

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Laudo arbitral de fecha 30 de enero de 2017:
Entendiendo el acto administrativo contractual a
propósito del procedimiento de liquidación del contrato**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Javier Juan Manuel Salazar Andrade

ASESOR:

Lenin William Mayorga Elias

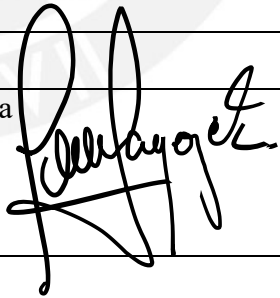
Lima, 2022

INFORME DE SIMILITUD

Yo, Lenin William Mayorga Elias, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del informe jurídico titulado, “Laudo arbitral de fecha 30 de enero de 2017: Entendiendo el acto administrativo contractual a propósito del procedimiento de liquidación del contrato de obra pública”, del autor Javier Juan Manuel Salazar Andrade, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 19%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 24 de enero de 2023

<u>Mayorga Elias, Lenin William</u>	
DNI: 44109914	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0003-1637-8318	

RESUMEN

Analizaremos el acto administrativo contractual como forma de manifestación de la voluntad de una entidad en el marco de una relación contractual de derecho público a propósito del procedimiento de liquidación del contrato de obra pública, distinguiéndolo del acto administrativo y de la manifestación de voluntad entre privados.

Considerando que este trabajo de suficiencia profesional implica analizar un caso contrato, estudiaremos el laudo arbitral asignado durante el curso de seminario de investigación académica, identificando los argumentos de los árbitros con la finalidad de expresar nuestra postura concordante y las diferencias de opinión sobre lo decidido.

Para el tribunal, las entidades manifiestan su voluntad a través de actos administrativos, por ello declara el consentimiento de la liquidación del contratista debido a la falta de pronunciamiento de la entidad, sostiene que, si bien se pronunció dentro del plazo, tal pronunciamiento no cumple los requisitos de validez del acto administrativo según la ley del procedimiento administrativo general. Respetuosamente discrepamos, sostenemos que el referido pronunciamiento no es un acto administrativo sino un acto administrativo contractual, de manera que de haber adoptado dicha figura el resultado del arbitraje sería distinto.

Dejando de lado lo anterior, examinaremos como problemas secundarios lo relativo a las reclamos por elaboración deficiente del expediente técnico, la oportunidad en la entrega de los certificados de prestación, y por último si la figura del acto administrativo contractual afecta o no la arbitrabilidad de las decisiones de las entidad dentro de un contrato.

Esta investigación no sería posible sin la ayuda de autores como Linares Jara, Agustín Gordillo, Omar Alejos entre otros; también se utilizó las opiniones del

OSCE comparando la variación de su postura a lo largo del tiempo, y como instrumentos normativas esenciales la ley de contrataciones y su reglamento aplicable al contrato, la ley del procedimiento administrativo general y el código civil.

Palabras clave

Acto administrativo; contratación pública; obras públicas; arbitraje

ABSTRACT

We will analyze the contractual administrative act as a form of manifestation of the will of an entity within the framework of a contractual relationship of public law regarding the liquidation procedure of the public works contract, distinguishing it from the administrative act and the manifestation of will between private parties.

Considering that this work of professional sufficiency implies analyzing a contract case, we will study the arbitral award assigned during the course of the academic research seminar, identifying the arguments of the arbitrators in order to express our concordant position and the differences of opinion on what was decided.

For the court, the entities express their will through administrative acts, for this reason it declares the consent of the liquidation of the contractor due to the lack of pronouncement of the entity, it maintains that, although it was pronounced within the term, said pronouncement does not comply the requirements of validity of the administrative act according to the law of the general administrative procedure. We respectfully disagree, we maintain that the aforementioned pronouncement is not an administrative act but a contractual administrative act, so that if said figure had been adopted, the result of the arbitration would be different.

Leaving aside the above, we will examine as secondary problems those related to the claims for deficient preparation of the technical file, the opportunity in the delivery of the performance certificates, and finally if the figure of the contractual

administrative act affects or not the arbitrability of the decisions of entities within a contract.

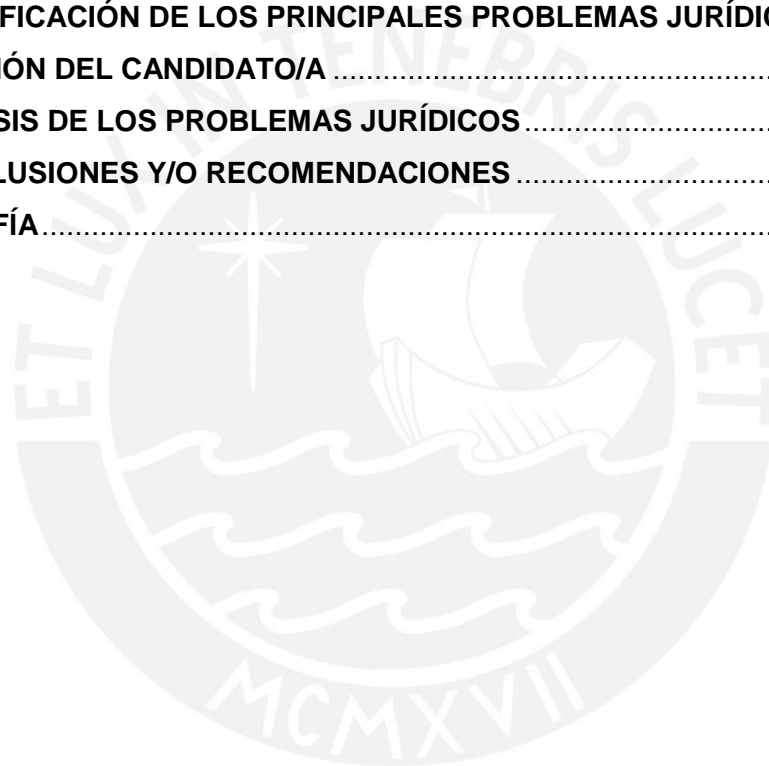
This research would not be possible without the help of authors such as Linares Jara, Agustín Gordillo, Omar Alejos among others; The opinions of the OSCE were also used, comparing the variation of its position over time, and as essential regulatory instruments the contracting law and its regulations applicable to the contract, the general administrative procedure law and the civil code.

