CACERES SECTOR 6
7	277	URB. CIUDAD SATÉLITE
8		AA.HH. 24 DE AGOSTO
9		AA.HH. FRANCISCO TUDELA
10		URB. INDUSTRIAL
11		URB. PEDRO CUEVA
12		ASOC. DE ADJUDICADORES URB. LOS PRÓCERES
13		ASOCIACIÓN DE VIVIENDA SANTA ROSA
14		URB. AMPLIACIÓN SATÉLITE
15		AA.HH. VIRGEN DE FÁTIMA
16		AA.HH. VIRGEN DE FÁTIMA - 8 DE OCTUBRE
17		AA.HH. AMPLIACIÓN FRANCISCO TUDELA
18		CONDOMINIO LAS CASUARINAS DE VENTANILLA
19		JUNTA VECINAL URB. CIUDAD SATÉLITE MZ. Ñ5C, Ñ5D, Ñ5E
20	278	AA.HH. ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI
21		AA.HH. JOSÉ CARLOS MARIÁTEGUI
22		AA.HH. RICARDO DURÁN FLORES
23		AA.HH. 1° DE MAYO
24		AA.HH. MOISÉS WOLL DÁVILA
25		AA.HH. ASOC. DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA
26		AA.HH. JOSÉ GABRIEL CONDORCANQUI
27		AMPLIACIÓN MOISES WOLL
28		AA.HH. AMPLIACIÓN LAS FLORES
29		AA.HH. LAS LOMAS DE VENTANILLA ALTA
30		PUEBLO JOVEN EL PROGRESO
31		ASOC. DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA SECTOR SEGUNDO ZONA A MZ. E2A, E2B
32		AA.HH. ASOC. DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA AMPLIACIÓN DE LOS HIJOS DE LA ZONA A MZ. E2C Y E2D
33		AA.HH. MARIELITA PRIMO
34		AA.HH. VENTANILLA ALTA MZ Ñ5, Ñ5A, Ñ5B, Ñ6
35		AA.HH. LOS DESCENDIENTES DE VENTANILLA ALTA
36		AA.HH. CHIMPUN CALLAO
37		AA.HH. SEÑOR DE LA JUSTICIA
38		AA.HH. 22 DE OCTUBRE
39		AA.HH. CÉSAR VALLEJO
40		AGRUPACIÓN POBLACIONAL LAS PALMERAS DE VENTANILLA ALTA



41	AGRUPACIÓN POBLACIONAL HIJOS DE LA MZ 3
42	AA.HH. ASOC. DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA MZ A4
43	AA.HH. LOS TRIUNFADORES DE VENTANILLA ALTA
44	AA.HH. HIJOS DE LAS FLORES
45	AGRUPACIÓN POBLACIONAL 8 DE OCTUBRE
46	AMPLIACIÓN AA.HH. ASOC. DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA MZ X1
47	AA.HH. LAS BRISAS
48	ASOC. DE POBLADORES VENTANILLA ALTA (ZONA B) MZ 5,6,7
49	JUNTA VECINAL MICAELA BASTIDAS (MZ - R2)
50	JUNTA VECINAL R-3 VENTANILLA ALTA
51	JUNTA VECINAL AMPLIACIÓN J3 VENTANILLA ALTA
52	AA.HH. ASOC. DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA MZ -C08-C09-C10-C11
53	JUNTA VECINAL - AA.HH. AMPLIACIÓN DE LA MZ A4 ZONA A VENTANILLA ALTA
54	JUNTA VECINAL AMPLIACIÓN MZ D LOS PORTALES
55	AA.HH. ASOC. DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA MZ 6D Y 7D
56	AGRUP. POBLACIONAL SANTA ROSA DE LIMA
57	ASOC. DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA MZ V1A, V1B, V1C, V1D, V1E
58	AMPLIACIÓN AA.HH. ASOC. DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA (MZ-K2)
59	ASOC. DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA (EX ATALAYA)
60	AA.HH. AMAZONAS
61	AA.HH. ASOC. DE POBLADORES DE VENTANILLA ALTA – AMPLIACIÓN
62	AA.HH. RICARDO DURÁN FLORES (AMPLIACIÓN)
63	AA.HH. EL MIRADOR DE VENTANILLA ALTA
64	ASOC. LAS MINAS DEL REY SALOMON
65	AGRUP. POBLACIONAL SANTA ROSA DE LIMA
66	AGRUPACIÓN POBLACIONAL VIÑAS DE LAS FLORES
67	URB. POPULAR DE INTERÉS SOCIAL LOS HUERTOS DE VILLA MERCEDES
68	AGRUPACIÓN POBLACIONAL 25 DE OCTUBRE
69	279 AA.HH. HIJOS DE VENTANILLA ZONA 1
70	
71	
72	
73	



74	AA.HH. HIJOS DE VENTANILLA ZONA 1 AMPLIACIÓN
75	AA.HH. HIJOS DE VENTANILLA ZONA 4 AMPLIACIÓN
76	AA.HH. LOS PORTALES HIJOS DE VENTANILLA
77	AA.HH. MARÍA JOSÉ CORDOVA DE MARCOS
78	AA.HH. HIJOS DE VENTANILLA ZONA 5 AMPLIACIÓN
79	AMPLIACIÓN AA.HH. MARÍA JOSÉ CÓRDOVA DE MARCOS
80	AGRUPACIÓN POBLACIONAL 12 DE OCTUBRE
81	AA.HH. VISTA ALEGRE
82	AA.HH. LAS COLINAS
83	AA.HH. CONFRATERNIDAD V ETAPA
84	AA.HH. CONFRATERNIDAD IV ETAPA
85	AA.HH. CONFRATERNIDAD III ETAPA
86	AA.HH. 07 DE JUNIO
87	AA.HH. REYNALDO ENCALADA TOVAR
88	AA.HH. LOS GIRASOLES
89	AA.HH. HIJOS DE MI PERÚ
90	AA.HH. LOS JAZMINES
91	AA.HH. 15 DE JULIO
92	AA.HH. 14 DE MARZO AMPLIACIÓN
93	AA.HH. 13 DE NOVIEMBRE
94	AA.HH. LOS ROSALES
95	AA.HH. SEÑOR DE LOS MILAGROS
96	AA.HH. SEÑOR DEL MAR
97	AA.HH. VILLA EMILIA
98	AGRUPACIÓN MI PERÚ SUPER MANZANA 16
99	APV SAN MARTÍN
100	AA.HH. NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES - MI PERÚ
101	AA.HH. SANTA ROSA - MI PERÚ
102	AA.HH. SEÑOR DE LUREN
103	AA.HH. DANIEL ALCIDES CARRIÓN
104	AA.HH. PERÚ 2000
105	AA.HH. EL PARAÍSO DE MI PERÚ
106	AA.HH. SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS
107	AA.HH. VILLA DEL MAR
108	AA.HH. AGRUPACIÓN VECINAL VIRGEN DEL ROSARIO
109	AA.HH. VIRGEN DE GUADALUPE
110	AGRUPACIÓN POBLACIONAL 6 DE OCTUBRE
111	AA.HH. LOS JARDINES DE MI PERÚ
112	AA.HH. ISRAEL ES EL MAESTRO
113	AA.HH. JESÚS NAZARENO EL ARENAL
114	AA.HH. AMPLIACIÓN HIJOS VILLA DEL MAR



115	AA.HH. AMPLIACIÓN LAS COLINAS
116	AA.HH. VISTA ALEGRE
117	AA.HH. AGRUP. POBLACIONAL AMPLIACIÓN 15 DE JULIO
118	AA.HH. OMAR MARCOS
119	AA.HH. LAS CASUARINAS DE GUADALUPE
120	AGRUPACIÓN POBLACIONAL 3 DE FEBRERO
121	AA.HH. AIDA GARCÍA DE SOTOMAYOR
122	AGRUPACIÓN POBLACIONAL NUESTRA SEÑORA DE LA ESPERANZA
123	AA.HH. CONFRATERNIDAD
124	JUNTA VECINAL LOS PINOS MI PERÚ
125	AA.HH. JUAN SOTOMAYOR GARCÍA
126	AGRUPACIÓN POBLACIONAL VISTA AL MAR
127	AMPLIACIÓN 1
128	AA.HH. CORAZÓN DE JESÚS
129	AA.HH. 12 DE OCTUBRE
130	AA.HH. EL GOLFO DE VENTANILLA
131	AA.HH. VILLA LOS REYES AMPLIACIÓN SECTOR NUEVA GENERACIÓN
132	AA.HH. VILLA LOS REYES IV SECTOR
133	AA.HH. VIRGEN DEL CARMEN
134	AA.HH. LOS LAURELES (I, II, III SECTOR)
135	AA.HH. VILLA LOS REYES SECTOR I
136	AA.HH. VILLA LOS REYES SECTOR II
137	AA.HH. VILLA LOS REYES SECTOR III
138	AA.HH. SAN JUAN BOSCO
139	AA.HH. LOS ÁNGELES
140	ASOC. DE PROPIETARIOS DE VIVIENDA SAN MARTÍN (A.H. SAN MARTÍN)
141	AA.HH. LAMPA DE ORO
142	ASOC. DE DIV. NIÑO DIVINO (ASOC. DE POB. COPACABANA)
143	AA.HH. CÉSAR VALLEJO
144	AA.HH. MONTE SION
145	AA.HH. LEONCIO PRADO OESTE
146	PUEBLO JOVEN SAN JOSÉ
147	AA.HH. FELIPE DE LAS CASAS GRIEVE
148	AA.HH. KEIKO SOFÍA FUJIMORI FUJIMORI
149	AA.HH. HIJOS DE VILLA DE LOS REYES AMPLIACIÓN MZ Z1 Y Z2
150	AA.HH. FÉLIX MORENO CABALLERO II
151	AA.HH. LA PAZ (SECTOR I, II, III)
152	AA.HH. SAN PABLO



153	AA.HH. LUIS FELIPE DE LAS CASAS II ETAPA
154	AA.HH. AGRUPACIÓN VIRGEN DE LAS MERCEDES
155	AA.HH. AMPLIACIÓN BAHÍA BLANCA
156	AA.HH. SAN PEDRO
157	ASOC. SANTA MARGARITA
158	AA.HH. NUEVO PROGRESO
159	AA.HH. HIJOS DE VILLA LOS REYES
160	AA.HH. LOS CEDROS

- f) Así, las metas en campo para el CONSORCIO habrían aumentado un 70% más, acrecentando los mayores trabajos y también los plazos que fueron programados en el Plan de Trabajo, Calendario Valorizado y Cronograma de actividades.
- g) Se debe tener en cuenta que el CONSORCIO presentó con Carta N° 1411- 2016/CCV/Sedapal el Plan de Trabajo, Calendario Valorizado y Cronograma de Actividades considerando los documentos contractuales que señalaban que el Proyecto duraría 240 días calendarios y que el Campo de Estudio eran las 94 habilitaciones; **pero siendo que el campo de trabajo se modificó y acrecentó al aumentar las habilitaciones beneficiarias, el Cronograma Aprobado necesitaba también ser modificado de acuerdo al trabajo real que el CONSORCIO viene desarrollando.**
- h) Por lo cual, a razón de lo antes explicado, el mayor plazo que demandó la ejecución del servicio no es por razones imputables al CONSORCIO, ya que demandó adecuar el trabajo al aumento del 70% de las habilitaciones beneficiadas, y así poder dar debido cumplimiento al Contrato, culminando con las labores que se encuentran en proceso, las cuales son:
  - Topografía
  - Planos Hidráulicos electromecánicos, estructurales, automatización de Agua Potable
  - Planos Hidráulicos igual de Alcantarillado
  - Completar el Estudio de Suelos
  - Saneamiento Físico Legal
  - Formulación y Evaluación Económica y Financiera del Proyecto
  - Entre otras labores necesarias tanto de campo como de Gabinete.
- i) Al respecto, mediante Carta N° 1981-2017-EGP-N de fecha 20 de junio de 2017, SEDAPAL señaló que el CONSORCIO tenía que actualizar el catastro del perfil con la finalidad de cubrir todas las zonas de ampliación, puesto que ello habría sido de conocimiento del Consorcio al participar del proceso de selección, conforme se encuentra establecido en los Términos de Referencia del Concurso Público N° 0061-2016-SEDAPAL del ítem 5 (Habilitaciones y Población



Beneficiadas) que menciona: “(...) Sin embargo, el Consultor que elabore el estudio de pre inversión a nivel de Factibilidad deberá actualizar el catastro de habilitaciones encontradas en el Perfil (año 2010) ubicados dentro de las ampliaciones de los sectores que comprende el proyecto, ya sea las que se encuentran saneadas como las que se encuentran en proceso de saneamiento físico legal, inmobiliarias privadas o promovidas por el Estado, esto con la finalidad de cubrir la demanda de todas las zonas de ampliación. Dichos trabajos son parte de los trabajos del Consultor y no deben implicar adicional alguno (...)”.

- j) En el presente caso, conforme al Contrato, SEDAPAL y el CONSORCIO se sujetaron a los siguientes presupuestos:
  - a. Según el Contrato el sistema de contratación era a Suma Alzada, por lo que de conformidad con el artículo 40 del Reglamento, “las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación [estaban] totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia (...)”.
  - b. El ítem 5. HABILITACIONES Y POBLACIÓN BENEFICIADAS de los Términos de Referencia establece “La población directa beneficiada es de 157,815 habitantes aproximadamente. Las habilitaciones beneficiadas referenciales son aquellas que pertenecen a los sectores: 273, 277, 278, 279, 280, 394 y 395 (...”).
  - c. El ítem 5. HABILITACIONES Y POBLACIÓN BENEFICIADAS de los Términos de Referencia establece que “Sin embargo, el consultor que elabore el estudio de preinversión a nivel de Factibilidad deberá actualizar el catastro de habilitaciones encontradas en el Perfil (año 2010) ubicados dentro de las ampliaciones de los sectores que comprende el proyecto, ya sea las que se encuentran saneadas como las que se encuentran en proceso de saneamiento físico legal, inmobiliarias privadas o promovidas por el estado esto con la finalidad de cubrir la demanda de todas las zonas de ampliación. Dichos trabajos son parte de los trabajos del consultor y no deben implicar adicional alguno.



- k) Ahora bien, como se puede observar, los términos de referencia señalan que la información proporcionada en cuanto al número de habilitaciones es referencial, ello no puede llevarse al extremo de considerar que el número de habilitaciones puede ser un porcentaje tan alto 70% del previsto en los Términos de Referencia.
- l) La interpretación de dicho extremo de los términos de referencia debe realizarse de conformidad con lo establecido en la Ley y en el Reglamento de la Ley de Contrataciones.
- m) El artículo 14º del Reglamento, establece que el sistema de contratación a suma alzada es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación adicional estén definidas en las especificaciones técnicas o en los términos de referencia.
- n) Asimismo, señala que el postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución para cumplir con el requerimiento, y en el caso de consultoría de obras, el postor formula su oferta considerando los trabajos necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida, según los términos de referencia y el valor referencial, en ese orden de prelación, por lo que considerar que el número de habilitaciones es indeterminado va en contra de lo establecido en la norma.
- o) Lo que sí corresponde al contratista es verificar la información proporcionada con relación a las habilitaciones pudiendo disminuir o aumentar en su número, pero alrededor de dicho número y no como ha sucedido en el presente caso, en el que ha incremento en un 70%, lo que evidencia claramente que los términos de referencia no están de acuerdo al sistema de contratación utilizado.
- p) En ese sentido, señala el Reglamento que el sistema de contratación a suma alzada es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas o en los términos de referencia.
- q) De acuerdo a lo señalado en el artículo 14º del Reglamento el CONSORCIO presentó su oferta, considerando los trabajos necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida en los términos de referencia y el valor referencial. Asimismo, el CONSORCIO presentó la estructura de costos o detalle de los precios unitarios, en el momento del perfeccionamiento del contrato de acuerdo a las Bases Integradas y lo establecido en la Oferta Económica.
- r) Finalmente, cabe precisar que de conformidad con los artículos 16º de la Ley de Contrataciones y 8º del Reglamento, el área usuaria es la responsable de formular de manera objetiva y precisa las



especificaciones técnicas<sup>2</sup> o términos de referencia<sup>3</sup>, que integran el requerimiento, orientados al cumplimiento de las funciones de la entidad, además de justificar la finalidad pública de la contratación.

- s) Así, consideran hay evidencia una desnaturalización en el sistema de contratación a suma alzada a través del cual se contrató, por lo que dichas prestaciones resultan inexigibles y, por tanto, no pueden generar la aplicación de penalidades.