Keywords

Administrative act; public procurement; Public Works; arbitration

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1. Justificación de la elección de la resolución.....	5
1.2. Presentación del caso y análisis	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	8
2.1. Antecedentes	8
2.2. Hechos relevantes del caso	9
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	13
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	14
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	17
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	33
BIBLIOGRAFÍA	35



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	A-26
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Contratación pública, arbitraje internacional
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Laudo, demanda y contestación, reconvencción de la demandada
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Consortio Nippon Nikei - OIST
DEMANDADO/DENUNCIADO	Programa Nacional de Saneamiento Urbano
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Laudo Final
TERCEROS	
OTROS	<i>[En este rubro, el/la estudiante puede tener en consideración cualquier otro dato que considere importante o que le genere duda, a fin de abordarlo con el/la asesor/a.]</i>

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

Existe una “creciente” motivación por descifrar cuál es la naturaleza de las decisiones que las entidades emiten en el marco de la ejecución contractual.

Las opiniones son divididas, algunos postulan que se trata de actos administrativos, otros arguyen que son actos administrativos contractuales, y un sector considera que son simples manifestaciones de voluntad equiparables a lo que sucede en un contrato privado. Tal es el debate que incluso entidades públicas se han visto obligadas a escoger entre las tres alternativas; por ejemplo, para el OSCE los actos emitidos en la fase de ejecución contractual no son actos administrativos de forma tal que no le son aplicables las disposiciones del TUO de la LPAG, debiendo regularse por lo establecido en la Ley de contrataciones y su reglamento; y en su defecto por el Código Civil.

Elegí el caso A-26 porque representa un claro ejemplo de lo comentado, tanto el tribunal como las partes procesales discuten la naturaleza de una decisión notificada por la entidad a un contratista durante la ejecución del contrato.

Para los árbitros estamos frente a actos administrativos, de allí que hayan utilizado como herramienta de análisis el T.U.O de la LPAG; no obstante, luego de suscrita el contrato, el proveedor deja de ser administrado para convertirse en contratante, entonces parecería que la figura del acto administrativo no se corresponde con la naturaleza del vínculo que mantiene una entidad con un contratista. De otro lado si decimos que se trata de una manifestación de voluntad equiparable a la de un privado tenemos que tampoco parecería insertarse adecuadamente en la relación de derecho público y las potestades

(sean estas de ius imperium o no) que ejerce una entidad para cumplir su objetivo de satisfacer un fin público determinado (que subyace a toda contratación pública).

¿Es acaso el acto administrativo contractual la figura jurídica que mejor calza en la esencia de un contrato público? ¿Es válido su utilización en el marco jurídico nacional de los contratos estatales? ¿Considerando que el arbitraje es el mecanismo de solución de controversia por excelencia, su uso implicaría la no arbitrabilidad de las decisiones de una entidad?

En este informe trataremos de presentar una respuesta ordenada, sencilla y contundente a las preguntas anteriormente planteadas. Antes de ello es imprescindible descifrar (no puede ser de otra manera) ¿cuál es la naturaleza jurídica de las decisiones que una entidad emite durante la ejecución de un contrato público?

1.2. Presentación del caso y análisis

El caso A-26 contiene los documentos tramitados en el marco de un procedimiento arbitral seguido ante la CCI entre el Consorcio Nippon Nikei – OIST y el Programa Nacional de Saneamiento Urbano respecto de la liquidación final del contrato.

Las partes suscribieron un contrato de consultoría para la elaboración de la ingeniería definitiva, apoyo técnico en la procura y supervisión de las obras ejecutada en dos regiones del País. Conviene precisar lo siguiente: a) el origen del vínculo se deriva de un contrato de préstamo suscrito entre el Peruano y el JICA; b) la aplicación de la ley de contratación y su reglamento es supletoria.

En resumen, finalizada las prestaciones el contratista procedió a elaborar su liquidación y según el procedimiento previsto la entidad emitió su pronunciamiento. Sucede que el reglamento de

contrataciones de ese momento ordenaba que la entidad se pronunciaba - ya sea que observe o apruebe el cálculo final – mediante una resolución, no obstante, las observaciones se remitieron vía oficio.

Debido a que el consorcio no estuvo de acuerdo con lo resuelto por el PNSU sometió su pronunciamiento al fuero arbitral, planteando dos pretensiones fundamentales: a) que se deje sin efecto el pronunciamiento de la entidad pues se remitió vía oficio cuando lo que correspondía era la emisión de una Resolución; y b) que se declare la validez y/o eficacia de la liquidación efectuada por el consorcio. También presentó una pretensión derivada de la demora en la entrega del certificado de prestación.

A su vez la entidad contrademandó, solicitando una indemnización por el incumplimiento deficiente del consorcio en la elaboración del expediente técnico; a su vez requirió al tribunal la imposición de penalidades y el re cálculo de las valorizaciones

No puedo detenerme en el análisis de los conceptos contenidos en la liquidación ni la determinación del saldo final pues los documentos que obran en el expediente no permiten realizar tal estudio, por ende, he decidido centrarme en lo que según mi criterio es lo relevante: establecer cuál es la naturaleza de la decisión de una entidad en el marco de la ejecución contractual, y a partir de allí establecer si el tribunal debió analizar las observaciones a liquidación presentadas por la entidad.

Lo mismo sucede cuando analizamos las pretensiones de la entidad referidas a la determinación de las deficiencias del expediente técnico, re cálculo de valorizaciones e imposición de penalidades. Sin embargo, aun cuando no contenga toda la información necesaria tratare de dar solución estos problemas jurídicos.

Mantenemos con el tribunal diferencias de opinión en torno al consentimiento de la liquidación del contrato, la base de estas diferencias radica en que el tribunal considera se trata de un acto administrativo, por el contrario, postulamos que es un acto administrativo contractual. El tribunal aplica los requisitos de validez del acto para analizar el pronunciamiento, a nuestro entender no es posible aplicarlo automáticamente debiendo matizarlos debido a la naturaleza jurídica del pronunciamiento. Así, ambos llegamos a distintas conclusiones; según los árbitros el pronunciamiento existe, pero es nulo, para nosotros existe y es válido, esto supone que a criterio de los autores las observaciones debieron analizarse a efectos de determinar si es correcto el saldo final, el tribunal por el contrario sostiene que el consentimiento recubre a la liquidación de un halo de impenetrabilidad por tanto no puede evaluar las observaciones debiendo asumir que el saldo determinado por el ejecutor es cierto.

Finalmente, en lo que sí estamos de acuerdo es que la entidad demoró injustificadamente la entrega del certificado de prestación, asimismo ambos defendemos la postura que independientemente la entidad haya recepcionado y otorgado la conformidad de la elaboración del expediente técnico esto no implica que posteriormente no puede realizar reclamos cuando advierte su inadecuada formulación.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

- El estado peruano suscribió un contrato de préstamo con el JICA para financiar la contratación de un empresa consultora que se encargue de realizar los estudios definitivos, asista técnicamente durante la procura; y supervise la ejecución de la obras.

- En virtud de ello, se firmó el contrato con el Consorcio Nippon Nikei – OIST.
- Una vez finalizada la prestaciones, el contratista efectuó la Liquidación; y la entidad emitió su pronunciamiento mediante oficio.
- El Consorcio no estuvo de acuerdo con la forma de notificación ni con las razones de los Observaciones notificadas por el PNSU; para proteger sus legítimos intereses activo el arbitraje ante la CCI siendo sus pretensiones las siguientes: a) se deje sin efecto el pronunciamiento de la entidad pues se remitió vía oficio cuando lo que correspondía era la emisión de una Resolución; b) que se declare la validez y/o eficacia de la liquidación efectuada por el consorcio; y c) que se entregue el certificado de conformidad del servicio.
- La entidad contrademandó; y solicitó lo siguiente : a) se declare la validez y eficacia del oficio; b) declare la existencia de penalidades y consecuente le ordena al consorcio el pago de la penalidad máxima aplicable al contrato; c) declare la existencia de un saldo a favor del PNSU resultante del reajuste de las valorizaciones pagadas en exceso; d) ordene al demandante el pago de una indemnización por el incumplimiento contractual de las obligaciones del demandante referidas al diseño y elaboración del expediente técnico; d) ordene la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento como parte de lo ordenado al demandante.

2.2. Hechos relevantes del caso

- **Posición del Consorcio**

- a) **Se deje sin efecto el pronunciamiento de la entidad pues se remitió vía oficio cuando lo que correspondía era la emisión de una Resolución.**

Sostiene que el procedimiento en el marco del reglamento de la ley de contrataciones exige que el pronunciamiento debe efectuarse vía resolución; por lo tanto, no es válido la emisión del oficio del PNSU, debiéndose dejar sin efecto.

- b) **Se declare la validez y/o eficacia de la liquidación efectuada por el consorcio.**

Sostiene que el cálculo final contenido en la liquidación contiene todos los conceptos establecidos en el contrato y permitido por ley, de modo que debe declararse su validez y eficacia

- c) **Se entregue el certificado de conformidad del servicio.**

Sostiene que indebidamente la entidad ha diferido entregar el certificado de conformidad, la única posibilidad para que la entidad demore su entrega es cuando existan multas, penalidades u observaciones hasta que sean absueltas o canceladas, agrega que de los hechos del caso se acredita que no se han dado las condiciones que habiliten a entidad la demora del certificado.

Por su parte la entidad deja constancia que si existe un controversia sobre las penalidades por atrasos, de allí que si puede retardar la remisión de tal documento

— **Posición del PNSU**

- a) **Se declare la validez y eficacia del oficio.**

Sostiene que el hecho de que el pronunciamiento haya sido rotulado como Oficio y no como Resolución no tiene incidencia alguna en su naturaleza y efectos jurídicos debido a que se observaron todos los requisitos legales para el surgimiento de un acto administrativo válido.

b) Se declare la existencia de penalidades y consecuente le ordena al consorcio el pago de la penalidad máxima aplicable al contrato.

El PNSU arguye que el contratista no presentó a tiempos los informes mensuales que estipulaba el contrato haciéndose acreedor a la aplicación de una penalidad, que alcanza el monto máximo establecido en el contrato.

El contratista sostiene que cuando la entidad emitió las confirmadas parciales y efectuó el pago de las valorizaciones no dejó constancia de la aplicación de la penalidad, argumenta que si el PNSU considero el retraso debió deducir la penalidad en la valorizaciones presentadas por el consultor.

c) Se declare la existencia de un saldo a favor del PNSU resultante del reajuste de las valorizaciones pagadas en exceso.

Refiere que el PNSU en ejercicio de su facultad de revisar las cuentas de la liquidación ha verificado pagos en exceso al contratista. Por su lado, el consorcio asegura que en tanto su liquidación ha quedado aprobado toda vez que la entidad violento el procedimiento corresponde declararla infundada.

d) Se ordene al demandante el pago de una indemnización por el incumplimiento contractual de las obligaciones del

demandante referidas al diseño y elaboración del expediente técnico.