❖ **PROYECCIÓN DE MAYOR NUMERO DE INFRAESTRUCTURAS A LAS PROYECTADAS**

- a) Un segundo hecho que el Tribunal debe tener en cuenta, es que se ha dado un incremento del 70% de Habilitaciones, y que este incremento ha afectado también al diseño de infraestructuras proyectadas ya que, al existir nuevas habilitaciones sube el número de beneficiarios, por lo que es mayor el abastecimiento del servicio dando como consecuencia que EL CONSORCIO tenga que proyectar mayores infraestructuras en cotas topográficas más altas, todo ello para el éxito del proyecto.
- b) En el siguiente Cuadro, consideran la infraestructura considerada en el Estudio de Perfil y las infraestructuras proyectadas necesarias en el presente Estudio de Factibilidad:

DESCRIPCIÓN	TIPO	INFRAESTRUCTURAS PROYECTADAS	
		PERFIL	FACTIBILIDAD
RAP-01	Reservorio Apoyado	Proyectado	✓ ✓
RAP-02	Reservorio	Proyectado	✓ ✓
RAP-03	Reservorio	Proyectado	✓ ✓
RAP-04	Rcscrvorio	Proyectado	✓ ✓
RAP-05	Rescrvorio	Proyectado	✓ ✓
RAP-06	Rcsrvorio	Proyectado	No ✓
RAP-07	Rescrvorio	Proyectado	No ✓
RAP-08	Rcscrvorio	Proyectado	No ✓
RRP-01	Rescrvorio	Proyectado	No ✓
CP-01	Cisterna	Proyectada	No ✓
REP-01	Reservorio	proyectado	✓ ✓
REP-02	Rescrvorio	proyectado	✓ ✓
REP-03	Rescrvorio	proyectado	No ✓

<sup>2</sup> Especificaciones Técnicas: Descripción de las características técnicas y/o requisitos funcionales del bien a ser contratado. Incluye las cantidades, calidades y las condiciones bajo las que deben ejecutarse las obligaciones. De conformidad con el Anexo Único de Definiciones del Reglamento.

<sup>3</sup> Términos de Referencia: Descripción de las características técnicas y las condiciones en que se ejecuta la contratación de servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra. En el caso de consultoría, la descripción además incluye los objetivos, las metas o resultados y la extensión del trabajo que se encomienda (actividades), así como si la Entidad debe suministrar información básica, con el objeto de facilitar a los proveedores de consultoría la preparación de sus ofertas. De conformidad con el Anexo Único de Definiciones del Reglamento.

- c) Como se visualiza, las infraestructuras que se han adicionado en la Etapa de Factibilidad son los siguientes Reservorios:
- Proyectados A poyados: RAP-06,
  - Proyectados Apoyados: RAP-07,
  - Proyectados Apoyados: RA P-08,
  - Proyectados Apoyados: RRP-01,
  - Proyectado Elevado: REP-03 y,
  - Cisterna proyectada: CP-01
- d) Siendo que las Infraestructuras Proyectadas se han incrementado, el CONSORCIO debió realizar mayores trabajos, lo cual generó la modificación del Cronograma de Actividades Aprobado por La Entidad, los mayores trabajos fueron en las especialidades de:
- Diseños Electromecánicos
  - Diseño Estructural
  - Arquitectura
  - Topografía - Suelos
  - Saneamiento Físico Legal
  - Metrados, Costos y Presupuesto
  - Ensayos de Laboratorio
  - Estudio de Automatización
  - Pruebas Hidráulicas
- e) Además, estos mayores trabajos han causado retraso en la labor contractual, el cual es ajeno a la voluntad del CONSORCIO, tal como se ha demostrado.

**❖ MEJORAR LAS INFRAESTRUCTURAS EXISTENTES QUE NO HAN SIDO CONSIDERADAS EN EL PERFIL Y TÉRMINOS DE REFERENCIA**

- a) El CONSORCIO sostiene que se encontró a cargo de la Etapa de Factibilidad, lo cual implica que se debía considerar los componentes del Estudio de Perfil para implementar adecuadamente el Proyecto, tal como lo señalan los Términos de Referencia del presente Proyecto.
- b) Es por ello, que en esa línea el CONSORCIO observa que en el Estudio de Perfil con código SNIP 256450, solo se consideró en el mejoramiento de estructuras, a 11 reservorios, por lo cual solo desarrollan los trabajos correspondientes a esos componentes. Decimos solo, porque en el desarrollo del diagnóstico existente que hemos realizado se ha encontrado que los sectores del área de estudio se encuentran abastecidos por 23 reservorios y no por la cantidad indicada en el Estudio de Perfil.



- c) Asimismo, se tiene que de los 23 reservorios existentes, se ha logrado determinar que se deben de realizar mejoramientos a 21 reservorios y que incluso los otros 2 reservorios que quedan serán declarados inoperativos.
- d) En el siguiente cuadro detallamos las Estructuras Existentes a las que hacemos referencia en el párrafo anterior y hacemos la atingencia de lo señalado en el Estudio de Perfil con lo realmente identificado en el Estudio de factibilidad:

<b>SECTOR</b>		<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>PERFIL</b>	<b>FACTIBILIDAD</b>
Reservorio Matriz	1	Ventanilla RP-5A	No considera	✓
S-280	2	Mi Perú R-1	No considera	✓
	3	Mi Perú R-1A	No considera	✓
	4	Mi Perú R-2	No considera	✓
	5	Satélite R-1	✓	✓
S-278	6	R-1 Ventanilla Alta (R-513)	✓	✓
	7	R-2 Ventanilla Alta (R-514)	✓	✓
	8	R-3 Ventanilla Alta (R-515)	✓	✓
	9	R-1 Condorcanqui	No considera	Quedará Inoperativo
	10	R-4 Hijos de Ventanilla (R-519)	✓	✓
S-279	11	R-1 Hijos de Ventanilla	No considera	Quedará Inoperativo
	12	R-1 A.M. Cáceres (R-510)	✓	✓
	13	R-2 A.M. Cáceres (R-511)	✓	✓
S-394	14	R-3 A.M. Cáceres (R-512)	✓	✓
	15	Villa los Reyes R-01	No considera	✓
	16	Villa los Reyes R-03	No considera	✓
	17	Los Ángeles R-05	✓	✓
S-395	18	Los Cedros RP-06	No considera	✓
	19	Los Cedros RP-02	✓	✓
	20	Los Cedros RP-01	No considera	✓
	21	Los Cedros RP-03	No considera	✓
	22	Los Cedros RP-07	No considera	✓



	23	Los Cedros RP-08	No considera	✓
	24	Los Cedros RP-04	✓	✓

- e) El mejoramiento de los reservorios antes señalados habría implicado que el CONSORCIO tenga que realizar trabajos adicionales en distintas especialidades, ya que sin ellos no se podría abastecer a las 160 habilitaciones beneficiadas del área de estudio, por lo que, NO CORRESPONDE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES por la demora en la ejecución del contrato, porque el retraso ocasionado por los mayores reservorios no son responsabilidad del CONSORCIO.
- f) Para ello, detallan algunas de las especialidades en las cuales recae el mejoramiento de Reservorios:
- Evaluación Arqueológica
  - Ensayos de Laboratorio
  - Saneamiento físico Legal
  - Metrados, Costos y Presupuesto
  - Formulación y Evaluación Económica y Financiera del Proyecto
  - Estudios de Automatización
  - Pruebas Hidráulicas
- g) De otro lado, cabe precisar que las cantidades señaladas en los documentos contractuales se han modificado a pesar de que el presente Proyecto se encuentra con el Sistema de Suma Alzada, y habiéndose modificado las cantidades de Habilitaciones en un 70% más de lo señalado en el los TDR, se tiene que, por ende, los lotes (viviendas) beneficiados es mayor y el trabajo del CONSORCIO se acrecienta.
- h) Sostiene dicha parte que, el incremento de 94 habilitaciones a 160 habilitaciones beneficiadas trajo como consecuencia que, aumentaran las estructuras proyectadas que deberán abastecer a la totalidad de habilitaciones. Para ello, refieren que la información señalada en el Estudio de Perfil sobre el Mejoramiento de Estructuras Existentes (Reservorios) no señalaba la información real de cantidad del Área del Estudio, por lo que en la Etapa de Factibilidad se han identificado la cantidad de 23 reservorios, lo cual reiteran el aumento de mayor trabajo para el CONSORCIO y, por ende, la necesidad de un aumento de plazo contractual, por lo que recomendamos a la entidad aprobación de la ampliación de plazo nº 03 por 120 días calendarios para el éxito del proyecto.

❖ **EL INCREMENTO DESPROPORCIONAL DEL CAUDAL DE DISEÑO DE LA PTAR VENTANILLA DE 280 l/s A 600 l/s**



- a) El consorcio demandante considera importante este tema relacionado al incremento desproporcional del Caudal de Diseño de la PTAR Ventanilla, el cual según Perfil Aprobado por la OPI FONAFE y Bases Integradas del servicio, lo cuantifican en  $Q_d=280 \text{ l/s}$ , a la fecha en el estudio de Factibilidad se tiene un caudal de diseño igual a  $Q_d=600 \text{ l/s}$ , apreciándose un incremento del 114% del caudal inicialmente proyectado.
- b) En el Perfil Aprobado<sup>4</sup> se indica que el caudal promedio de diseño de la PTAR Ventanilla para el horizonte del proyecto requerido es de 245.66 l/s (año 2037); asimismo, en el mismo Perfil Aprobado se indica que el caudal promedio de diseño de la PTAR existente es de 280 l/s, concluyendo producto del Balance Oferta Demanda de la PTAR<sup>5</sup>, que solo se requeriría de un mejoramiento.
- c) El CONSORCIO, luego de analizar los datos históricos del Equipo de Gestión de PTAR de SEDAPAL (EG-PTAR), considera que el caudal promedio al año 2016 se encuentra en 282.06 l/s (promedio de enero a octubre) y en los aforos realizados por el CONSORCIO, se tiene como resultado un caudal de 271.08 l/s., que ingresa a la PTAR Ventanilla. Por ello, sostiene que el caudal de diseño considerado en el Perfil Aprobado, que la base para el diseño de la PTAR en esta etapa de factibilidad estaría Sub dimensionado, para lo cual presentan los cuadros de balance oferta - demanda considerado en la etapa de perfil y el determinado en la etapa de factibilidad, como sigue:

#### **BALANCE OFERTA – DEMANDA PARA EL DISEÑO DE LA PTAR VENTANILLA DEL PERFIL APROBADO SNIP N° 256450**

**CUADRO N° 01**

AÑO	OFERTA (l/s)	DEMANDA DEL PROYECTO (l/s)	DEMANDA EXTERNA (l/s)	DEMANDA TOTAL(l/s)	BALANCE (l/s)
0	280	112.12	75.59	187.71	92.29
1	280	91.60	55.06	146.66	133.34
2	280	93.71	57.18	150.89	129.11
3	280	95.86	59.32	155.18	124.82
4	280	98.06	61.52	159.58	120.42
5	280	100.30	63.76	164.06	115.94
6	280	102.61	66.07	168.68	111.32
7	280	104.96	68.42	173.38	106.62
8	280	107.40	70.86	178.26	101.74
9	280	109.86	73.32	183.18	96.82

<sup>4</sup> Pág. 329/Alternativa 01 y Pág. 332/Alternativa 02 del Perfil Aprobado.

<sup>5</sup> Pág. 290 del Perfil Aprobado.



10	280	112.37	75.83	188.20	91.80
11	280	114.98	78.44	193.42	86.53
12	280	117.60	81.07	198.67	81.33
13	280	120.32	83.79	204.11	75.89
14	280	123.11	86.57	209.68	70.32
15	280	125.91	89.37	215.28	64.72
16	280	128.82	92.29	221.11	58.89
17	280	131.79	95.26	227.05	52.95
18	280	134.83	98.3	233.13	46.87
19	280	137.93	101.39	239.32	40.68
20	280	141.1	104.56	245.66	34.34

Fuente: Página 290 del Perfil Aprobado Ampliación y Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de los Sectores 273, 277, 278, 279, 280, 394 y 395 – Distrito de Ventanilla

### BALANCE OFERTA – DEMANDA PARA EL DISEÑO DE LA PTAR VENTANILLA DE LA ETAPA DE FACTIBILIDAD

CUADRO N° 02

AÑO	OFERTA (l/s)	Demandas del Proyecto (l/s)	Ventanilla Parte Baja* (SNIP 2340083)	Demandas Externas Macro Proyecto Pachacutecc AD-06 (l/s)***	Demandas Externas (l/s)**	Demandas Total (l/s)	Balance (l/s)
0	280	104.44	152.54	14.53	48.53	320.04	-40.04
1	280	147.14	156.35	14.91	49.80	368.21	-88.21
2	280	150.98	160.28	15.30	51.11	377.67	-97.67
3	280	154.81	164.26	15.70	52.46	387.23	-107.23
4	280	158.87	168.30	16.12	53.84	397.13	-117.13
5	280	162.91	172.46	16.54	55.25	407.16	-127.16
6	280	167.26	176.66	16.98	56.71	417.60	-137.60
7	280	171.62	182.09	17.42	58.19	429.32	-149.32
8	280	176.29	186.45	17.88	59.73	440.35	-160.35
9	280	180.75	190.93	18.35	61.30	451.33	-171.33
10	280	185.40	195.48	18.83	62.91	462.63	-182.63
11	280	190.20	200.12	19.33	64.56	474.21	-194.21
12	280	194.89	204.87	19.83	66.27	485.87	-205.87
13	280	199.85	209.70	20.36	68.00	497.91	-217.91
14	280	205.03	214.63	20.89	69.80	510.35	-230.35
15	280	210.04	219.66	21.44	71.63	522.78	-242.78



16	280	215.57	224.76	22.01	73.51	535.85	-255.85
17	280	220.84	230.02	22.58	75.45	548.89	-268.89
18	280	226.49	235.99	23.18	77.43	563.09	-283.09
19	280	232.04	242.07	23.79	79.47	577.36	-297.36
20	280	237.83	248.17	24.42	81.55	591.98	-311.98

\*Incluye la demanda indicada en el proyecto con código SNIP 2340083: "Ampliación y Mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de los Sectores 268, 269, 270, 271, 272, 274, 275 y 276 - distrito de Ventanilla - Provincia Constitucional del Callao"

\*\*Habilitaciones que se encuentran fuera del límite del área de estudio, pero que drenan al mismo.

\*\*\*Incluye la demanda del área de drenaje AD-06 del proyecto "Ampliación y Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado para el Macro Proyecto PACHACUTEC del Distrito de Ventanilla – Etapa 1"

### CUADRO RESUMEN DEL PERFIL Y LA FACTIBILIDAD

#### CUADRO N° 03

Año	Oferta (l/s)	Demand Total Perfil (l/s)	Demand Total Factibilidad (l/s)	Balance Perfil (l/s)	Balance Factibilidad (l/s)
0	280	187.71	320.04	92.29	-40.04
1	280	146.66	368.21	133.34	-88.21
10	280	188.2	462.63	91.80	-182.63
20	280	245.66	462.63	34.34	-311.98

- d) Como primer punto se observa que el caudal actual (datos reales de campo de la factibilidad) es superior al caudal que se considera en el perfil aprobado (año base) e inclusive para su proyección en el horizonte de 20 años (2037).
- e) Como segundo punto se aprecia que subestimaron las áreas de drenaje externa al no considerar la demanda indicada en el estudio con código SNIP 2340083, la cual drena en la PTAR Ventanilla.
- f) Como tercer punto se tiene que el Área de Drenaje 06, del proyecto "Ampliación y Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado para el Macro Proyecto Pachacútec del Distrito de Ventanilla - Etapa 1", está descargando el colector José Olaya para terminar llegando al Emisor Ventanilla y a la PTAR Ventanilla. Esta es un área adicional no considerada en el Perfil debido a que el Macro Proyecto Pachacútec, se planteaba proyectar una cámara de desagüe CDP-01, para llevar estos desagües al área de drenaje de la

PTAR Pachacútec, pero esto no ha podido ser ejecutado, por lo que esta área de drenaje se tiene que adicionar a la PTAR Ventanilla.

- g) El planteamiento técnico del perfil aprobado, contempla el mejoramiento de una PTAR Existente de un caudal de diseño de 280 l/s, mientras que los requerimientos actuales en la factibilidad contemplan el Mejoramiento y la Ampliación de Capacidad de Tratamiento de una PTAR Existente de 280 a 600 l/s, cuyas aguas tratadas deberán cumplir con los VMA para poder descargar en el Emisario Sub-marino del Esquema Pachacútec.
- h) La PTAR Ventanilla estaba estipulada para ser diseñada con un caudal de 280 l/s ahora está diseñada para 600 l/s lo que significa un incremento superior a los 110%. Esto implicó un cambio total de diseño a lo indicado en la etapa de perfil, instrumento que ya no nos puede servir de base para el mejoramiento de la PTAR Ventanilla.
- i) Las actividades programadas para mejorar y/o rehabilitar la PTAR Ventanilla Existente de 300 l/s, fueron complementadas con actividades, para la ampliación de capacidad de tratamiento hasta 600 l/s, según se detalla en nuestra solicitud.
- j) La aprobación del Balance Oferta - Demanda, presentado en el informe de avance Nº 02, debió ser aprobado a la brevedad para que nuestro especialista puede definir coordinadamente con los equipos operativos de SEDAPAL, el tratamiento secundario requerido para la ampliación de capacidad de tratamiento de la PTAR, que en esta Etapa de Factibilidad.

6.4. Asimismo, como parte de sus fundamentos, el Consorcio Consultor Ventanilla cuestiona la imposición de penalidades conforme a continuación se indica:

**❖ NO CORRESPONDE LA IMPOSICIÓN DE PENALIDADES POR RETRASO EN EL LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES LA PENALIDAD POR SER UN TIPO DE PENALIDAD POR MORA**

- a) En el presente caso, SEDAPAL ha impuesto al CONSORCIO penalidades por demora en el levantamiento de observaciones por un monto ascendente al 10% del monto contractual, de acuerdo a lo establecido en el numeral 18 "Aplicación de penalidades para factibilidad" de los Términos de Referencia del citado Contrato Nº 313-2016-SEDAPAL<sup>6</sup>:

**"18. APPLICACIÓN DE PENALIDADES PARA LA FACTIBILIDAD**  
(...)

<sup>6</sup> Pág. 66 de los Términos de Referencia del Contrato Nº 313-2016-SEDAPAL.



Asimismo, en base a lo establecido en el Artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el procedimiento de SEDAPAL GPOPR054: Aplicación de penalidades a los Contratos de Consultoría y Obras y el Pronunciamiento 101-2016/OSCE/DGR se aplicarán las penalidades por las siguientes causas:

Nº	INFRACCIÓN	UNIDAD	MONTO
4	No cumple con la subsanación de Observaciones de los entregables en el plazo establecido, observaciones persistentes, registradas en el Libro de Actas o cartas remitidas.	Por día	0.10% x M

\*M = monto contractual

- b) Así, de acuerdo a las comunicaciones remitidas por SEDAPAL mediante Cartas 2591-2017-EGP-N de fecha 8 de agosto de 2017, N° 2839-2017-EGP-N de fecha 29 de agosto de 2017, N° 3338-2017-EGP-N de fecha 10 de octubre de 2017, de fecha 12 de octubre de 2017, se impuso al consorcio penalidades por haber supuestamente incurrido en la Infracción N° 3 de la tabla de penalidades que establece que se aplicará penalidades cuando no cumpla con la subsanación de observaciones de los entregables en el plazo establecido, registradas en el libro de actas o cartas remitidas.
- c) Al respecto, consideran que la infracción tipificada en el numeral 3 de la tabla de penalidades del ítem 18 "aplicación de penalidades para factibilidad" de los términos de referencia del contrato n° 313-2016-SEDAPAL, considera ilegal y no es posible su aplicación, ya que está contemplando una penalidad por mora (retraso injustificado) que debería de aplicarse de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del reglamento, y no como una penalidad especial al amparo del artículo 134 del reglamento.
- d) Señalan que, en el supuesto que se apliquen ambas penalidades, podría traer como consecuencia que se aplique al contratista hasta el 20% del monto del Contrato, por penalidad por mora en la prestación del servicio. Para ello, sostienen:
  - El artículo 143.4 del Reglamento regula la posibilidad de que se formulen observaciones a la prestación y que se otorgue un plazo para subsanarlas. Se establece también que si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la entidad



puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

- Con relación a la aplicación de penalidades, debemos tener en cuenta los artículos 133 y 134 del Reglamento, los cuales establecen lo siguiente:
  - a. El artículo 133 de la mencionada norma establece que la penalidad por mora en la ejecución de la prestación se aplica en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, por cada día de atraso y se aplica automáticamente.
  - b. Por su parte, el artículo 134 establece que se 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. De acuerdo a la mencionada norma, cualquier otra penalidad que se imponga no puede estar referida a la mora en la ejecución de la prestación.
- e) Sobre la diferencia que existe entre ambos tipos de penalidades, la **Opinión N° 151-2017/DTN del OSCE**, señala que la Entidad es la responsable de determinar si, de acuerdo a la naturaleza de la prestación objeto del contrato, corresponde la aplicación de la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" a determinados supuestos, en concordancia, con los criterios contenidos en el primer párrafo del artículo 132 del Reglamento; asimismo, una Entidad debe aplicar automáticamente la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" cuando haya determinado que existe retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato -esto es, que el contratista no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndola solicitado esta no fuera aprobada-.

- f) Asimismo, en dicha opinión se señala también que los supuestos de las otras penalidades deben ser diferentes al retraso injustificado o mora, tal como se transcribe a continuación:

*"Así, de dicho dispositivo se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de "Otras penalidades", distintas a la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación"<sup>7</sup>; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.*

*Asimismo, el segundo párrafo del referido artículo precisa que "Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora."; advirtiéndose, una vez más, que dichas penalidades tienen un tratamiento diferenciado respecto de la penalidad prevista en el artículo 133 del Reglamento."*

- g) Por lo expuesto, considera que, las "otras penalidades" previstas en los documentos del procedimiento de selección se aplican a supuestos debidamente establecidos, conforme a lo regulado en el artículo 134 del Reglamento; no pudiendo extenderse a supuestos de retraso injustificado o mora. Así, concluye que no puede aplicarse tal penalidad a supuestos no regulados en el artículo 133 del Reglamento; pues deben ser hechos distintos al retraso injustificado o mora.
- h) En el mismo sentido, la Opinión N° 061-2019/DTN, sostendría que, respecto a la aplicación de la penalidad por mora establecida en el artículo 133º del Reglamento, es importante tener clara la diferencia entre los contratos de ejecución única y los contratos de ejecución periódica. Sobre ello, señaló lo siguiente:

*"En ese marco de ideas, corresponde señalar que desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, estos se dividen en contratos de "ejecución única" y contratos "de duración"; así,*

<sup>7</sup> Regulada en el artículo 133 del Reglamento.



MESSINEO señala que un contrato será de “ejecución única”, cuando se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad; en tanto que será “de duración” cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes<sup>8</sup>.

(...)

Ahora bien, para culminar con el presente apartado, debe indicarse que MESSINEO excluye del alcance de los contratos “de duración” a aquellos contratos que tengan por contenido la prestación de un resultado futuro, pues, aun cuando en estos casos es necesario que la actividad del contratista se dilate durante cierto periodo de tiempo para producir el resultado requerido, **la ejecución seguirá siendo instantánea**<sup>9</sup>. Así, por ejemplo, una contratación que tiene por objeto la **“consultoría de obra” consistente en la elaboración del Expediente Técnico de obra,** constituiría una prestación de ejecución única, pues a pesar de que los documentos que lo conforman deban ser presentados en plazos determinados, dicha prestación se entenderá cumplida cuando el contratista entregue dicho expediente a la Entidad”.

- i) Asimismo, la Opinión N° 189-2017/DTN señala que, cuando en un **“contrato de consultoría de obra”** consistente en la elaboración de un Expediente Técnico de obra, la Entidad advierte observaciones en el contenido de dicho Expediente, **ésta debe manifestarle al contratista el sentido de tales observaciones, otorgándole el plazo correspondiente para su subsanación;** debiendo precisarse que en caso el contratista no cumpla cabalmente con la subsanación de dichas observaciones, la Entidad podrá resolver el contrato, y aplicar las penalidades que correspondan desde el vencimiento del plazo previsto para subsanar.
- j) Adicionalmente, en dicha opinión se señala que “En este punto, resulta pertinente precisar que, en un contrato que tiene por objeto la elaboración de un Expediente Técnico de obra, sujeto a la

<sup>8</sup> MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 429-430.

<sup>9</sup> “En relación a la función recién delimitada, de la duración se debe excluir del número de los contratos de ejecución continuada o periódica, el contrato que tiene por contenido la prestación de un resultado futuro: a la manera latina locatio operis (que ha de distinguirse de la locatio operarum, consistente, como es sabido, en poner a disposición de otra persona, que la utiliza, la propia energía de trabajo independientemente del producto de esta energía); casos: contrato de obra por empresa, transporte, fletamiento, **prestación de obra intelectual**. Aquí, el tiempo concierne a la producción del resultado, para lo que es necesario que la actividad del deudor se dilate durante cierto periodo de tiempo, y no a la ejecución que es, en cambio, instantánea; la duración actúa aquí en función del fin, no en función del tiempo (piénsese en el caso del contrato de obra por empresa, en el que el tiempo es necesario para que la obra ordenada se ejecute, pero donde, una vez lista la obra, la entrega se realiza uno acto).” (El resaltado es agregado). MESSINEO, op.cit. páginas 430 y 431.

presentación de entregables, los retrasos en la presentación de dichos entregables no constituyen un atraso que genere la aplicación de “penalidad por mora”, pues esta se aplica al atraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del contrato, es decir, la elaboración del Expediente Técnico de obra<sup>10</sup>, eso quiere decir que al final de la prestación”.

- k) Hasta aquí, sostienen como identificadas dos reglas:
    - La primera: que las penalidades que se establezcan al amparo del artículo 134 del Reglamento tienen que ser **DIFERENTES** a la penalidad por atraso injustificado o mora.
    - La segunda: la consultoría de obra, constituye prestación única y la penalidad por mora se aplican al final al verificar el atraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del contrato.
  - l) Conforme a lo expuesto, consideran que no sería posible establecer bajo el concepto de “otras penalidades”, una sanción que castigue el retraso injustificado en el levantamiento de observaciones realizadas a las prestaciones objeto de contrato, porque ya estaría cubierta por la penalidad por mora prevista en el artículo 133 del reglamento.
  - m) Aunado a ello, considerando que el artículo 132 del Reglamento establece que la aplicación de la penalidad por mora (retraso) en la ejecución de un contrato solo es posible que se aplique hasta un máximo del 10% del monto del contrato, y por tanto, no resultaría viable la imposición de “otras penalidades” por atraso injustificado (mora) en el levantamiento de observaciones, por un monto adicional del 10% del monto del contrato, al amparo del artículo 134º del Reglamento.
- ❖ **LAS INFRACCIONES POR LAS QUE CORRESPONDE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES SON LAS PREVISTAS EN EL CONTRATO Y NO EN LOS TERMINOS DE REFERENCIA**
- a) Sobre la relación contractual existente entre SEDAPAL y el CONSORCIO, corresponde tener presente que las disposiciones aplicables se rigen por lo dispuesto, en primer lugar, en el Contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado, conforme se señala en la Opinión N° N° 065-2019/DTN<sup>11</sup>, que cita lo señalado por la Dirección General de

<sup>10</sup> En concordancia con el criterio establecido en las Opiniones N° 089-2017/DTN y N° 002-2016/DTN.

<sup>11</sup> En el mismo sentido se pronuncia la Opinión N° 130-2018/DTN.



Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, en la Consulta Jurídica N° 17-2018-JUS/DGDNCR:

"55. El proceso de contratación, en general, consta de varias etapas, empezando por los actos preparatorios, el desarrollo del proceso de contratación y finalmente la ejecución del contrato. Durante los actos preparatorios, no hay ninguna relación especial de la administración hacia los ciudadanos, a quienes se les considera administrados. De igual manera, durante el desarrollo del proceso de contratación, los postores no cambian su estatus jurídico frente a la Administración, pues también son considerados como administrados.

56. Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General. (...)." (El subrayado y resaltado son agregados)".

(Resaltado agregado)

- b) Dicho ello, para la aplicación de penalidades, SEDAPAL debió remitirse a lo dispuesto en el Contrato, cuya CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: PENALIDADES, establece taxativamente las penalidades que serían aplicables en caso se suscite algún incumplimiento por parte del CONSORCIO.
- c) Sin embargo, las Cartas 2591-2017-EGP-N de fecha 8 de agosto de 2017, N° 2839-2017-EGP-N de fecha 29 de agosto de 2017, N° 3338-2017-EGP-N de fecha 10 de octubre de 2017, de fecha 12 de octubre de 2017, sostienen que la imposición de penalidades se debió a supuestamente haber incurrido en la Infracción N° 4 de la Tabla de



## Penalidades del Numeral 18 de los Términos de Referencia del Contrato.

- d) Sin embargo, el tipo infractor que supuestamente debió de aplicar SEDAPAL fue el establecido en la Cláusula Décimo Tercera del contrato, tal como se muestra a continuación:

<u><b>CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: PENALIDADES</b></u>			
Si EL CONSULTOR incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:			
Penalidad Diaria = $\frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$			
Donde: F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o; F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.			
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.			
Se considera justificado el retraso, cuando EL CONSULTOR 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, conforme el artículo 133º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.			
Adicionalmente a la penalidad por mora se aplicará la siguiente penalidad:			
<b>Penalidades Referidas a las Actividades del Desarrollo del Estudio</b>			
Nº	INFRACCIÓN	UNIDAD	Monto
1	No cumple con la participación del personal profesional planteado en la propuesta técnica según el cronograma y tiempo de participación.	Por día y persona	0.25% x M
2	No cumple con la disposición de una oficina equipada, o el uso de materiales o equipos (vehículo o medio de comunicación o teodolito, etc.) establecidos en los Términos de Referencia.	Por día	0.25% x M
3	No coordina adecuadamente con el Consultor, para el cumplimiento de la subsanación de Observaciones de los Entregables en el plazo establecido, observaciones persistentes, registradas en cuaderno de proyectos y/o cartas remitidas.	Por día	0.10% x M
4	No presentar el informe mensual completo en la fecha establecida, o informe técnico especial o de coyuntura según lo exigido en la presentación de tareas de los Términos de Referencia.	Por día	0.10% x M

- e) Por tanto, consideran que el tipo infractor aplicado por SEDAPAL es incorrecto, dado que la aplicación de algún tipo de penalidad por un supuesto de incumplimiento debe ceñirse en primer lugar a lo estipulado en el contrato suscrito entre las partes, lo cual no habría sido observado por SEDAPAL.

❖ **LA PENALIDAD PREVISTA NO PUEDE SER APLICADA PORQUE NO CONTIENE UN PROCEDIMIENTO DEL SUPUESTO A PENALIZAR**



- a) Citando la Opinión N° 023-2017/DTN, considera que la Entidad puede proceder con la aplicación de "otras penalidades" conforme a lo establecido en el artículo 134 del Reglamento, siempre que -para tal efecto- estas se encontrarían estipuladas en las bases integradas y/o en el contrato [debiendo 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], pues en caso de no haberse previsto en ninguno de estos documentos, dichas penalidades no podrían ser aplicadas al contratista durante la etapa de ejecución contractual.
- b) Mediante Cartas N° 2591-2017-EGP-N de fecha 8 de agosto de 2017, N° 2839-2017-EGP-N de fecha 29 de agosto de 2017, N° 3338-2017-EGP-N de fecha 10 de octubre de 2017, N° 3379-2017-EGP-N de fecha 12 de octubre de 2017, SEDAPAL aplica una penalidad por incumplimiento en la subsanación de observaciones en el plazo establecido.
- c) Al respecto, SEDAPAL les comunica que se procederá a la aplicación de penalidades al CONSORCIO por incumplimiento en la subsanación de observaciones de los entregables en el plazo establecido, ya que de acuerdo a la Tabla de Penalidades prevista en el Numeral 18. de los Términos de Referencia del Contrato corresponde la aplicación de penalidades por no cumplir con la subsanación de observaciones, registradas en el Libro de Actas o cartas remitidas, en el plazo establecido.
- d) El procedimiento aplicado para el cálculo de la penalidad por incumplimiento en la subsanación de observaciones en el plazo establecido no se ajusta a Ley, dado que contraviene lo establecido en el artículo 134º del Reglamento y lo señalado por el OSCE en las Opiniones N° 023-2017/DTN y N°061-2018/DTN, en las que se establece entre otros aspectos que debe preverse el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. Si faltara uno de los supuestos o habiéndose incorporado defectuosamente alguno de ellos, no sería posible su calificación de tal, ni su cálculo o su demostración; en tal sentido, de ninguna manera procederá su aplicación.
- e) Asimismo, la Opinión N° 023-2017/DTN de fecha 31 de enero del 2017, establece que: "Las penalidades distintas a penalidad por mora, previstas en las Bases del proceso de selección, debían ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria". Dicha potestad debía ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

- f) La objetividad implicaba que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serían penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación.
- g) Por su parte, la razonabilidad implicaba que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicarían al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.
- h) La congruencia con el objeto de la convocatoria implicaba que se penalizara el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria.
- i) Igualmente, la Opinión N° 061-2018/DTN de fecha 30 de abril del 2018, establece:

*"De otro lado, respecto de las "otras penalidades", el artículo 134 del Reglamento prevé que los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación", siempre y cuando estas sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; para lo cual deben incluirse **los supuestos de aplicación de penalidad**, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto **y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, correspondiendo a obligaciones vinculadas al objeto del contrato**. Dichas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.*

- j) En ese contexto, cuando una Entidad verifique la configuración de uno de los supuestos a penalizar, ésta aplicará la penalidad correspondiente conforme al procedimiento establecido; en atención a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento.
- k) Tanto el Reglamento, como las opiniones mencionadas, establecerían que la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, deben incluirse en los documentos del procedimiento de selección.