El PNSU argumenta que el consorcio incumplió con sus obligaciones relativas al diseño y elaboración del E.T en tanto diseño el PTAR San Martín sobre terrenos que no estaban disponibles, de modo que el contratista no realizó una completa verificación de campo que su fue advertida por el ejecutor de la obra

Por su parte, el consorcio alega que comunico oportunamente al PNSU la falta de disponibilidad de los terrenos para el diseño del PTAR, agrega que, habiendo aprobado el expediente técnico, la entidad reconoce que el consorcio cumplió con sus prestaciones, por ende, no puede ahora presentar un reclamo por dicha situación.

e) Se ordene la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento como parte de lo ordenado al demandante.

Para el PNSU el hecho que el contratista deba pagarle, le permite ejecutar la garantía de fiel cumplimiento. El consorcio precisa que aprobada la liquidación se le devuelve la garantía por lo que no es posible que el tribunal acceda a tal pedido

— Posición del Tribunal

El Tribunal resuelve de esta forma:

a) Tiene por consentida la liquidación del consorcio pues la entidad no emitió la resolución respectiva por lo tanto su pronunciamiento es inválido

b) Reconoce el incumplimiento de las obligaciones respecto del diseño y elaboración del expediente técnico e impone el pago de un monto indemnizatorio a favor del PNSU.

c) No ordena la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

- ¿El pronunciamiento de una entidad en el marco del procedimiento de liquidación del contrato de obra pública de es un acto administrativos, acto administrativos contractual o una manifestaciones de voluntad equiparable a las emitidas por los privados?
- ¿Si el pronunciamiento es un acto administrativo contractual, el tribunal debió declarar su validez y por lo tanto no declarar consentida la liquidación del contratista?

3.2. Problemas secundarios

- ¿Es posible que una entidad formule un reclamo por defectos en el Expediente técnico a pesar de recepcionar y otorgar la conformidad del servicio?
- ¿Cuándo una entidad puede retrasar la entrega de la constancia de prestación del servicio?

3.3. Problemas complementarios

- ¿La noción de acto administrativo contractual afecta la arbitrabilidad de las decisiones que una entidad emita durante la ejecución de un contrato?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

- **¿El pronunciamiento de una entidad en el marco del procedimiento de liquidación del contrato de obra pública de es un acto administrativos, acto administrativos contractual o una manifestaciones de voluntad equiparable a las emitidas por los privados?**

Los decisiones que emiten las entidades públicas durante la ejecución contractual son actos administrativos contractuales, no son actos administrativos; su regulación, requisitos, procedimientos y consecuencias difieren de tal figura.

De igual manera no pueden ser equiparables a las manifestaciones de voluntad que los privados se notifican en el marco de una relación contractual, básicamente porque a diferencia de ellos – más allá de que el vínculo entre contratista y entidad es uno de derecho público – debemos entender que el estado contrata para satisfacer el interés público lo que exige el ejercicio de una serie de prerrogativas administrativas que no encajan con las nociones del derecho privado.

- **¿Si el pronunciamiento es un acto administrativo contractual, el tribunal debió declarar su validez y por lo tanto no declarar consentida la liquidación del contratista?**

Si el pronunciamiento de la entidad a la liquidación del contrato hubiese sido analizado a la luz de la teoría del acto administrativo

contractual, el tribunal tendría que haber declarado la validez de las observaciones en razón de que es irrelevante si el documento que lo contiene lleva por título resolución u oficio, por lo tanto tenía la obligación de determinar si las observaciones estaban justificadas y contenían cálculos detallados debiendo confrontarlas con los conceptos de la liquidación del ejecutor, para así determinar el saldo final del contrato de obra.

— **¿Es posible que una entidad formule un reclamo por defectos en el Expediente técnico a pesar de recepcionar y otorgar la conformidad del servicio?**

En el marco de la LCAE y su reglamento a pesar que una entidad entregue la recepción y conformidad, no es una convalidación del incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Situación distinta es el nivel probatorio que se le exige a una entidad para sustentar un reclamo por vicios ocultos o defectos pues la recepción y conformidad implica una verificación previa de las prestaciones ejecutadas por el proveedor.

— **¿Cuándo una entidad puede retrasar la entrega de la constancia de conformidad del servicio?**

De acuerdo con la ley de contrataciones y su reglamento aplicable al caso, una entidad solo podrá demorar la entrega de certificados cuando en los casos en que hubiera penalidades u observaciones, hasta que sean canceladas o absueltas satisfactoriamente.

— **¿La noción de acto administrativo contractual afecta la arbitrabilidad de las decisiones que una entidad emita durante la ejecución de un contrato?**

La noción de acto administrativo contractual no afecta en absoluto la arbitrabilidad de las decisiones que una entidad emita durante

de la ejecución de un contrato, pues la posibilidad de recurrir al fuero arbitral ha sido establecida por ley, basta en este punto recordar que el art 2º del DL 1071 establece que pueden ser susceptible de arbitraje aquellas controversias sobre materias permitidas por ley.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Considero respetuosamente que no es acertada la decisión del Tribunal. Para los árbitros la “resolución” que exige el procedimiento de liquidación es un acto administrativo de allí que se analizó únicamente a la luz de la LPAG. Si hubieran prevista la figura del acto administrativo contractual, el laudo validaría el pronunciamiento de la entidad y no se hubiese declarado el consentimiento de la liquidación

Cuando el referido procedimiento hace alusión al termino Resolución piensa en un pronunciamiento que debe tener las características del acto administrativo contractual. Si consideramos que la Resolución es un acto administrativo se entendería que efectivamente no correspondía la emisión de un oficio, puesto que es válido propugnar su invalidez en tanto no es el resultado de un procedimiento previamente establecido. Pero si aceptamos la tesis del acto administrativo contractual verificaremos que es irrelevante si el pronunciamiento lleva el rotulo de “oficio” o “resolución” lo que interesa es que contenga las condiciones que exige tal figura jurídica.

Compartimos la decisión del tribunal respecto de que la entidad demoró injustificadamente la entrega del certificado de prestación, asimismo ambos defendemos la postura que independientemente la entidad haya recepcionado y otorgado la conformidad de la elaboración del expediente técnico esto no implica que posteriormente no puede realizar reclamos cuando advierte su inadecuada formulación.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Seguidamente presentaré mi posición sobre los problemas jurídicos detectados en la resolución.

⇒ **El pronunciamiento de la entidad a la liquidación del contratista es un acto administrativo contractual**

Para poder comprender este problema debemos realizar rápidamente un recuento sobre el procedimiento de liquidación del contrato de obra pública.

El procedimiento en realidad es sencillo, habiéndose recepcionado la obra el contratista tiene un plazo para presentar a la entidad la liquidación del contrato de obra, el PNSU puede realizar observaciones o efectuar su propia liquidación que la remitirá al contratista para que se pronuncie.

Tanto las normas vigentes al momento del contrato como las actuales mantienen el mismo esquema, no obstante, se diferencia en lo siguiente: en la LCE y RLCE que regulaba el contrato la entidad emitía las observaciones a través de una “Resolución”, los cuerpos normativos de ahora no hacen referencia a la emisión de una Resolución u otro documento en específico

Que sucedió en el caso concreto, el Consorcio Nippon – Nikei presentó su liquidación con un saldo a su favor y la entidad presentó sus observaciones debidamente sustentadas en un documento rotulado “Oficio N° 4247”, solicita el consentimiento del tribunal porque considera que si bien materialmente existían estas observaciones no haber sido comunicada por Resolución genera que el pronunciamiento no produzca ningún efecto jurídico o en términos sencillo que no es oponible al contratista, así ante una falta de pronunciamiento válido, la norma prevé el consentimiento.

La única diferencias entre la posición del tribunal y la del contratista es que las observaciones están debidamente motivadas sin embargo son invalidas porque no han seguido la formalidad prevista vulnerándose el art 4 de la LPAG respecto de la formalidad del acto y el debido procedimiento, es decir, las observaciones no eran resultado del seguimiento procedimiento regular establecido por ley que exigía una Resolución.

La pregunta que sigue es si la Resolución que aparece en el procedimiento de liquidación de contrato es un acto administrativo, acto administrativo contractual o una simple manifestación de voluntad equiparable a los privados.

No estamos ante una exquisites académica sin efectos prácticos, adoptar cualquier de las tres posturas (aunque el acto administrativo contractual y la manifestación privada compartan la misma consecuencia jurídica no son los mismo; por ejemplo una ampliación de plazo y el pedido de retraso justificado) en el fondo genera distintas consecuencia lo que tiene un impacto directo en la decisión del árbitro.

Antes de dar una posición analizaremos cual es la naturaleza de las decisiones de la administración en el marco de un contrato y en que se diferencias las distintas figuras que podrían utilizarse.

Para el Dr. Omar Alejos Guzmán¹ las decisiones de la entidad en un contrato publico son actos administrativo, refiere que no son actos contractuales sujetos al derecho privado porque no existe consenso sino el interés público de allí que en caso de una negociación para determinar la ejecución de obligación no puede dilatarse en el tiempo requiere de acciones inmediatas, asimismo manifiesta que solo si las decisiones son

¹ Omar Alejos Guzmán. 2020. ¿Por qué tenemos la balanza inclinada? La naturaleza de las decisiones del Estado en la etapa de ejecución de los contratos públicos. En: *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho Nº 50-51, 2019-2020 / ISSN 2523-6296, pp. 139-156. Url: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/5052

analizadas a la luz del acto administrativo sobre ellas se puede ejercer todos los controles de validez, lo que beneficia al contratista cuando pretenda cuestionarlos; en esa línea señala que la única diferencia con el acto administrativo es que puede cuestionarse en la vía arbitral.

En contraposición, el profesor Agustín Gordillo², nos dice que las decisiones que adoptan la entidades no pueden subsumirse dentro de la categoría genérica de acto administrativo, a su criterio, las reglas de interpretación varían si estamos frente a un contrato publico o ante un acto administrativo, otro aspecto que los diferencia son los vicios de la voluntad, y finalmente que la distinción más notoria es que el contrato es un acto bilateral y el acto administrativo es unilateral.

El OSCE a nuestro criterio siempre a negado que una decisión durante la etapa de ejecución contractual sea un acto administrativo. En diversas opiniones ha manifestado que en el marco de la LCE un contrato es un acuerdo de voluntades donde las partes buscan satisfacer su interés, siendo que lo único que distingue a la administración es que representa al interés público y por ello goza de potestades especiales una de ella ordenar la ejecución de adicional, debiendo acatar el contratista aun cuando esto le produzca un daño a su esfera patrimonial. Podríamos decir que para el OSCE entonces estamos ante decisiones equiparables a un privado.

De manera concreta el OSCE ha señalado en las opiniones N° 007-2013/DTN³ y N° 195-2015/DTN⁴ (no son las únicas) que las solicitudes de ampliación de plazo, en la medida que las actuaciones relacionadas con la gestión contractual (como son las decisiones de la Entidad que resuelven las solicitudes de ampliación de plazo) no tienen calidad de actos administrativos.

² Agustín Gordillo. 2003. Tratado de derecho administrativo: parte general/ Agustín Gordillo.-1a. ed..-Ara Editores, 2003.- Capítulo IV - Actos administrativos, Reglamentos y Contratos administrativos

³ Opiniones N° 007-2013/DTN

⁴ Opinión N° 195-2015/DTN

Sin embargo, en el 2022, creemos que el OSCE varió su postura y adoptó la figura del acto administrativo contractual, en su opinión N° 099-2022/DTN⁵, nos precisa que entre el contratista y la entidad existe una relación de naturaleza contractual pero la voluntad de la administración debe cumplir con requisitos indispensable de validez de manera que corresponderá aplicar a los vínculos contractuales las disposiciones que regulan la función administrativa del estado que resulten aplicable.