Como puede apreciarse del contrato suscrito se puede verificar que solo se contempla el procedimiento de las Infracciones contempladas en los Cuadros "Penalidades referidas a las actividades del desarrollo

del Estudio", Tabla de Penalidades – Actividad de intervención social", no habiéndose reglamentado el procedimiento de la Infracción N° 4; toda vez que la penalidad que aplica es la Infracción N° 4 contemplada en el Numeral 18. Aplicación de penalidades para la factibilidad de los Términos de Referencia del Contrato, y cuya conducta es "No cumple con la subsanación de Observaciones de los entregables en el plazo establecido, observaciones persistentes registradas en el Libro de Actas o cartas remitidas".

- I) En tal sentido, al no existir un sustento Técnico – Legal y de procedimiento para la aplicación de penalidad, la Entidad no habría podido aplicarla.

#### **DE LA PARTE DEMANDADA:**

6.5. SEDAPAL en su calidad de demandada señaló como parte de sus antecedentes que, a través del Concurso Público N° 0061-2016-SEDAPAL, se otorgó la buena pro al CONSORCIO CONSULTOR VENTANILLA suscribiéndose el Contrato N° 313-2016-SEDAPAL, con un plazo de ejecución de 240 días calendarios, por el monto de S/ 3'648, 629 soles.

#### **6.6. RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD POR PARTE DE SEDAPAL:**

- a) Al respecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 132 del Reglamento, el contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las cuales deben ser **objetivas, razonables y congruentes** con el objeto de la convocatoria.
- b) Asimismo, el citado artículo dispone en su segundo párrafo que "La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la **penalidad por mora**; asimismo, puede prever **otras penalidades**". (El subrayado es agregado).
- c) En esa medida, se advierte que las penalidades que prevé la normativa de contrataciones del Estado, son: i) la "**penalidad por mora en la ejecución de la prestación**"; y, ii) "**otras penalidades**"; las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 133 y 134 del Reglamento, respectivamente.
- d) SEDAPAL, procedió aplicar penalidad por 252 días de atraso de acuerdo al Artº 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual fue comunicado y advertido mediante la Carta N° 1918-2017-EGP-N y Carta N° 3379-2017-EGP-N de fecha 12.06.2017 y 13.10.2017, para lo cual se procedió aplicar la máxima penalidad correspondiente al 10% del monto del contrato, la misma que fue descontado en la 4ta Valorización.

- e) Por otro lado, de acuerdo al cuadro de penalización (Anexo N°01) se desprende que la consultora tiene 263 días de retraso de acuerdo al Artº 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, penalidad que asciende a S/ 1'599,315.73, al haberse excedido más del 10% del monto del contrato, corresponde aplicar únicamente la penalidad máxima, equivalente al 10% del monto del contrato, la misma que será descontada en la última valorización (5ta Valorización).
- f) Ahora bien, en la cláusula décimo tercera, Tabla de Penalidades del Contrato se estableció lo siguiente:
- g) Si el consultor incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente formula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto}}{F \times \text{Plazo de días}}$$

Donde:

F= 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;

F= 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

- h) Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrario, o ítem que debió ejecutarse o en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.
- i) Se considera justificado el retraso, cuando el consultor acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar el pago de gastos generales de ningún tipo, conforme al artículo 133º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- j) Adicionalmente a la penalidad por mora se aplicará la siguiente penalidad, conforme a las tablas que a continuación se indican:



### **ANEXO 1 TABLA DE PENALIDADES**

Penalidades Referidas a las Actividades del Desarrollo del Estudio

Nº	INFRACCIÓN	UNIDAD	Monto
1	No cumple con la participación del personal profesional planteado en la propuesta técnica según el cronograma y tiempo de participación.	Por día y persona	0.25% x M
2	No cumple con la disposición de una oficina equipada, o el uso de materiales o equipos (vehículo o medio de comunicación o teodolito, etc.) establecidos en los Términos de Referencia.	Por día	0.25% x M
3	No coordina adecuadamente con el Consultor, para el cumplimiento de la subsanación de Observaciones de los Entregables en el plazo establecido, observaciones persistentes, registradas en cuaderno de proyectos y/o cartas remitidas.	Por día	0.10% x M
4	No presentar el informe mensual completo en la fecha establecida, o informe técnico especial o de coyuntura según lo exigido en la presentación de tareas de los Términos de Referencia.	Por día	0.10% x M
5	No cumple con las responsabilidades de pago del salario u honorario al personal profesional incluyendo los beneficios sociales de acuerdo a Ley.	Por ocurrencia	0.10% x M
6	El personal profesional del SUPERVISOR no asiste a las reuniones convocadas por SEDAPAL y confirmadas por el SUPERVISOR.	Por día y persona	0.10% x M
7	No cumple con lo estipulado en la Ley y Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo.	Por ocurrencia	0.15% x M
8	No cumple con los plazos señalados para emitir observaciones a los informes entregables y/o informe final presentados por el consultor.	Por ocurrencia	0.10% x M
9	En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado.	Por día y por profesional	0.50 x UIT

M : Monto del Contrato vigente

UIT: Unidad Impositiva Tributaria, vigente



**ANEXO 02 - TABLA DE PENALIDADES - ACTIVIDAD DE INTERVENCIÓN SOCIAL**

Nº	INFRACCIÓN	UNIDAD	MONTO
1	No cumple con la participación del personal profesional planteado en la propuesta técnica según el cronograma y tiempo de participación.	Por día y persona	0.25% x M
2	Ausencia del personal en la oficina de campo y/o área de influencia del proyecto: Coordinador, promotores, capacitadores, secretaría y encuestadores.	Por día y persona	0.10% x M
4	No uso de equipo de campo (vehículo o medio de comunicación o uniformes, etc.) establecido en los Términos de Referencia	Por ocurrencia	0.10% x M
3	No ejecutar las actividades establecidas en los Términos de Referencia de Intervención Social, o no se presenten a las reuniones informativas, visitas de inspección de campo solicitadas por la entidad en el lugar y hora fijada y/o visitas inopinadas y no cumplir con lo establecido en los procedimientos de la GPO.	Por ocurrencia	0.10% x M
4	Incumplimiento en la presentación del informe semanal y/o mensual, en el plazo establecido y cualquier otra información que se solicite.	Por ocurrencia	0.10% x M
5	No comunicar a SEDAPAL en el día, sobre eventos ocurridos durante la elaboración del estudio definitivo, ejecución de obra, ejecución de actividades de intervención social (accidentes, manifestaciones, etc.)	Por ocurrencia	0.10% x M
6	Utilizar a las organizaciones sociales, la oficina de campo para fines particulares y/o de interés personal.	Por ocurrencia	0.10% x M

7	No instalar la oficina dentro del área de influencia del proyecto, en el plazo establecido en los Términos de Referencia.	Por día	0.25% x M
8	Que los materiales educativos, de difusión y equipos no cumplan con las especificaciones técnicas del Manual de uso de Elementos Gráficos.	Por ocurrencia	0.10% x M
9	No cumple con lo estipulado en la Ley y Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo.	Por ocurrencia	0.15% x M
10	No cumple con la participación del personal profesional planteado en la propuesta técnica según el cronograma y tiempo de participación.	Por día y persona	0.25% x M

M: Monto del contrato vigente

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta o de pago final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento.



**Procedimiento para la aplicación de penalidades:**

- a. Para la aplicación de las penalidades y multas, se cumplirá o establecido en el Procedimiento GPOPRO54.
- b. El consultor del servicio (SUPERVISOR), que se sienta perjudicado por la aplicación de las sanciones mencionadas, procederá conforme a lo establecido por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- c. El consultor del servicio (SUPERVISOR), deberá tener pleno conocimiento de la Tabla de Penalidades establecidas en los Términos de Referencia.
- d. El consultor del servicio (SUPERVISOR), debe saber que el incumplimiento de los términos y condiciones enmarcadas en los ENTREGABLES y OBLIGACIONES genera responsabilidad administrativa, civil o penal.

- k) Pues bien, pese a la claridad de las estipulaciones plasmadas en el Contrato suscrito, **LA CONTRATISTA** incumplió con sus obligaciones contractuales, razón por la cual se aplicó una penalidad por retraso (mora) hasta el 10% del monto del contrato y otra penalidad propiamente del incumplimiento (otras penalidades).
- l) En tal medida, tomando en cuenta lo establecido en el Contrato y la Bases del mismo, **LA CONTRATISTA** incumplió con su obligación contractual, y por consiguiente correspondía aplicar la penalidad prevista en el numeral 18 de las bases y establecida en la cláusula décimo tercera del Contrato, conforme pasaremos a explicar:

▪ **PRIMER ENTREGABLE**

Mediante Carta N° 1745-2016/Consorcio Consultor Ventanilla/SEDAPAL de fecha 09 de diciembre del 2016, el Consultor remite la tarea N° 01, para su revisión y/o aprobación.

**CONFORMIDAD DEL 1er ENTREGABLE**

Mediante la Carta 445-2017-EGP-N, el EGP-N de fecha 03 de febrero del 2017, el Equipo Gestión de Proyectos Norte da opinión favorable a la Tarea N° 01.

▪ **SEGUNDO ENTREGABLE**



Mediante Carta N° 164-2017/Consorcio Consultor Ventanilla/SEDAPAL de fecha 06 de febrero del 2017, el Consultor remite la tarea N° 02, para su revisión y/o aprobación.

### **CONFORMIDAD DEL 2do. ENTREGABLE**

Mediante Carta 2591-2017-EGP-N de fecha 09 de agosto del 2017, el Equipo Gestión de Proyectos Norte le otorga la opinión favorable a la Tarea N° 02.

#### ▪ **TERCER ENTREGABLE**

- Mediante carta N° 417-2017/Consorcio Consultor Ventanilla/SEDAPAL de fecha 07.04.2017, el consultor remitió el Informe N° 3 al Equipo Gestión de Proyectos Norte.
- Mediante carta N° 1345-2017-EGP-N de fecha 25.04.2017, el Equipo Gestión de Proyectos Norte remite el levantamiento de observaciones correspondientes al Informe N° 03.
- Mediante carta N° 463-2017/Consorcio Consultor Ventanilla/SEDAPAL de fecha 25.04.2017, el consultor remitió el levantamiento de observaciones al Informe N° 3 al Equipo Gestión de Proyectos Norte.
- Mediante carta N° 1551-2017-EGP-N de fecha 12.05.2017, el Equipo Gestión de Proyectos Norte remite el levantamiento de observaciones correspondientes al Informe N° 03.
- Mediante carta N° 552-2017/Consorcio Consultor Ventanilla/SEDAPAL de fecha 22.05.2017, el consultor remitió el levantamiento de observaciones al Informe N° 3 al Equipo Gestión de Proyectos Norte.
- Mediante carta N° 1918-2017-EGP-N de fecha 12.06.2017, remite al Consorcio Consultor Ventanilla el Informe N° 1027-2017-EGP-N/HFG de fecha 09.06.2017, en el cual se les hace reiterativas observaciones, referidas a:

#### Gestión Ambiental y Servicios Ecosistémicos

- i. El estudio de Impacto Ambiental completo, incluye inicio del trámite de la evaluación preliminar ambiental de la DGAA (80%); sin embargo no se ha desarrollado el formato del Anexo VI: Evaluación Preliminar, de la Ley de SEIA.



- ii. Según los Términos de Referencia, del servicio de consultoría para la elaboración del estudio de pre inversión a nivel de factibilidad del proyecto corresponde el desarrollo de la Evaluación Preliminar, sin embargo, considerando las nuevas normativas Resolución Ministerial N° 383-2016-MINAM y Resolución Ministerial N° 0356-2017-VIVIENDA, se sugiere pedir la opinión técnica del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento sobre cuál sería la normativa aplicable para este proyecto.

#### Equipo Recolección Primaria

- i. El consultor presenta cuadros de incidencias por deterioro estructural, de incidencias hidráulicas, clasificándolas por tipo de material y antigüedad, asimismo, como parte de la metodología de evaluación del sistema existente, se presenta un cuadro de ponderación, donde el consultor asigna puntajes, pero sin sustentar debidamente los criterios para establecer y asignar los puntajes.
- ii. En el cuadro 10, al aplicar el cuadro de ponderación las redes de alcantarillado, se toma en cuenta la antigüedad de la tubería, el ratio de deterioro estructural e hidráulico, con lo cual se obtiene un puntaje final. Pero en el mismo cuadro, se muestran las ratios de incidencias en caja de registro y ratio de incidencias en conexiones de alcantarillado, pero no se identifica su incidencia en el cálculo de puntaje final.
- iii. En el cuadro 11, se seleccionan aquellas redes que requieren ser cambiadas, cuando su puntaje es mayor a 5.0, el consultor no sustenta el



criterio para establecer este puntaje mínimo.

- iv. Con respecto a la inspección televisiva realizada por muestreo, el consultor indica como resultado de su observación tuberías en buen estado, en regular estado y en mal estado, pero no establece cuales son los criterios para signar esta calificación.
- v. El Modelamiento Hidráulico está incompleto, dado que el consultor no muestra los criterios para determinar el coeficiente de Manning, los caudales asignados para cada tramo, no se presentan planos de resultado del modelamiento hidráulico a fin de poder hacer las verificaciones del caso.
- vi. No se ha cumplido con presentar el Avance de los prediseños de obras generales y obras secundarias del sistema de alcantarillado que incluye planos al 100%.

#### Saneamiento Físico Legal

- i. La información presentada no cumple con lo dispuesto en los Términos de Referencia por cuanto no presenta ningún plano de avance del diagnóstico técnico registral en donde haya procesado la información adjuntada en sus archivadores, recordándole al consultor que su informe debe contener el análisis de su diagnóstico que le permita arribar a su conclusiones y recomendaciones, las cuales deben estar fundamentado en normatividad vigente y pertinente, contenido la documentación que acredite su diagnóstico con todas las partidas completas y títulos archivados pertinentes y debidamente rotulados, con la indicación a que asiento corresponde.



### Equipo Distribución Primaria

- i. Pág. 6 y 7 alcance de la Ingeniería de detalle, a lo indicado en este ítem se debe añadir, corregir o eliminar lo que se contradice con lo especificado en la GPDA036 pág. 28 ítem 8.1 Ingeniería de detalle, lo mismo se debe realizar en el ítem 24 consideraciones generales para la integración al sistema SCADA en la etapa de ejecución de obra, pág. 12 al respecto de los documentos necesarios que el contratista deberá entregar a la finalización de la obra.
- ii. Pág. 10, consideraciones generales para la integración al sistema SCADA en la etapa de ejecución de obra, ítem 1, se debe tener en cuenta que se tendrá estaciones de Control que tengan combinaciones de Ingreso por gravedad y cuya operación local por el EDP e Infoplus como el Survalent independientemente con el control correspondiente a cada área y monitoreo de variables básicas del otro proceso.

### Especialista de Estructuras

- i. Se describen a cada una de las infraestructuras existentes que serán mejoradas que conforman las metas del presente proyecto, los cuales son conformes.
- ii. Se ha verificado que se analizado a cada infraestructura y se han identificado los daños existentes mediante un diagnóstico estructural, los cuales son conformes.
- iii. Se debe incluir los planos de las infraestructuras existentes en la cual se identifiquen las zonas de los daños existentes y se determine las



reparaciones y reforzamientos que se requieran según las particularidades de cada caso, así como a las estructuras proyectadas que conforman al presente proyecto.

#### Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales

- i. Aclarar y compatibilizar el año de inicio de Operación (año 1) y el año 20, la definición (capítulo 4.1), no concuerda con los datos en los cuadros de proyección de población y demanda de agua y alcantarillado.
  - ii. No indica el balance oferta y demanda de las estructuras existentes, solicitadas mediante Mdm N° 902-2016-EG-PTAR del 05.05.2017.
  - iii. Por otro lado, indican que los sectores 394 y 395 no van a ingresar a la PTAR Ventanilla, descargaran en la PTAR de Puente Piedra y Piedras Gordas; es importante aclarar que la PTAR Puente Piedra no tiene capacidad para tratar mayor volumen de desagüe y la PTAR Piedras Gordas no es administrada por SEDAPAL, en tal sentido, se recomienda se evalúe donde serán tratados los desagües de los sectores 394 y 395.
  - iv. Según cuadro 169 Demanda de alcantarillado total es de 334 lt/seg. Al año 20, sin embargo, en el levantamiento de observaciones indica que el caudal de diseño al año 20 es de 560 lt./seg. Se solicita aclarar de qué áreas de Drenaje provienen la diferencia de 229 lt./seg.
- Por lo tanto, el Inspector del estudio Ing. Henry Flores Gamarra emite su **DISCONFORMIDAD al levantamiento de observaciones** del Informe N° 3, otorgándole un plazo máximo de tres (03) días calendarios para que absuelvan las observaciones, en caso no cumpla se recomienda Penalizar al consultor según lo señalado en el ítem 18 de los Términos de Referencia.

#### ▪ **CONFORMIDAD DEL 3ER ENTREGABLE**

- Mediante carta N° 108-2018-EEPre de fecha 23.02.2018 e Informe N° 067-2018-EEPre/LMH de fecha 23.02.2018 se notificó al consultor la aprobación del 3er Entregable.

#### ▪ **CUARTO ENTREGABLE**

- Mediante carta N° 623-2017/Consocio Consultor Ventanilla/SEDAPAL de fecha 06.06.2017, el consultor remitió el Informe N° 4 al Equipo Gestión de Proyectos Norte.
- Mediante carta N° 971-2017/Consocio Consultor Ventanilla/SEDAPAL de fecha 08.09.2017, el consultor remitió el levantamiento de observaciones al Informe N° 4 al Equipo Gestión de Proyectos Norte.
- Mediante carta N° 3379-2017-EGP-N de fecha 12.10.2017, remite al Consorcio Consultor Ventanilla el Informe N° 1974-2017-EGP-N/HFG de fecha 12.10.2017, en el cual se les hace reiterativas observaciones, referidas a:

#### Gestión Ambiental y Servicios Ecosistémicos

Mediante memorando N° 185-2017-EGASE e Informe N° 269-2017-EGAm-LCG de fecha 19.09.2017 el equipo Gestión Ambiental y Servicios Ecosistémicos señala observaciones:

- En el ítem 2. Características del proyecto, no se ha detallado mediante diagramas de flujo los requerimientos para dada proceso y subproceso, asimismo, no se describen los productos tales como residuos, emisiones, ruidos, etc. que se generan.
- El consorcio no habría desarrollado el ítem 2.2.4 procesos o establecidos en el Anexo VI contenido mínimo de la evaluación preliminar de igual forma el ítem 2.2.5 productos elaborados

#### Saneamiento Físico Legal

La información presentada **no cumple con lo dispuesto en los Términos de Referencia** por cuanto se trata del informe final al 100%, por lo que el consultor debió presentar los informes de diagnóstico físico legal con sus respectivos planos debidamente concluidos y sustentados, con las conclusiones y recomendaciones para el saneamiento físico legal según la normatividad vigente que nos permita calificar la información presentada, lo cual no sucede en el informe presentado.

#### Seguridad y Salud Ocupacional

El informe no cuenta con índice, memoria descriptiva, formatos de registro y partidas presupuestales.



### Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales

Mediante memorando N° 1211-2017-EG-PTAR del 19.06.2017, el EG-PTAR remitió las siguientes observaciones al informe N° 04, las cuales no han sido levantadas:

- A. El consultor no evalúa, plantea y modela la alternativa de unificar en una sola PTAR (PTAR existente de ventanilla y PTAR del macro Proyecto de Pachacuteq), tal como se indica en el punto y) ítem 7 de los términos de referencia, dicha evaluación, planteamiento y modelamiento debe ser sustentado.
  - B. No plantea medidas a implementar en la PTAR para prevenir futuras contingencias, tal como se indica en el punto w) ítem 7 de los TdR.
  - C. No especifica la identificación de usuarios industriales solicitados en el punto g) ítem 7 de los TdR.
- Mediante memorando N° 902- 2016-EG-PTAR, se indicó incluyan la oferta y demanda de las estructuras existentes, sin embargo, dicha información no se observa en el análisis.

### Tratamiento Biológico y de Lodos

No se apreciaría lo siguiente:

- Temperatura de diseño crítica en el dimensionamiento de las lagunas anaerobia.
- Número de lagunas anaerobias entre la memoria de cálculo (B lagunas anaerobias) con el plano PTAR-01 (6lagunas anaerobias).
- Dimensionamiento del reactor de lodos activados no se aprecia el tiempo de retención hidráulico.
- Se debe considerar el caudal de circulación para el dimensionamiento del reactor aireado.
- La OS 090 indica un rango para la carga de superficie entre 40 a 48 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup>.d para el dimensionamiento del sedimentado secundario, sin embargo en los cálculos presentados considera un valor de 32.22 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup>.d.
- No se aprecia planos en las unidades de la alternativa 1
- No se observa si los lodos primarios estabilizados antes de ingresar a los espesadores con los lodos secundarios, se le pide al consultor mayor información de la estabilización de los lodos primarios.



- Observaciones de la alternativa 2, Reactores Anaerobios de Flujo Ascendente
- Reactores de Lodos Activados:  
En el dimensionamiento del RAFA, la norma OS 090 indica un rango para las cargas de diseño entre 1.5 a 2.0 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup>d. sin embargo en los cálculos presentados considera 0.49 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup>d, por otro lado no se especifica si tendrá tratamiento de olores.
- Observaciones de la alternativa 3, Lodos Activados Aireación Extendida:  
Los cálculos en el reactor de aireación extendida deben tener como criterio de diseño a una temperatura de invierno.
- En el dimensionamiento del reactor de lodos activados no se aprecia el tiempo de retención hidráulico.

#### Equipo Distribución Primaria

- Anexo 13 Estudios de Automatización, Telemetría y SCADA se han encontrado que aún persisten las observaciones remitidas mediante el documento de la referencia 2) que datan de junio del presente año.
- En el Anexo 12 memoria descriptiva de las instalaciones eléctricas estructuras de agua potable y alcantarillado, pág. 6 ítem 3.5 sistema de automatización, se indica las estructuras cuya automatización pertenece al EDP y EOMASBA y por lo tanto se define a que SCADA será integrada, se observa que erróneamente se nos asignado las estaciones Remotas RAP-01, RAP-03, RAP-04, RAP-05 y RAP-07 cuya alimentación es directamente vía línea de impulsión, lo cual debe corregirse.
- Se debe aclarar con respecto a los RAP-02, RAP-06, RAP-08 y CP-01 que son alimentadas por gravedad, si se está considerando automatizar el control eléctrico de las válvulas de ingreso, de ser así, para el caso de la CP-01 se deberá indicar que la mencionada estación será direccionada a ambos SCADAs (Infoplus y Survalent) de acuerdo a las señales que cada área indique.

#### Equipo Recolección Primaria

- En la información digital no se evidencia la presentación del Estudio de Pre Inversión completo.
- En cuanto al Modelo Hidráulico, no se presentan planos del resultado del modelamiento hidráulico, a fin de poder hacer las verificaciones del caso.

- No se presenta completa información de las obras generales en la red de alcantarillado, ya que faltan presentar los diseños de los colectores Ciudad del Deporte, Industrial, rebose y otros que se detallan en el Plano PG-33.
- En los Planos D-05 (1 y 2) del Colector Antonia Moreno de Cáceres, se verifica que el trazo del colector cruza por el interior de las propiedades y dado que en la leyenda se especifica que en dichos tramos se ejecutaran obras de mejoramiento, se entiende que estas se ejecutaran en el mismo trazo, lo cual lo haría inviable.
- Por lo tanto, el Inspector del estudio Ing. Henry Flores Gamarra emite su DISCONFORMIDAD al levantamiento de observaciones del Informe N° 4, otorgándole un plazo máximo de tres (03) días calendarios para que absuelvan las observaciones, en caso no cumpla se recomienda Penalizar al consultor según lo señalado en el ítem 18 de los Términos de Referencia.

▪ **CONFORMIDAD DEL 4TO ENTREGABLE**

Mediante carta N° 231-2018-EEPre de fecha 11.04.2018 e Informe N° 158-2018-EEPre/LMH de fecha 10.04.2018 se notificó al consultor la aprobación del 4to. Entregable.

▪ **QUINTO ENTREGABLE**

**APROBACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y ESPECIALIDADES**

**Estudio de Intervención Social**

Mediante Memorando N° 0145-2017-EGSP del 23.01.2017 y Memorando N° 643-2017-EGSP del 28.03.2017 el Equipo Gestión Social de Proyectos otorga la conformidad al Informe de Intervención Social.

**Estudio de Arqueología**

Mediante Informe Técnico N° 033-NORTE-2017-ARQL-ASB-SEDAPAL del 25.04.2017 el Especialista de Arqueología da conformidad al Informe del Estudio de Pre inversión a Nivel de Factibilidad.

**Estudio de Estructuras**

Mediante Informe N° 080-2017-CSJT 1 del 09.06.2017 el Especialista de Estructuras da la conformidad al Informe del Estudio de Pre inversión a Nivel de Factibilidad.

**Estudio de Aguas Subterráneas**

Mediante Memorando N° 699-2017-EASU del 19.06.2017 el Equipo Aguas Subterráneas da conformidad al Informe del Estudio de Pre inversión a Nivel de Factibilidad.

### **Estudio de Recolección Primaria**

Mediante Informe N° 039-2017-ERPrim-WPB del 21.06.2017 e Informe N°008-2018-ERPrim-WPB del 25.01.2018 el Equipo Recolección Primaria da conformidad al Informe del Estudio de Pre inversión a Nivel de Factibilidad.

### **Estudio de Impacto Ambiental**

Mediante Memorando N° 571-2017-EGAm del 22.06.2017 y Memorando N° 090-2017-EGASE del 26.01.2018 el Equipo Gestión Ambiental y Servicios Ecosistémicos da la conformidad al Informe del Estudio de Pre inversión a Nivel de factibilidad.

### **Estudio de Suelos**

Mediante Carta AJMV.SEDAPAL N° 296.2017 del 03.08.2017 el Especialista de Suelos da la conformidad al Levantamiento de observaciones del Informe del Estudio de Pre inversión a Nivel de factibilidad.

### **Estudio de Distribución Primaria**

Mediante Memorando N° 221-2018-EDP del 14.02.2018 el Equipo Distribución Primaria da la conformidad al Informe del Estudio de Pre inversión a Nivel de Factibilidad.

### **Estudio de Operación y Mantenimiento de los Equipos de Bombeo**

Mediante Memorando N° 210-2017-EOMASBA del 31.01.2018 el Equipo Operación y Mantenimiento de los Sistemas de Bombeo de Agua adjunta el Informe N° 020-2018-JJM-EOMASBA en el cual da la conformidad al Informe del Estudio de Pre inversión a Nivel de Factibilidad.

### **Estudio del Telecomunicaciones**

Mediante Memorando N°327-2018-ETIC del 13.02.2018 el Equipo Tecnologías de la Información y Comunicaciones da conformidad al Informe del Estudio de Pre inversión a Nivel de Factibilidad.

### **Estudio de Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales**

Mediante Memorando N°535-2018-EG-PTAR del 22.03.2018 el Equipo Gestión de Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales da conformidad al Informe del Estudio de Pre inversión a Nivel de Factibilidad.

### **Informe de Metrados – Costos y Presupuesto**

Mediante Informe N°152-2018-EEDef/SOR de fecha 15.03.2018 el Equipo Estudios Definitivo da conformidad a los Metrados y presupuesto al Informe Final del Estudio de Pre Inversión a Nivel de Factibilidad.

### **Estudio de Saneamiento Físico Legal**

Mediante Informe N° 430-2018-ESPS del 23.08.2018 la supervisión del



Equipo Estudios Preliminares le otorga la conformidad al Informe Final del Componente Saneamiento Físico Legal del estudio de Pre Inversión a Nivel de factibilidad.

#### ▪ **CONFORMIDAD DEL 5TO ENTREGABLE**

Mediante carta N° 429-2018-EEPRe de fecha **28.08.2018** e Informe N° 436-2018-EEPRe/LMH de fecha 24.08.2018 se notificó al consultor la aprobación del 5to. Entregable.

#### 6.7. DEL PAGO

- En el numeral 17 “De la Forma de Pago” de los términos de referencia parte del Contrato N° 313-2016-SEDAPAL suscrito con el CONSORCIO CONSULTOR VENTANILLA se señala que **Los pagos al Consultor se efectuarán mediante las valorizaciones bimestrales, las cuales estarán respaldadas con la presentación de las Tareas y de acuerdo a la culminación y conformidad del Equipo Gestión de Proyectos Norte de cada una de las Tareas.**
- Los pagos al CONSULTOR se efectuarán mediante valorizaciones de la forma siguiente:

Nº Valorización	Concepto	Pago (% de Monto Contractual a Valorizar)	% Pago Acumulado
1	Tarea 1	20	20
2	Tarea 2	20	40
3	Tarea 3	15	55
4	Tarea 4	20	75
5	Al obtener la viabilidad del PIP	25	100
<b>TOTAL</b>		100	

- El número de Informes y sus correspondientes valorizaciones estará de acuerdo a la presentación de las tareas, las cuales deben ser coordinadas con el Inspector del Estudio de acuerdo al Plan de Trabajo, los cuales estarán dentro del plazo establecido para el desarrollo del Estudio.
- Conforme a lo expuesto, y teniendo claro la delimitación de las obligaciones de las partes durante la ejecución del contrato y las consecuencias del incumplimiento de las mismas, pasamos a exponer los hechos que los llevarán a la inobjetable conclusión de que los argumentos expuesto por **EL CONTRATISTA** en su escrito de demanda, carecen de asidero fáctico y jurídico.

## 6.8. RESPECTO A FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO EXPUESTOS POR EL ORGANO DE DEFENSA FRENTA A LA DEMANDA

Los hechos expuestos por EL CONTRATISTA en el acápite I de su escrito de demanda, según sostiene, estarían orientados a obtener un pronunciamiento indebido respecto a la supuesta ineeficacia y/o invalidez de la penalidad aplicada por SEDAPAL sobre la base de hechos que distan del contenido del contrato suscrito por las partes y de su normatividad.

## 6.9. SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SUS PRETENSIONES ACCESORIAS Y SUBORDINADAS.

- a) Con fecha 14.09.2016, SEDAPAL suscribió el **Contrato N° 313-2016-SEDAPAL**, por un plazo de DOSCIENTOS CUARENTA (240) días calendario. Luego de haberse cumplido con la designación del INSPECTOR DEL ESTUDIO y con la ENTREGA DE TERRENO, el 10.10.2016 inicia el plazo contractual. Siendo la fecha de término del plazo contractual el **06.06.2017**.
- b) El CONSORCIO CONSULTOR VENTANILLA acumula el monto máximo de la penalidad por mora el 06.08.2017. Posterior a esta fecha, el consultor presentó documentación como parte de sus obligaciones contractuales, así como la subsanación de las observaciones. También, SEDAPAL a través de medios escritos notificó las observaciones encontradas a los informes que fueron presentados.
- c) Siendo que, mediante Carta N° 1918-2017-EGP-N (12.06.2017), se le comunicó que se encontraba inmerso dentro de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, de acuerdo a lo indicado en el ARTÍCULO 133º DEL RLCE, tal como lo señalaba en el ítem 18 de los términos de referencia.
- d) Por lo tanto, **DESDE EL DÍA SIGUIENTE DE VENCIDO EL PLAZO CONTRACTUAL** (06.06.2017) el Consorcio Consultor Ventanilla estuvo afecto a la aplicación de la **PENALIDAD POR MORA EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN**, de conformidad a lo prescrito en el Artículo 133º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE). A partir del cual, se ha determinado la penalidad diaria, el plazo y la fecha en la cual se alcanza la penalidad máxima.
- e) La Penalidad Diaria ascendía a la suma de S/. 6,081.05; y la Penalidad Máxima que equivale al 10% del Monto del Contrato, ascendía a la suma de S/. 364,862.90 Entonces, el tiempo máximo que está afecto a la penalidad por mora era de 60 días, conforme se muestra en el siguiente cuadro:



$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.1 * (\text{Monto})}{(\text{F} * \text{Plazo contractual})}$$

Monto del contrato (MC)= S/. 3'648,629.047

F= 0.25  
Plazo contractual = 240

Penalidad diaria (PD)= S/. 6,081.05

Monto máximo de penalidad (MMP)= 10% MC S/. 364,862.90

Número de días en que se alcanza la penalidad máxima = MMP/PD 60

- Del vencimiento del plazo contractual (06.06.2017) se disponía de 60 días para alcanzar la aplicación de la penalidad máxima, el mismo que se cumplió el 06.08.2017.
- A partir del 07 de agosto de 2017 en adelante, el Consorcio Consultor Ventanilla estuvo afecto a la Resolución del Contrato por llegar acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo.

- f) Ahora bien, el contrato está conformado por el documento que lo contiene, las bases integradas y la oferta económica ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. De igual manera, resulta incontestable que el contrato es obligatorio para las partes.
- g) Según lo regulado por el marco normativo en materia de contratación pública, un determinado contrato es obligatorio para las partes que lo suscribieron. Por ello tanto el contratista como la Entidad están obligados a cumplir las condiciones y obligaciones que se establecieron en el contrato, Bases Integradas y oferta ganadora.
- h) Por otro lado, al tratarse de un acto jurídico suscrito por ambas partes, debe regirse el principio de buena fe contractual en tanto en el marco de la ejecución del contrato debe existir el comportamiento activo de cooperación del interés compartido, en un vínculo por el cual, una parte de la relación obligatoria está disponible para cumplir las expectativas de prestación de la contraparte.
- i) En tal medida, qué duda cabe que era una obligación del contratista la realización de las tareas conforme a lo estipulado en la cláusula



cuarta, al no presentarlo dentro del plazo señalado es que SEDAPAL procede aplicar penalidad por mora conforme lo indica el artículo 133º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual considera fue aplicado correctamente.