Para el profesor Mario Linares Jara⁶ son actos administrativos contractuales básicamente porque la relación entre contratista y entidad no es de igualdad, pues la administración conserva el régimen de prerrogativas públicas, menciona que quienes niegan tal figura son los seguidores que propugnan la idea de la huida del derecho administrativos a las relaciones contractuales.

¿Cuál es la diferencia según el Dr. Linares entre el acto administrativo contractual y el acto administrativo? a) ambos son producto de un procedimiento reglado pero el primero está regulado por la LCE y el segundo por la LPAG; b) varía el destinatario de los actos mientras en el primero están dirigidos al contratista, en el segundo a los administrados; c) la motivación es distinta, en los primeros la obligación de motivar es en contados supuestos, en el segundo, es siempre obligatorio; d) en los actos administrativos contractuales no cabe contradicción en la vía administrativo solo en la arbitral; y d) los actos administrativos contractuales no pueden ser declarados nulos de oficio.

A lo dicho por Linares, creo que la diferencia mas sustancial es la transigibilidad⁷ entendiéndose como la posibilidad de disposición y negociación de la decisión administrativa. En otros términos los actos

⁵ opinión N° 099-2022/DTN

⁶ Mario Linares Jara. 2019. "El acto administrativo contractual". En Revista Digital "Prometheo -CDA". Url: <https://prometheo.pe/el-acto-administrativo-contractual/>

⁷ Fernando Moreno González.2021. "La transigibilidad en actos administrativos contractuales como garantía de seguridad jurídica del arbitraje estatal". En repositorio de la Universidad Libre de Colombia. Url: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/20670>

administrativos no pueden ser negociables, tienen consecuencias jurídicas que simplemente han de cumplirse; por ejemplo si un acto administrativo incurre en una causal de nulidad simplemente se declara nulo no hay posibilidad que un administrado puede continuar ejerciendo un derecho (habilitación) aun cuando el acto es nulo; en cambio si es posible la negociación en los actos administrativos contractuales, la muestra más evidente de ello es que aun cuando el contrato sea nulo la entidad puede decidir que el contratista continúe ejecutando la prestación, lo mismo sucede cuando negocia una resolución de contrato, es posible que la deje sin efecto, aun cuando la existencia del vínculo es atribuible al contratista amparándose en la necesidad de continuar manteniendo eficaz el contrato por cuestión de interés general.

Entonces, dicho lo anterior, queda claro que las decisiones de la entidad en el marco de un contrato público son actos administrativos contractuales. No son manifestaciones de voluntad equiparable al privado porque la entidad tiene potestades y prerrogativas públicas que no encajan en la noción de las figuras - muchas de ellas consensuales - del derecho privado, tampoco son actos administrativos - más allá de las distinciones hechas por Linares Jara - debido a que son transables, disponibles negociables.

Volviendo al caso concreto, cuando las normas que regulan el procedimiento administrativo de liquidación de contrato utilizan el término "Resolución" no lo hacen pensando en un acto administrativo sino en un acto administrativo contractual, como bien dice el PNSU en su demanda se trata de una cuestión de rotulación pues las observaciones están debidamente motivadas y han sido suscritas por el funcionario competente

Si fuese un acto administrativo si sería posible alegar esta formalidad, pero además como señala Linares Jara el procedimiento está establecido en la LCE no en la LPAG, de manera que las observaciones contenidas en el documento rotulado con "Oficio" se han emitido dentro del plazo,

como lo señala dicho procedimiento y se basan en cálculos detalles, no hay duda que esas observaciones que contiene el “oficio” son el resulta de seguir el procedimiento regular.

Si se hubiese considerado el termino “Resolución” como acto administrativo contractual, las observaciones tendrían que haber sido consideradas validas, por oposición, no seria admisible la pretensión de consentimiento alegada por el demandante. El tribunal tenía la obligación de comparar las observaciones con la liquidación del consorcio y determinar cuál sería el verdadero saldo final de la obra.

Finalmente, resulta evidente que nosotros no podemos efectuar la liquidación del contrato pues no obran los documentos necesario en el expediente asignado

⇒ **Sobre los defectos del E.T y su oportunidad para formula reclamos por su deficiente formulación.**

En este punto si estamos de acuerdo con el Tribunal en declarar que efectivamente el contratista incumplió con sus obligaciones contractuales respecto del diseño y elaboración del Expediente técnico de la Planta de Tratamiento de Agua en San Martin correspondiente al Lote N° 03.

Dado que el tribunal para determinar el incumplimiento hizo referencia a la ley contrataciones del estado (LCAE) y su reglamento basta con señalar que su aplicación supletoria se sustenta en la cláusula 1.1 y 4.3.v del contrato, a la fecha de su suscripción, se encontraba vigente la versión de la LCAE aprobada mediante Ley N° 26850.

Entonces es una verdad incuestionable que el contrato no solo se limita a sus disposiciones, el texto contractual se remite a otros documentos y cuerpos normativos, entre ellos, los términos y condiciones del Contrato de Préstamo, la propuesta técnica económica del Consorcio, los términos de referencia y en general lo dispuesto por la Ley de Presupuesto vigente

y la Ley N° 26850 (LCAE) y demás normas complementarias que no contravengan los Criterios de evaluación y términos de referencia ni a las normas del JICA.

Para poder entender con mejor detalle las controversias referidas a los defectos del E.T resulta necesario resumir los argumento de ambas partes.