- j) SEDAPAL, a través de la Carta N° 1918-2017-EGP-N (12.06.2017) otorgó al contratista un plazo de tres (03) días para que cumpla con hacer el levantamiento de observaciones del 3er. entregable al 100% de acuerdo a los Términos de Referencia.
- k) En ese sentido, únicamente se le aplicó lo señalado en los Términos de Referencia de acuerdo al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- l) Ahora bien, respecto a lo indicado por la contratista, la Entidad exigió el cumplimiento de las obligaciones que se encuentran plasmadas en las bases integradas del concurso, que dio lugar al contrato objeto de controversia.
- m) Siendo ello así, la contratista tenía pleno conocimiento de la ejecución del servicio a realizar, por eso ahora no es legal ni fácticamente posible que pretenda desconocer su obligación suscrita en el contrato.
- n) Por lo expuesto, en aplicación del artículo 133 del Reglamento que preceptúa que “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”. (El subrayado es agregado), lo considera aplicable.
- o) De otro lado, respecto a la aplicación de “otras penalidades”, la Entidad considera que las aplicó conforme a la cláusula décima tercera penalidades del contrato, las cuales se encuentran descritas en la tabla de penalidades, cláusula que también establece el procedimiento a seguir, el cual ahora la Contratista pretende desconocer. Sobre el argumento de su aplicación indebida, consideran lo siguiente:

#### ***“Procedimiento para la aplicación de Penalidades”***

##### Procedimiento para la aplicación de penalidades:

- a. Para la aplicación de las penalidades y multas, se cumplirá o establecido en el Procedimiento GPOPRO54.
- b. El consultor del servicio (SUPERVISOR), que se sienta perjudicado por la aplicación de las sanciones mencionadas, procederá conforme a lo establecido por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- c. El consultor del servicio (SUPERVISOR), deberá tener pleno conocimiento de la Tabla de Penalidades establecidas en los Términos de Referencia.
- d. El consultor del servicio (SUPERVISOR), debe saber que el incumplimiento de los términos y condiciones enmarcadas en los ENTREGABLES y OBLIGACIONES genera responsabilidad administrativa, civil o penal.

- p) Es por ello que se procedió aplicar otras penalidades en cumplimiento a lo prescrito en el Artículo 134º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde a SEDAPAL la aplicación de lo señalado en el ítem 18º (Aplicación de Penalidades para la factibilidad) de los Términos de Referencia.
- q) El artículo 134º del RLCE **PREVÉ QUE LOS DOCUMENTOS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN PUEDEN ESTABLECER PENALIDADES DISTINTAS A LA “PENALIDAD POR MORA EN LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN”, SIEMPRE Y CUANDO ESTAS SEAN OBJETIVAS, RAZONABLES, CONGRUENTES Y PROPORCIONALES CON EL OBJETO DE LA CONTRATACIÓN**; para lo cual deben incluirse **los supuestos de aplicación de penalidad**, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, correspondiendo a obligaciones vinculadas al objeto del contrato. Dichas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.
- r) En ese contexto, cuando una Entidad verifique la configuración de uno de los supuestos a penalizar, ésta aplicará la penalidad correspondiente conforme a lo establecido en los documentos del procedimiento de selección; en atención a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento.
- s) Ahora bien, esta penalidad fue aplicada cumpliendo los presupuestos señalados en la norma. Así, con el propósito de verificar la legalidad de la penalidad impuesta a **EL CONTRATISTA** resulta conveniente determinar que ésta cumple con los presupuestos de la ley de la materia, en tanto éstas son:
  - o **Objetivas**, porque se encuentran establecidas de manera clara y precisa los tipos de Penalidades y los montos según porcentajes del factor Unidad Impositiva Tributaria (UIT), así como de la forma y procedimiento mediante el que se verificó la ocurrencia del incumplimiento, según la naturaleza y características particulares al cumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas en los Términos de Referencia y las obligaciones contractuales asumidas en el Contrato 313-2016-SEDAPAL.
  - o **Razonables**, porque el monto o porcentaje de la penalidad establecidos y aplicada a **EL CONTRATISTA**, es proporcional a la gravedad de su incidencia e incumplimiento de su obligaciones contractual de no levantar las observaciones presentadas en el estudio de factibilidad.
  - o **Congruentes** con el Servicio de Servicio de Consultoría para la elaboración del Estudio de Pre inversión a Nivel de Factibilidad del proyecto: Ampliación y Mejoramiento de los Sistemas de



Agua Potable y Alcantarillado de los Sectores 273,277, 278, 279, 280, 394 y 395 Distrito de Ventanilla"

- t) Bajo ese escenario lo que la Entidad ha penalizado es el incumplimiento como una obligación contractual más no, está referida al retraso propiamente, pues este ya se encuentra regulado en el artículo 133°.
- u) Sobre la base de lo indicado, corresponde precisar que no se ha aplicado una doble penalidad, por el contrario, en cumplimiento del artículo 132 del Reglamento, el contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las cuales deben ser **objetivas, razonables** y **congruentes** con el objeto de la convocatoria.
- v) Asimismo, el citado artículo dispone en su segundo párrafo que "La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; y otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente o de ser el caso del ítem que debió ejecutarse".
- w) En tal sentido, para **SEDAPAL** resulta claro que el derecho de **LA CONTRATISTA** no se ha visto afectado, por lo que deviene en improcedentes y/o infundadas las pretensiones propuestas por **LA CONTRATISTA**.

#### **6.10. SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN**

Respecto a este punto, la cláusula décimo séptima del contrato (solución de controversias) establece en su literal a) que en atención a lo dispuesto por el artículo 69° del Decreto Legislativo N° 1071, las partes acuerdan que todos los gastos, costos y costas del proceso arbitral, serán asumidos por quien solicite el arbitraje. En el presente caso el CONSORCIO es quien debe asumir los gastos, por lo que, de debe respetar el acuerdo de las partes.

Finalmente, **SEDAPAL** indica que, teniendo en cuenta la contundencia de sus argumentos **SOLICITA** declarar **INFUNDADA** la demanda formulada por **LA CONTRATISTA**, en todos sus extremos.

#### **CONSIDERANDO:**

#### **7. CUESTIONES PREVIAS**

- 7.1. Antes de analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:



- i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes;
  - ii) Las partes tomaron conocimiento de las reglas arbitrales al presente caso, quienes además tuvieron la oportunidad de modificarlas de acuerdo al interés de cada parte.
  - iii) La Contratista presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto.
  - iv) La ENTIDAD fue debidamente emplazado con la demanda y, en efecto, presentó su escrito de contestación a la demanda.
  - v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios.
  - vi) Las partes tuvieron oportunidad de informar oralmente al Tribunal Arbitral en las audiencias convocadas con tales fines.
  - vii) 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) 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 139 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) 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;
  - xi) El Tribunal Arbitral está procediendo a emitir el Laudo dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.
- 7.2. 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.

## 8. NORMA APPLICABLE

- 8.1. En función a la fecha de convocatoria de la cual deriva el contrato materia de controversia, resulta aplicable la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado en su versión original, así como su Reglamento, Decreto Supremo N°350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Ambas normas son aplicables para todos contratos derivados de procedimientos de selección convocados entre el 9 de enero de 2016 y el 15 de abril de 2017.
- 8.2. Asimismo, resulta aplicable el Decreto Legislativo N°1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje).

## 9. ANÁLISIS

- 9.1. En el presente caso, existen un total de siete puntos controvertidos, que corresponden a las tres pretensiones principales de la demanda, una pretensión accesoria de la primera principal, una pretensión accesoria a la segunda principal, así como dos pretensiones subordinadas – igualmente de la segunda pretensión principal. Solo para efectos metodológicos, dividiremos su análisis en tres materias: i) Pertinencia o no de la aplicación de la penalidad por mora, ii) Pertinencia o no de la aplicación de las otras penalidades; iii) Pertinencia o no de la condena a costos y costas procesales.
- 9.2. En forma previa, sin embargo, corresponde efectuar apuntes previos, relativos al contrato en general y, a los contratos suscritos bajo la modalidad de suma alzada, en particular.

### 9.3. Marco teórico

#### El Contrato administrativo

- a) Podemos definir, de modo general y amplio que, desde el punto de vista subjetivo, el régimen de las contrataciones públicas regido por la Ley de Contrataciones del Estado<sup>12</sup> comprende la totalidad de Entidades Públicas, incluidos los proyectos, los programas, las empresas del Estado, los diversos fondos y juntas de participación social, entre otros. Ello involucra una posición totalizadora del Legislador, que ha optado por eliminar cualquier posible resquicio respecto al ámbito de aplicación de dicho régimen, de modo tal que en los hechos no existe administración u organización alguna que pueda sostener per se su exclusión del régimen de contrataciones del Estado, en la medida que, para proveerse de bienes, servicios u obras, asumen el pago con fondos públicos.

<sup>12</sup> En adelante la LCE.

- b) Como contraparte del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de la LCE, tenemos a su vez, su ámbito objetivo, es decir el conjunto de contrataciones que se encuentran dentro de sus alcances, puesto que si bien todas las entidades públicas (o simplemente entidades como las llama la LCE) están sujetas a su ámbito, ello no implica que todos los contratos que suscriban sigan igual suerte. Todo depende, en estricto, de la materia contractual involucrada.
- c) Esto quiere decir, que en principio toda contratación efectuada por una institución considerada estatal con cargo a recursos públicos, debería hacerse bajo un régimen y procedimiento especial, que se denomina en el Perú como el Régimen de Contratación Estatal, regido por la Ley N°30225 (en adelante la LCE) y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N°350-2015-EF (en adelante el Reglamento de la LCE), además de sus normas modificatorias y complementarias aplicables a este caso.
- d) El sustento constitucional del mencionado régimen se dispone en el artículo 76 de la Constitución Política del Estado, en cuanto establece que “*Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes*”, agregando la parte final de dicha disposición que corresponde a la ley establecer el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades<sup>13</sup>.

### Sobre el contrato en general

- e) En una relación contractual existe un conjunto de obligaciones que rigen tanto para la parte privada o contratista, como también para la parte estatal. Manuel de la Puente y Lavalle<sup>14</sup> expresa sobre el particular que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que, el contrato como categoría general es obligatorio sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: “*un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él*”.

<sup>13</sup> Al respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional en el acápite 12 de los Fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente N°020-2003-AL/TC<sup>13</sup>, que al referirse al objeto del artículo 76º de la Constitución Política, relativo a la constitucionalidad de dicho régimen, sostiene que: “*La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados (...)*” (El subrayado es nuestro).

<sup>14</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360



- f) En general, incluyendo el caso de los contratos en los que participa como parte el Estado (para adquirir o contratar según el caso un bien, un servicio o la ejecución de una obra), estos tienen como característica ser uno de prestaciones recíprocas, es decir un contrato en el cual las partes que lo celebran son deudoras y acreedoras la una de la otra, con independencia de la cantidad de prestaciones a las que cada una de ellas se obliga frente a la otra, es decir, son aquellos en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr a través de la celebración y ejecución del contrato son recíprocos.
- g) Sobre el particular De la Puente y Lavalle señala que “Basta que los contratantes acuerden, mediante el consentimiento, que existen obligaciones vinculadas entre sí por ese mismo consentimiento, para que en virtud de la fuerza obligatoria que la ley concede al contrato, la obligación de un contratante sea correlativa a la obligación del otro y corran paralelas durante toda la vida del contrato, de tal manera que si una de ellas deja de cumplirse se pierde ese paralelismo, o al menos hay peligro de que se pierda, por lo cual el remedio es el dejar la otra parte de estar obligada por su obligación correlativa, con lo cual se recupera el equilibrio perdido”<sup>15</sup>.

- h) Aunado a ello, agrega lo siguiente:

*“En estos contratos se genera un nexo especial que la doctrina denomina ‘correspondencia o reciprocidad’ y que consiste en la interdependencia entre las partes, por lo que en tal sentido cada una no está obligada por sus propias prestaciones sino porque la otra parte, debe otras prestaciones. En conclusión, la o las prestaciones a cargo de una de las partes constituyen el presupuesto indeclinable de la o las prestaciones de la otra.*

*La reciprocidad, encuentra su fundamento en una correlación de prestaciones, como señalan Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón<sup>16</sup>, ‘Los deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo de interdependencia, puesto que cada parte acepta el sacrificio que para ella supone realizar la prestación que le incumbe, con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar’, esta es pues la característica que tipifica a los contratos con*

<sup>15</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. **Estudios del contrato privado**. Cultural Cuzco S.A. editores, Lima 1983. Tomo I. Pág. 477.

<sup>16</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Editorial Tecnos, Madrid. Volumen II. Pág.162-163.



prestaciones recíprocas, como el CONTRATO que nos ocupa.

Al respecto, resulta válida la descripción efectuada por Hedemann de lo que significa para cada una de las partes contratantes su posición jurídica, y que ha sido expresada en la siguiente frase: "yo estoy obligado frente a ti, al igual que tú lo estás frente a mí, no con carácter retorsivo, sino como una manifestación de un acuerdo integral"<sup>17</sup>.

- i) Adicionalmente a las características de los contratos, en los casos en los que una de las partes sea la Administración, deberán tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en el Régimen de Contratación Estatal, es decir principalmente en la Ley y su Reglamento. En estos casos, las disposiciones civiles serán únicamente supletorias en defecto de la norma de contratación pública u otras normas de Derecho Público, debiendo primar la normativa específica, tal como se detallará en las líneas siguientes.

### **Sobre el contrato administrativo en especial**

- j) En el caso de los contratos en los que sea parte una entidad estatal y que se celebren para adquirir un bien, contratar un servicio o la ejecución de una obra, existen disposiciones particulares que le dan un carácter especial, tanto desde el punto de vista formal (necesidad de forma escrita), como sustancial (cláusulas obligatorias y prerrogativas especiales) que en estricto desigualan a las partes y constituyen, en los hechos, una suerte de contrato de adhesión en el cual el marco de negociación de las partes es limitado, dentro de los propios lineamientos establecidos en la respectiva normativa, las bases del procedimiento de selección y en los márgenes dentro de los cuales se puede tener por válida una propuesta y por subsistente un contrato.
- k) Así, el artículo 116 del Reglamento de la LCE, establece que:

- "116.1. El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.
- 116.2. El contrato debe incluir, bajo responsabilidad, cláusulas referidas a: (i)

<sup>17</sup> Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. Pág. 476.

*Garantías, (ii) Anticorrupción, (iii) Solución de controversias y (iv) Resolución por incumplimiento. (...)"*

- I) En este esquema, no puede negarse que existe una preeminencia de la parte estatal, que establece las condiciones de la convocatoria, los requerimientos técnicos mínimos y las propias bases integradas a las que debe someterse todo postor que desee optar por la buena pro del procedimiento de selección convocado. No obstante, aún bajo dicho marco desigual, existen garantías o normas mínimas de protección para la parte privada, como lo vienen a ser los silencios positivos, la solución vía arbitral de las potenciales controversias entre las partes y, la propia presunción de licitud de los actos de la Administración, de modo tal que emitidos estos, el Contratista pueda tener la relativa certeza de su validez y permanencia en el tiempo.
- m) Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, la vinculación de la entidad con el otro, así como la relación de derechos y deberes que nacen como consecuencia de ello, no nacen de un acto unilateral, sea este un acto administrativo o un acto reglamentario, sino por el contrario, de un acto bilateral, en el que existe una conjunción de voluntades entre la entidad susceptible de ser considerada Administración Pública y su contraparte privada, pero delimitando dicha voluntad común a un conjunto de prerrogativas de la Administración y garantías que se otorga a quienes actúan como su contraparte contractual.
- n) Por los primeros, la entidad estatal sigue actuando con prerrogativas unilaterales bajo condiciones preestablecidas –tal y como ocurre con la aprobación de adicionales, con la nulidad administrativa del contrato o la aprobación de reducciones, mientras que por los segundos se establece como contraparte, un mínimo establecido por el Estado como aceptable, para un adecuado funcionamiento del mercado en el que participa como contraparte contractual –tal y como ocurre con la cláusula arbitral para la solución de controversias y la aprobación de sus solicitudes en los casos en los cuales la LCE o su Reglamento le da valor afirmativo al silencio que se genere en el contrato, como ya se ha mencionado.
- o) En este sentido, tales cláusulas tienen una doble función: por un lado, velar por el adecuado uso de los recursos públicos, pero por otro, otorgar la suficiente predictibilidad del contratista, que le permita conocer los alcances de sus obligaciones y prerrogativas en el marco del régimen de las contrataciones públicas.

#### 9.4. Apuntes sobre las prestaciones contratadas



- a) Uno de los aspectos relevantes del presente caso, es el análisis sobre el sistema de contratación que le resulta aplicable. Como bien sabemos, en un primer momento dicho sistema implica únicamente la forma en la cual se efectuará el pago al Contratista, es decir, mediante una suma fija preestablecida, en función a su ejecución real u, otras formas alternas, como ocurre con los sistemas a tarifa, por sólo poner un ejemplo.