De un lado el PNSU sostiene que el consorcio al momento de diseñar el PTAR San Martin, no previo que en los terrenos donde se proyectó su construcción estaban ocupados por terceros, indica que si bien el consultor, en su oportunidad le informó respecto de los ocupantes, la información proporcionada fue deficiente en razón de que habían partes del terreno invadidos que no fueron comunicados por el consorcio, a su criterio si el contratista hubiese verificado en campo y además realizado el levantamiento topográfico, se hubiese determinado con inequívoco detalle los invasores y las zonas invadidas, refiere que fue el ejecutor de la obra quien dimensión la real invasión del terreno donde se proyectaría el PTAR.

Por su parte el Consorcio Nippon – Nikei argumentó ante el tribunal que dio aviso oportuno al propietario sobre los inconveniente con la libre disponibilidad del terreno, que el saneamiento no era parte de sus obligaciones, que el expediente técnico fue aprobado por la entidad lo que demuestra el cumplimiento de las prestaciones a completa satisfacción del PNSU, hizo mención a que el acta del terreno firmada con el ejecutor no se dejó constancia de algún inconveniente con su disponibilidad.

El tribunal empieza diciendo que si bien declaró consentida la liquidación del consorcio ello no supone que no se pueda formular pretensiones sobre el incumplimiento contractual en razón de que la liquidación es un cálculo técnico que no incluye ninguna “situación” que derive de un incumplimiento pues si ello fuese así se podría incluir un concepto como los daños y perjuicios, que según sostiene el OSCE no puede formar parte de la liquidación.

Respetuosamente difiero con parte del razonamiento del Tribunal, la liquidación si incluye algunas “conceptos” que proviene del incumplimiento contractual por ejemplo el monto aplicado para la penalidad por mora u otras penalidades, en ambos casos se sanciona al contratista por no cumplir con su obligación principal dentro del plazo de ejecución y el no cumplimiento de sus obligaciones secundarias, por ejemplo, la ausencia de algún personal clave. Considero que en aras del tecnicismo que supone los arbitraje derivados de la ejecución de proyectos de infraestructura pública lo adecuado hubiese sido que el tribunal especifique que no todas las consecuencias de los incumplimiento contractuales forman parte de la liquidación, como lo es el reconocimiento de daños y perjuicios.

Para el OSCE en un reciente opinión del 2019⁸ la liquidación del contrato de obra, tiene que contener todos aquellos conceptos que necesariamente forman parte del costo total de la misma, estableciendo una lista enunciativa de conceptos que seguidamente reproducimos : valorizaciones, reajustes, mayores gastos generales, utilidad, impuestos que afectan la prestación, **las penalidades aplicables al contratista**, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos.

Según se aprecia las penalidades si deben ser incluidas en la liquidación lo que reafirma nuestra postura de que ciertos montos que derivan del incumplimiento de un contrato si están dentro del cálculo final.

También es cierto que otras sumas cuya bases es el incumplimiento contractual ya sea del contratista o la entidad no forman parte de la liquidación. ¿Cuáles serían estos conceptos? Las indemnizaciones por daños y perjuicios por la inejecución de obligación, de hecho, el solo incluir este concepto implica la nulidad de liquidación que lo contiene.

⁸ Opinión N° 113-2019

Nos dice el OSCE en una opinión del 2016⁹ que en principio solo podrán incluirse en la liquidación aquellos “resarcimientos” o “indemnizaciones” que la normativa de la LCE lo permita expresamente; “en consecuencia, una Entidad no puede incluir en la liquidación de obra cualquier otro concepto “resarcitorio” que sea ajeno a los previstos expresamente por la normativa de contrataciones del Estado”; cita algunos ejemplos como las penalidad o el 50% de utilidad dejada de percibir tras la resolución del contrato atribuible a la entidad . Mas allá del uso poco técnico que hace el organismo supervisor del término “resarcimiento” – al equiparlo con indemnización e incluso con reparación – lo cierto es que los daños y perjuicio por incumplimiento y/ o cumplimiento defectuoso de una obligación principal (como lo es la elaboración del expediente técnico) no puede formar parte de la liquidación porque no están directamente relacionados con la ejecución del contrato, esto se deriva de la definición que el reglamento tiene para la “liquidación”: cálculo técnico efectuado, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar el costo total del contrato y su saldo económico; se observa que el objeto de la liquidación es determinar el costo del contrato ejecutado, es verdad que el resarcimiento, indemnización y reparación están directamente vinculados a la existencia de una relación contractual pero no están dentro de los costos directos e indirectos que supone en este caso la ejecución de una obra.

Lo que sigue es analizar si el contratista al momento de elaborar el expediente técnico diseño el PTAR considerando los inconvenientes sobre la disponibilidad del terreno.

Al parecer debemos suponer que el Consorcio Nippon – Nike cumplió defectuosamente su obligación pues según la adenda N° 22 era responsable de la verificación en campo de los trazos de las obras lineales y no lineales, por lo tanto, de encontrar una interferencias debió dimensionarlas en su total magnitud y además comunicarla al propietario

⁹ Opinión N° 089-2016

para que dispusiera las alternativas de solución. Por cierto, decimos que suponemos el cumplimiento defectuoso en razón de que el caso asignado no contiene el E.T, las cartas comunicando las interferencias en el terreno, el acta de entrega de terrenos, de tener dicha documentación resultaría posible definir si efectivamente existió una inadecuada diseño del PTAR San Martín.

Habiendo determinado el incumplimiento, pasaremos a estudiar la defensa del contratista. Su principal justificación es que la entidad otorgó la recepción y conformidad del E.T de manera que no puede alegar un incumplimiento defectuoso en su elaboración.