Sin embargo, en un segundo término, el sistema de precios unitarios nos indicará igualmente el nivel de expectativa de lo que se espera del Contratista, en función al conocimiento real de la Entidad de su propia necesidad. En ese sentido, sino se tiene un alcance cierto de la magnitud o características del servicio, corresponderá planificar un contrato como de precios unitarios, de modo tal que se retribuya el Contratista en función al avance real de su labor; mientras que por el contrario, se tienen claramente definidas las magnitudes tal esfuerzo de medición real devendrá en innecesario o redundante, pudiéndose optar por el sistema de precios a suma alzada.

- b) Sobre este tema, el artículo 14º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso, establece – en su parte pertinente, lo siguiente:

#### ***“Artículo 14.- Sistema de Contratación”***

Las contrataciones pueden contemplar alguno de los siguientes sistemas de contratación:

1. A suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas. El postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.

(...)

2. A precios unitarios, aplicable en las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras, cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas.

En el caso de bienes, servicios en general y consultorías, el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios en función de las cantidades referenciales contenidas en los documentos del procedimiento de selección y que se valorizan en relación a su ejecución real, durante un determinado plazo de ejecución.



(...)"

(Los subrayados son nuestros)

- c) Como se aprecia, la diferencia entre un sistema de precios y otro (suma alzada y precios unitarios), se determina por la certeza sobre el alcance de las prestaciones que se espera alcanzar de la otra parte, en este caso del Contratista actualmente demandante. Incluso, en un caso de suma alzada, la variación sobre las magnitudes o las calidades, en forma distinta a las originalmente previstas, implicaría una ruptura de su lógica inicial, que ameritaría, al menos, el origen de la causa que lo sustenta.
- d) Así las cosas, recordemos que el objeto del contrato que nos ocupa, está referido a la prestación de un servicio de consultoría, específicamente el previsto para la "**Elaboración de los estudios de pre inversión a nivel de factibilidad del proyecto: ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado de los sectores 273, 277, 278, 279, 280, 394 y 395 DEL distrito de Ventanilla**", por un monto ascendente a S/ 3'648 629,04 (Tres millones seiscientos cuarenta y ocho mil seiscientos veintinueve con 04/100 Soles) y por un plazo de ejecución contractual de doscientos cuarenta (240) días calendario.
- e) Al margen del sistema de precios seleccionado, se advierte que, al objeto del Contrato, establecido en la Cláusula Segunda del Contrato, le correspondía un pago dividido en cinco valorizaciones, conforme al cumplimiento integral de diversas tareas, estructuradas del siguiente modo:

#### CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONSULTOR en mediante las valorizaciones bimestrales, las cuales estarán respaldadas con la presentación de las Tareas y de acuerdo a la culminación y conformidad del Equipo Gestión de Proyectos Norte de cada una de las Tareas.

Los pagos al CONSULTOR se efectuarán mediante valorizaciones de la forma siguiente:

- |                              |   |   |
|------------------------------|---|---|
| 1 <sup>ra</sup> valorización | : | 20% del monto contractual, al obtener el visto bueno de la Tarea N° 1 |
| 2 <sup>da</sup> valorización | : | 20% del monto contractual, al obtener el visto bueno de la Tarea N° 2 |
| 3 <sup>ra</sup> valorización | : | 15% del monto contractual, al obtener el visto bueno de la Tarea N° 3 |
| 4 <sup>ta</sup> valorización | : | 20% del monto contractual, al obtener el visto bueno de la Tarea N° 4 |
| 5 <sup>ta</sup> valorización | : | 25% del monto contractual, al obtener la viabilidad del PIP.          |



- f) Este Tribunal entiende que tales pagos debían efectuarse con la conformidad completa, única e integral, de cada uno de los hitos previstos. Es decir, una vez prevista la necesidad que debía ser atendida, la que correspondía con los términos de referencia del propio procedimiento de selección.
- g) Sin embargo, tal como se aprecia del presente caso, para el cumplimiento del servicio, se había previsto una cantidad determinante de información que habría sido largamente rebasada en el presente caso. El Contratista no pide, con el presente caso arbitral, que se le reconozca ni un adicional (variación de monto), ni una ampliación de plazo (variación de tiempo); sino únicamente que se declare el retraso (en el que notoriamente ha incurrido), como un retraso justificado planteando para ello la ruptura de la lógica para la cual se le contrató, en función a la información que se le indicó debía levantar, respecto de la que tuvo que procesar para el cumplimiento de la finalidad pública del Contrato.

Este tema, será analizado en el apartado siguiente.

#### **9.5. Sobre la pertinencia o no de la penalidad por mora**

- a) A este rubro corresponde la primera pretensión principal y su pretensión accesoria. Para ello, el Contratista plantea que se deje sin efecto la penalidad por mora dispuesta contra su parte, ascendente a máximo posible, es decir el 10% del Contrato o, lo que es lo mismo, la suma de S/364,826.90 (Trescientos sesenta y cuatro mil ochocientos veintiséis y 90/100 soles). Para tales efectos, las pretensiones a ser analizadas en este rubro, son las siguientes:

- **Primerá pretensión principal:** Que el Tribunal Arbitral determine si el retraso en la ejecución del contrato es justificado o no y si este es atribuible o no al CONSORCIO.
- **Primerá pretensión accesoria a la primera pretensión principal:** Que, como consecuencia de la primera pretensión principal, el Tribunal Arbitral determine si se deja sin efecto o no las penalidades por mora deducidas, las cuales ascienden al 10% del monto contractual.

- b) Como bien sabemos, la penalidad por mora tiene como objeto establecer una medida o consecuencia económica gravosa para el Contratista, por el mayor tiempo que le implique llevar a cabo las prestaciones contratadas con su contraparte, de modo tal que se constituye como una especie de compensación tasada o preestablecida, por el perjuicio que dicho retraso pudiese originar a la



otra. Queda claro que debe existir un factor de atribución o imputabilidad de dicho retraso, por parte de quien debe asumir el costo de tal penalidad, como veremos más adelante.

- c) Del presente expediente, obra que el Contrato tenía como fecha de inicio del 10 de octubre de 2016 por lo cual, siendo su plazo equivalente a 240 días calendario, su fecha de término debió ser el 06 de junio de 2017. No obstante, el Consorcio Consultor Ventanilla culminó su prestación recién con fecha 23 de febrero de 2018, lo que implica un atraso total de 263 días calendario.
- d) Bajo esa línea, resulta relevante la Carta N°429-2018-EEPre del 28 de agosto de 2018, en la cual SEDAPAL establece el monto total de la penalidad aplicable, refiriendo haberse alcanzado su máximo posible, es decir, el 10% del valor del Contrato. Veamos la citada comunicación, en su parte pertinente:

<u>Carta N° 429 -2018-EEPre</u>	
Lima, 28 AGO 2018	<b>MESA DE PARTES</b>
<p>Señor            José A. Marquina Lozana            Representante Común            Consorcio Consultor Ventanilla            Calle José Gonzales N° 437  <u>Miraflores</u></p>	<p>28 AGO. 2018            HORA 11:15 am            RECIBIDO POR: Carmen Gisela            Reg. 669.</p>
<p>Asunto : Valorización N° 05 correspondiente a la Viabilidad del Estudio de Pre inversión a Nivel de factibilidad del proyecto: "Ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado de los sectores 273, 277, 278, 279, 280, 394 y 395 del Distrito de Ventanilla y Mi Perú".</p> <p>Referencia : Informe Técnico N°436-2018-EEPre-LMH (Ref. N°50844-2017)</p> <p>Mediante el documento de la referencia, nuestro equipo técnico recomienda comunicar a vuestra representada el pago de la 5ta valorización correspondiente a la Viabilidad del estudio de pre inversión a nivel de factibilidad del proyecto: "Ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado de los sectores 273, 277, 278, 279, 280, 394 y 395 del Distrito de Ventanilla y Mi Perú", equivalente al 25% del monto del contrato, la misma que asciende a S/. 912,157.26 soles; asimismo proceder a aplicar la penalización por 263 días de retraso, equivalente al 10% del monto del contrato de acuerdo al Art. 133º del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado.</p>	

- e) Sobre este tema, el artículo 133º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, resolvió una antigua discusión – tanto legal como



jurisprudencial, respecto de los alcances y condiciones que deben cumplirse para la imputabilidad y aplicación de la penalidad por mora al Contratista. Para ello, partiremos del texto inicial, primer párrafo, del artículo pertinente sobre penalidad, que, tanto en la norma bajo análisis como en sus antecesoras, establece 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:*

(El subrayado es nuestro).

- f) Nótese que el mencionado artículo establece dos requisitos: (i) Que exista retraso y que, además, (ii) tal retraso sea injustificado. Para un sector de la doctrina y jurisprudencia arbitral en materia de compras públicas, antes del actual Reglamento sólo podía existir retraso justificado cuando existía una ampliación de plazo aprobada por la Entidad, dejando de lado aquellos casos en los que el contratista incurría en un atraso que no le resulte imputable y a pesar de ello no solicitaba ampliación de plazo o ésta le era negada por la Entidad en decisión consentida por el contratista. Esta discusión se producía debido a que la anterior norma no indicaba de manera textual qué se considera como un retraso injustificado o en qué casos el retraso puede considerarse como justificado.
- g) Ahora bien, nuestra afirmación se efectúa en tiempo pasado, puesto que el actual artículo 133º del Reglamento, que se aplica al presente Contrato sí define cuándo estamos ante un retraso justificado lo que es distinto al supuesto de ampliación de plazo otra vez regulado únicamente. Veamos los dos últimos párrafos del artículo 133º del Reglamento pertinente para los autos:

*"Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredeite, 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.*

- h) De los dos párrafos mencionados, se nos presenta que, en principio un contrato puede tener un atraso sin que ello implique necesariamente la aplicación de penalidad por mora; sin embargo, para ello le



corresponderá al Contratista acreditar de modo claro y objetivo que el mayor tiempo transcurrido no ha sido de su cargo y responsabilidad y que, por el contrario, hubiera correspondido a terceros o, incluso, a la propia Entidad.

- i) De hecho, a diferencia de las ampliaciones de plazo en las cuales no sólo se modifica el plazo del contrato, sino que el contratista obtiene el derecho a cobrar los mayores costos directos y gastos generales que acredite, en el caso de la justificación de atraso, lo único que obtiene el contratista es la opción de librarse del cómputo de penalidad por mora, en virtud al tiempo efectivo que logre justificar.
- j) Estamos así frente a una figura estrictamente residual, que tiene como única finalidad, evitar el cobro de una penalidad en un contrato atrasado, en quien no debería asumir la carga de dicho atraso. Eso sí, la carga de la probanza recae en el interesado en no ser penalizado, es decir, el contratista.
- k) Lo señalado se ve claramente reflejado en el último párrafo de la Cláusula Décimo Tercera del contrato suscrito entre las partes, cuyo texto presentamos en la siguiente foto tomada de dicho instrumento legal:

#### CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: PENALIDADES

SI EL CONSULTOR incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;

F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

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.

Se considera justificado el retraso, cuando EL CONSULTOR 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, conforme el artículo 133º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



- I) Llegados a este punto, la pregunta es la siguiente: ¿El Contratista acredita en este caso que el mayor atraso no le resulta imputable? Este colegiado considera que sí, en la medida que según se advierte de autos, a pesar que el sistema de contratación elegido por SEDAPAL fue suma alzada, conforme fluye de la demanda, las prestaciones a cargo del contratista fueron largamente superadas en la ejecución de la prestación, con el pleno consentimiento de la Entidad a tal punto que este exceso en la ejecución de la prestación respecto a las contratadas nunca fue objetado por la demandada en el presente arbitraje.
- m) Aunado a ello, en autos, tenemos que la parte demandada reconoce que los estudios primigenios de prefactibilidad –que constituye la data con la que la Entidad licitó el contrato de consultoría a suma alzada- tenía un desface superior a 01 año, por lo que este tribunal entiende que era previsible que no guardara correspondencia con la realidad, **ERGO, HUBIERON MÁS ACTIVIDADES –REALMENTE- QUE EL CONSULTOR DEBÍA REALIZAR PARA CUMPLIR CON EL OBJETO DEL CONTRATO.**
- n) Siendo así las cosas, la justificación del retraso la encuentra el colegiado de los siguientes elementos: (i) El Contrato exigía el cumplimiento de unas prestaciones que –conforme los términos de referencia- no guardaban correspondencia con la actividad que debió realizarse y se ejecutó, a ello, el demandante ha señalado -en el cuerpo de la demanda- de cuantas actividades adicionales se debían realizar, lo cual no ha sido objeto de contradicción por parte de la Entidad, con lo que, es manifiesto que **SI HUBIERON MÁS ACTIVIDADES**, de las cuales la parte demandante no puede reclamar gastos generales –conforme el articulado arriba señalado-y que **ESTAS DEMANDAN MÁS TIEMPO**. (ii) Se pactó en el contrato un plazo de 240 días para la culminación de la tarea, (debia terminar el 06 de junio de 2017) y terminó el 23 de febrero 2018 (263 dias despues) con la entrega de los 5 entregables a satisfacción, aunado que la propia Entidad reconoce que a la fecha se cuenta con el registro en los proyectos de inversión.
- o) A mayor abundamiento, de la propia Diligencia de Audiencia Unica, el Consultor señaló lo siguiente: (1) El número de Pueblos (94) subio a 160, incrementándose la actividad en 70%; (2) El número de Lotes (16,934) subio a 38,133, incrementándose la actividad en 125%; (3) El número de Infraestructuras (11) subió a 24, incrementándose la actividad en 118% y (4) La capacidad PTAR 280 l/s, subio a 600 l/s, incrementándose a 114%.
- p) Esta situación –conceptualmente- guarda correspondencia con lo señalado en la Carta N° 624/2017 –referida a una ampliación de Plazo N° 03- remitida por el Consultor a la Entidad, donde indicó que pedía la ampliación de plazo por el incremento desmedido del número de habilitaciones beneficiariads, el número de infraestructuras proyectadas y las existentes.



- q) Con ello, la situación de facto no avala la legitimidad de la aplicación de penalidades por mora en los términos señalados por la Entidad, más aún que, bajo las categorías jurídicas desarrolladas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y los medios probatorios aportados, existe justificación para el retraso por parte del Consultor.
- r) Este tribunal considera que el principal problema suscitado en la relación contractual bajo análisis lo constituye el incremento de habilitaciones que generó el retraso en la ejecución de la prestación, habiendo quedado demostrado durante las actuaciones arbitrales que la cantidad de habilitaciones beneficiadas fueron un total de 160 habilitaciones y no de 94 evidenciándose así un incremento del 70% de lo establecido en el contrato, incremento que no resulta atribuible a la voluntad del Consorcio Consultor Ventanilla.
- s) Sin embargo, este 70% de incremento de la prestación a cargo del contratista no debe resultar una licencia para cumplir su obligación en más del 100% del plazo contratado, como efectivamente sucedió, toda vez que, conforme indicamos anteriormente, el atraso total del contratista fue 263 días calendario, lo que equivale a un 109.58% del plazo establecido en el contrato.
- t) Al respecto, teniendo en cuenta que el artículo 2, literal i) de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable al presente caso, contempla al Principio de Equidad, el cual señala que, las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad así como el artículo 14, numeral 1 (primer párrafo) del Reglamento de la Ley de Contrataciones el cual indica que en el sistema de contratación a suma alzada el postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, resulta necesario tomar una decisión que permita restablecer el equilibrio económico financiero del contrato respecto al plazo que realmente debió considerarse en la ejecución de la prestación a cargo del contratista.
- u) En ese sentido, atendiendo a la normativa sobre contrataciones y por supuesto, a un criterio de Justicia, corresponde determinar a cuántos días adicionales asciende ese 70% adicional del plazo de ejecución contractual que debió ser considerado en el contrato, a efectos de determinar cuántos serán los días de atraso en los que incurrió el contratista.
- v) Atendiendo a esto último, luego de aplicar una regla de tres simple encontramos que el citado 70% del plazo adicional equivale a 168 días calendario, los que serán restados de los 263 días de atraso que tuvo el contratista respecto del plazo contractual, en aras de determinar los días por los que verdaderamente corresponde aplicar la penalidad por mora.



Del resultante, que corresponde a 95 días calendario, debe restarse adicionalmente los diez (10) calendario que, conforme a lo establecido en el Reglamento, le corresponde al Contratista como plazo máximo para levantar observaciones, período dentro del cual no puede computarse como plazo en su contra. De este modo, el retraso imputable al Contratista – sobre el cual corresponde aplicar la penalidad por mora, asciende a un total de 85 días calendario.

- w) Siendo ello así, encontramos que la justa penalidad por mora al contratista será por un total de 85 días calendario, a los cuales deberá aplicarse la fórmula prevista en el artículo 133º del Reglamento y en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, del siguiente modo:

$$0.10 (3'648,629,04) / 0.25 (240)$$

De lo cual obtenemos la penalidad diaria siguiente:

$$364,862.90/60$$

S/6081.05 como penalidad diaria

Multiplicando dicha penalidad diaria por 85, que es el número total de días de atraso imputables al Contratista, tenemos como resultado la suma de S/516,889.25 (Quinientos dieciséis mil ochocientos ochenta y nueve y 25/100 soles).

- x) Como puede advertirse el monto antes indicado supera el 10% del monto del contrato suscrito, que es el tope de la penalidad por mora. Por ello, solamente cabe aplicar la penalidad por mora hasta dicho porcentaje máximo del contrato (10%), tal y como lo hizo la demandada, siendo que no corresponde que el demandado devuelva suma alguna a la demandante.
- y) Por lo expuesto, la primera pretensión principal de la demanda consistente en que el tribunal arbitral determine que el retraso en la ejecución del contrato es justificado y no es atribuible al consorcio, resulta FUNDADA EN PARTE en la medida que solamente pueden ser justificados 168 de los 263 días calendario de atraso en que incurrió el contratista,
- z) En cuanto a la pretensión accesoria de la primera pretensión principal consistente en que nuestro tribunal arbitral deje sin efecto las penalidades por mora deducidas y que ascienden al 10% del monto contractual deviene en INFUNDADA en la medida que la referida penalidad que corresponde al contratista asciende a S/. 577,699.75 (Quinientos setenta y siete mil seiscientos noventa y nueve con 75/100

soles), monto que supera el indicado porcentaje correctamente impuesto por la entidad demandada.

#### 9.6. Sobre la pertinencia o no del régimen de otras penalidades

- a) Un segundo aspecto a resolver, es el que corresponde al régimen de otras penalidades, las cuales se encuentran legalmente previstas para aquellas conductas no deseadas del contratista que sean distintas a la demora en la ejecución de la prestación, estableciendo una consecuencia onerosa que genere un desincentivo para incurrir en ellas.
- b) Veamos en ese sentido, lo que establece el artículo 134º del Reglamento:

##### **“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.”

- c) Dado que no hay un único patrón de medición, sino que su establecimiento se hace por contraposición a todo aquello que no se puede englobar dentro del simple retraso o mora, resulta imprescindible que las llamadas “otras penalidades” se encuentren claramente identificadas dentro de los documentos del procedimiento de selección<sup>18</sup> – como lo señala el mismo artículo 134º- mediante una tipificación específica que a su vez cumpla con las exigencias de razonabilidad, congruencia y proporción, pero, también contenga una fórmula de cálculo y un procedimiento de imposición.
- d) Es decir, en estos casos no nos encontramos ante una aplicación directa e inmediata, sino que se debe de tratar de conductas claramente identificadas (tipificadas) bajo las condiciones ya señaladas, en las que se establezca además la fórmula de su cómputo y el procedimiento para su imputación. Dicho de otro modo, en caso que la conducta no se encuentre tipificada, no se encuentre establecido su forma de

---

<sup>18</sup> Conforme a lo indicado en el artículo 26 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los documentos del procedimiento de selección son las bases, las solicitudes de expresión de interés para selección de consultores individuales, así como las solicitudes de cotización para comparación de precios, los cuales se utilizan atendiendo al tipo de procedimiento de selección.



cómputo o no se siga el procedimiento respectivo, no resultará pertinente su aplicación.

Para ser más claros, en estos casos, no cabe imponer otras penalidades por aplicación extensiva ni por analogía.

- e) En el caso que nos ocupa, existen un total de cuatro pretensiones vinculadas a este tema, una principal, una accesoria y dos subordinadas, siendo que, estas últimas sólo se activarán en caso se desestimen las dos primeras:

- **Segunda pretensión principal:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no la imposición de penalidades por demora en el levantamiento de observaciones establecidas en el Contrato N° 313-2016-SEDAPAL, de acuerdo con las normas de contrataciones.
- **Primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal:** Que, como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Arbitral determine si se deja sin efecto o no las penalidades deducidas, las cuales ascienden al 10% del monto contractual.
- **Primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal:** Que, en caso se desestime la segunda pretensión principal, el Tribunal Arbitral determine si la penalidad por demora en el levantamiento de observaciones puede ser aplicada o no porque no contiene un procedimiento para su aplicación.
- **Segunda pretensión subordinada a la segunda pretensión principal:** Que, en caso se desestime la segunda pretensión principal, el Tribunal Arbitral determine si la penalidad por demora en el levantamiento de observaciones puede ser aplicada o no porque dicho tipo infractor no se encuentra establecido en el contrato.

- f) Así las cosas, corresponde revisar los términos de referencia del Concurso Público N° 0061-2016-SEDAPAL Primera Convocatoria que dio lugar al Contrato N° 313-2016-SEDAPAL materia de la presente controversia en aras de verificar si es que cumplió con todos los requisitos planteados por el artículo 134 antes comentado.



- g) En ese derrotero es que a fojas 89 de las bases integradas del concurso público antes indicado (folio 66 de los términos de referencia) encontramos un acápite signado con el número 18 denominado: "APLICACIÓN DE PENALIDADES PARA LA FACTIBILIDAD" el cual alude a las penalidades que serán aplicadas al contratista y además presenta una tabla de penalidades que presentamos a continuación:

<b>TABLA DE PENALIDADES</b>			
<b>Nº</b>	<b>Infracción</b>	<b>Unidad</b>	<b>Monto</b>
1	No cumple con la participación del personal profesional planteado en la propuesta técnica según el cronograma y tiempo de participación.	Por día y ocurrencia	0.25% x M
2	No cumple con la disposición de una oficina equipada, el uso de materiales o equipos (vehículo o medio de comunicación o teodolito, etc.) establecidos en los Términos de Referencia	Por día	0.25% x M
3	No cumple con la subsanación de Observaciones de los entregables en el plazo establecido, observaciones persistentes, registradas en el Libro de Actas o cartas remitidas	Por día	0.10% x M
4	No presentar los informes de avance completos en la fecha establecida, según lo exigido en la presentación de tareas de los Términos de Referencia.	Por día	0.10% x M
5	No cumple con las responsabilidades de pago del salario u honorario al personal profesional incluyendo los beneficios sociales de acuerdo a Ley.	Por ocurrencia	0.10% x M
6	El personal profesional del Consultor no asiste a las reuniones convocadas por SEDAPAL y confirmadas por el Consultor	Por día y persona	0.10% x M
7	No cumple con los estipulado en la Ley y Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo	Por ocurrencia	0.15% x M
8	No cumple en entregar el calendario de Estudio o cronograma de Actividades detallado, en los plazos solicitados.	Por ocurrencia	0.15% x M
9	En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofrecido y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado	Por día de ausencia del personal	0.10% x M

- h) A su turno, el Contrato N° 313-2016-SEDAPAL a fojas 04 y 05 contiene la cláusula décimo tercera denominada "PENALIDADES" en la que aparece el siguiente cuadro (segmentado debido a las distintas páginas):



Adicionalmente a la penalidad por mora se aplicará la siguiente penalidad:

**Penalidades Referidas a las Actividades del Desarrollo del Estudio**

Nº	INFRACCIÓN	UNIDAD	Monto
1	No cumple con la participación del personal profesional planteado en la propuesta técnica según el cronograma y tiempo de participación.	Por día y persona	0.25% x M
2	No cumple con la disposición de una oficina equipada, o el uso de materiales o equipos (vehículo o medio de comunicación o teodolito, etc.) establecidos en los Términos de Referencia.	Por día	0.25% x M
3	No coordina adecuadamente con el Consultor, para el cumplimiento de la subsanación de Observaciones de los Entregables en el plazo establecido, observaciones persistentes, registradas en cuaderno de proyectos y/o cartas remitidas.	Por día	0.10% x M
4	No presentar el informe mensual completo en la fecha establecida, o informe técnico especial o de coyuntura según lo exigido en la presentación de tareas de los Términos de Referencia.	Por día	0.10% x M

CONTRATO N° 313-2016-SEDAPAL

CP N° 0061-2016-SEDAPAL

PAG. 05

5	No cumple con las responsabilidades de pago del salario u honorario al personal profesional incluyendo los beneficios sociales de acuerdo a Ley.	Por ocurrencia	0.10% x M
6	El personal profesional del SUPERVISOR no asiste a las reuniones convocadas por SEDAPAL y confirmadas por el SUPERVISOR.	Por día y persona	0.10% x M
7	No cumple con lo estipulado en la Ley y Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo.	Por ocurrencia	0.15% x M
8	No cumple con los plazos señalados para emitir observaciones a los informes entregables y/o informe final presentados por el consultor.	Por ocurrencia	0.10% x M
9	En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado.	Por día y por profesional	0.50 x UIT

M : Monto del Contrato vigente

UIT: Unidad Impositiva Tributaria, vigente

- i) Como puede advertirse existe una clara diferencia entre las otras penalidades contempladas en las bases del Concurso Público N° 0061-2016-SEDAPAL Primera Convocatoria y aquellas que obran en el Contrato N° 313-2016-SEDAPAL.
- j) Sobre esto último, este tribunal arbitral deja constancia que en su contestación de demanda y a lo largo del presente arbitraje, SEDAPAL no presentó pretensión alguna destinada a que se declare nula, inválida

y/o ineficaz la citada cláusula décimo tercera del contrato bajo comentario, razón por la que se mantiene incólume para todo efecto.

- k) Obra de autos, que la Entidad habría aplicado las otras penalidades al contratista conforme a lo señalado Cartas 2591-2017-EGP-N de fecha 8 de agosto de 2017, N° 2839-2017-EGP-N de fecha 29 de agosto de 2017, N° 3338-2017-EGP-N de fecha 10 de octubre de 2017, de fecha 12 de octubre de 2017, por supuestamente haber incurrido en la Infracción N° 4 de la Tabla de Penalidades del Numeral 18 de los Términos de Referencia.
- l) En buena cuenta, la demandada contaba con dos tablas de otras penalidades aplicables al contratista relacionadas con la ejecución de su prestación a cargo, una ubicada en los términos de referencia y otra ubicada en el contrato, hecho que desnaturaliza lo previsto en el artículo 134 que ordena establecer las denominadas otras penalidades en los documentos del procedimiento de selección, vale decir, en las bases, las cuales necesariamente deben coincidir con aquellas consideradas en el contrato, hecho que no sucedió en el presente caso.
- m) Conforme se desprende de las Cartas Nos. 2591, 2839, 3338 y 3379-2017-EGP-N de fechas 8 y 29 de Agosto así como 10 y 12 de Octubre de 2017, respectivamente, se impuso otras penalidades al contratista por haber supuestamente incurrido en la Infracción consistente en no cumplir con la subsanación de observaciones de los entregables en el plazo establecido, registradas en el Libro de Actas o cartas remitidas, prevista en el numeral 3 de la tabla de penalidades contemplada en los términos de referencia.
- n) Al respecto, este colegiado arbitral considera que las otras penalidades impuestas por la demandada devienen en ilegales en la medida que la infracción tipificada no se encuentra contemplada en el Contrato N° 313-2016-SEDAPAL como un supuesto para aplicación de otra penalidad, en cuya cláusula décimo tercera SEDAPAL contempló todas las conductas infractoras que a su criterio consideró merecen la aplicación de otra penalidad al contratista.
- o) Si bien es cierto que, conforme a lo previsto en el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que el contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes también es verdad que, en el presente caso, SEDAPAL al momento de elaborar el contrato bajo comentario, retiró la infracción contemplada en los términos de referencia y que utilizó para penalizar al contratista en varias oportunidades hasta alcanzar el monto máximo legalmente permitido.

- p) Sobre esto último, este colegiado arbitral considera conveniente traer a colación el artículo 1401 del Código Civil el cual precisa que las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan en caso de duda, en favor de la otra.
- q) En ese orden de ideas, en caso existiera duda respecto a la vigencia del supuesto de infracción aplicado por la demandada al consorcio demandante, este tribunal debe entender que ya no se encuentra vigente, en aplicación de la acotada norma civil.
- r) Sin embargo, queda meridianamente claro que las infracciones previstas en el Contrato N° 313-2016-SEDAPAL han sido las elegidas por la empresa estatal para el desarrollo de su relación contractual en la medida que -reiteramos- no ha pedido en el presente arbitraje que la cláusula décimo tercera que contiene las penalidades sea declare nula, inválida o ineficaz.
- s) Aunado a lo anterior, este tribunal arbitral también advierte que tanto los términos de referencia de las bases como el propio Contrato N° 313-2016-SEDAPAL no han contemplado el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, conforme a lo previsto en el artículo 134 del Reglamento de Contrataciones del Estado.
- t) Si bien es cierto, tanto el numeral 18 de los términos de referencia ates comentado junto con la cláusula décimo tercera del contrato suscrito establecieron que para la aplicación de penalidades se cumplirá con lo establecido en el Procedimiento GPOPRO54 también es verdad que este procedimiento no se encuentra incluido como tal en las bases del concurso público que dio lugar al contrato materia de controversia.
- u) Inclusive en el presente arbitraje el demandado no ofreció como medio probatorio en indicado Procedimiento GPOPRO54 ni mucho menos demostró habérsele entregado al consorcio demandante, obviando incluso acreditar que este procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar se haya efectuado en el presente caso.
- v) Por lo expuesto, corresponde manifestar que la segunda pretensión principal consistente en determinar que no corresponde la imposición de penalidades por demora en el levantamiento de observaciones establecidas en el Contrato N° 313-2016-SEDAPAL, de acuerdo a las normas de contrataciones debe ser declarada FUNDADA y como consecuencia de ello, también la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal debe declararse FUNDADA y como consecuencia de ello este tribunal arbitral ordena dejar sin efecto las

penalidades deducidas por la demandada y que ascienden al 10% del monto contractual, debiendo ser devueltas al consorcio demandante.

- w) Atendiendo a lo expuesto y a la naturaleza de las dos pretensiones subordinadas a la segunda pretensión principal declarada fundada, carece de objeto pronunciarse sobre aquellas.

## 9.7. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE COSTOS Y COSTAS PROCESALES

- a) La tercera pretensión del demandante, está referida a que se efectúe una expresa condena de costos y costas a la Entidad, conforme se aprecia de lo siguiente:

**"Tercera pretensión principal:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a SEDAPAL el pago de las costas y costos del proceso arbitral hasta su debido cumplimiento."

- b) Ello pese a que acuerdo a los términos del Contrato, al menos en una fase inicial quien asume la posición del demandante, debe cubrir igualmente los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral. Es más, se advierte que pese a dicha disposición y, de acuerdo a las propias disposiciones del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica, bajo cuyas reglas se administra la presente controversia, cada parte cumplió con efectuar el pago de 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, por lo que no se aprecia conflicto ni diferencia de posiciones en esta materia.
- c) Asimismo, durante el desarrollo del proceso arbitral, cada una de las partes ha atendido los propios gastos de su defensa, no imputando monto alguno a su contraparte.
- d) Del mismo modo, se aprecia que ambas partes han actuado con lealtad y buena fe en la defensa de sus respectivas posiciones, motivo por el cual este Tribunal Arbitral considera que no existe sustento alguno para alterar la situación actualmente presente, en la que cada una de ellas ha asumido los costos de su propia defensa y, en un 50% la que corresponde a los honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral.
- e) En esa línea, no corresponde que ninguna de las partes restituya monto alguno a la otra por concepto de costos y costas procesales, deviniendo en INFUNDADA la tercera pretensión de la parte demandante.

## 10. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, de manera unánime y en Derecho, este tribunal arbitral LAUDA:

**PRIMERO:** Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal y, por su efecto, determinar que el retraso en la ejecución del contrato es justificado en un total de 168 de los 263 días calendario atrasados y, por ende, no atribuibles al Consorcio Consultor Ventanilla.

**SEGUNDO:** Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal y, por ende, no corresponde dejar sin efecto las penalidades por mora deducidas por SEDAPAL en la medida que la penalidad que corresponde al contratista, supera el monto máximo de la penalidad por mora, siendo que el monto resultante sigue por encima del máximo imponible, conforme lo establecido en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

**TERCERO:** Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión principal y, por su efecto, determíñese que no corresponde la imposición de penalidades por concepto de Otras penalidades, en el Contrato N° 313-2016-SEDAPAL, conforme a los fundamentos establecidos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

**CUARTA:** Declarar **FUNDADA** la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal y, por su efecto, desestímese la penalidad impuesta por concepto de "Otras penalidades" efectuada al Contratista.

**QUINTO:** Al haber sido amparada la segunda pretensión principal, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre sus dos pretensiones subordinadas.

**SEXTO:** Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda y, por su efecto, cada parte deberá atender a sus propios costos asumidos en la defensa de sus respectivas posiciones, sin restitución de ninguna de ellas a favor de la otra.

**SEPTIMO: REGISTRAR** el presente laudo arbitral en el SEACE conforme a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En este sentido, facúltese al presidente del Tribunal Arbitral a suscribir todos los documentos que sean necesarios para la consecución de dicho fin.

---

Cristian David Dondero Cassano  
Presidente



CENTRO DE  
ANÁLISIS Y  
RESOLUCIÓN  
DE CONFLICTOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Exp. 2034-434-18

**Carlos Mariano Rivera Rojas**  
Árbitro

**Marco Antonio Martínez Zamora**  
Árbitro