Aquí aparece el debate más importante de este apartado: **si el otorgamiento de la recepción y confirmada convalida el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones del contratista.**

Dado que el Tribunal utilizó la LCAE y su reglamento para emitir una decisión sobre los defectos del E.T atribuible al ejecutor. Sustentaremos nuestra postura haciendo referencia a las estipulaciones contenidas en dicho cuerpo normativo respecto del incumplimiento, la recepción y la conformidad de un servicio.

En primer lugar, estamos frente a un axioma que en los diferentes régimen de contratación pública, el contratista es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos en los servicios prestados por un plazo que empieza a computarse luego de otorgada la conformidad (art 51 de La LCAE), según puede verse la norma establece que con independencia de la conformidad el contratista responde siempre que se demuestra que el ejecuto no realizar sus prestaciones de conformidad con los términos previsto en el contrato aun cuando se le haya otorgado la conformidad. En ese misma línea el reglamento prevé que la entrega de la recepción y conformidad no enerva la potestad de la entidad de reclamar en sede arbitral la presencia de defectos y/o vicios ocultos.

En tal sentido no es una defensa idónea del demandante que el PNSU no puede presentar una reclamación alegando defecto en el diseño del PTAR debido a que la emisión de la recepción y conformidad es una declaración que la prestación fue ejecutada a satisfacción del propietario.

En el marco de la LCAE y su reglamento a pesar que una entidad entregue la recepción y conformidad, no es una convalidación del incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Situación distinta es el nivel probatoria que se le exige a una entidad para sustentar un reclamo por vicios ocultos o defectos pues la recepción y conformidad implican una verificación previa de las prestaciones ejecutadas por el proveedor.

Quizás si las partes hubieran sido más sofisticadas probablemente como medio probatorio hubiesen presentado la consistencia emitida por la unidad formuladora antes de aprobar el E.T. Debemos considerar que estamos frente a una consultoría de obra para la elaboración del E.T en el marco del sistema de validación de la inversión públicas previo a la aprobación del E.T la unidad formuladora emite la consistencia que es el documento que acredita que los estudios de ingeniería elaborados por el ejecutor cumplen con el contrato, con las normas técnicas y con la información por la cual se declaró la viable la inversión pública.

En otras palabras, cuando estamos frente a un servicio de elaboración del E.T existen tres documentos que podría utilizar un contratista para acreditar que el E.T está adecuadamente formulado: consistencia, recepción y conformidad, por ende, puede alegar que un tribunal eleve el estándar probatorio frente a un reclamo por presencia de defectos o vicios ocultos, considerando que la emisión de los documentos previsto (sobre todo la consistencia) implica una revisión de lo ejecutado por el consultor. Lo anterior es simplemente a efectos de evidenciar las complejidades que supone un reclamo de este tipo.

Dejamos constancia que de lo anterior se sostiene el tribunal para ordenar el pago de un monto indemnizatorio por incumplió defectuoso de la prestación a cargo del consorcio, recordemos que el objeto de este trabajo no está enfocado en analizar si los criterios para ordenar una monto indemnizatorios varían si estamos frente a una relación contractual de derecho público o privado o en todo caso si aquí cabe esbozar una responsabilidad patrimonial de la administración pública en el marco del art 238° de la LPAG.

En conclusión, estamos de acuerdo con lo decidido por el tribunal respecto de imputarle al contratista un cumplimiento deficiente en la elaboración del diseño del PTAR San Martín.

⇒ **Sobre la demora en la entrega del certificado**

El debate en relación con este apartado se centra en la oportunidad en que el PNSU debió otorgar el certificado de prestación (en los textos vigentes denominado constancia de la prestación)

Ante de continuar con el análisis es pertinente comentar el momento en el que se entrega el certificado. Aquí se han existido algunos modificaciones contundentes respecto de cuando de debe emitirse dicho certificado.

En el art 84° del RLCAE aplicable al caso establece que la entidad entregará un certificado y que no es necesario esperar a la liquidación del contrato, sin embargo, en las nuevas normas de contratación se estipula que dicho certificado se emite luego de otorgada la conformidad, no haciendo referencia alguna a la liquidación, por lo quedemos entender que no condiciona su entrega a la liquidación del contrato.

La principal diferencia entre el art 84° del RLCAE y las normas sucesorias es que tal disposición no establece el momento en que deba otorgarse, es decir, el art 84° del RLCA no prevé su emisión luego de la conformidad;

en cambio las nuevas disposiciones ordenan que se entrega luego de la conformidad. No obstante, consideramos que es irrelevante la omisión a la conformidad pues de una lectura sistemática de la LCAE y RLCAE el certificado no es más que el resultado de la recepción y conformidad, no podría ser de otro, en tanto el certificado resalta lo que ya constata con la conformidad: el cumplimiento de las prestaciones a cargo del ejecutor a satisfacción de la entidad.

Habiendo precisado lo anterior ¿ Porque se demoró su entrega?

La entidad sostiene que el contratista no había cumplido con la entrega de los informes de los 5 lotes y consecuentemente fue merecedor de una penalidad, que no ha sido pagado y respecto de la cual hay controversias con el ejecutor sobre su aplicación, resalta que el art 84° le permite diferir la entrega del certificada cuando las penalidades no son canceladas,

Desde la óptica del consultor la liquidación consentida no incluye ninguna penalidad al contratista, por lo que no es verdad que exista controversia sobre penalidad ni mucho menos que deban cancelarse, agrega que un actuar diligente de la entidad suponía que de existir penalidades están han tenido que deducirse de las valorizaciones no obstante el PNSU al aprobar su pago nunca indicó la aplicación de penalidad sino hasta el inició de este arbitraje, además para reforzar su postura comenta que la emisión de certificados de ejecución y de conformidad por la entidad sin hacer referencia a ninguna penalidad demuestra que el retraso en la entrega del certificado es una decisión arbitraria.

La respuesta del tribunal a la pretensión sobre la demora en la certificado es sencilla: dado que declaro consentida la liquidación del contrato, y esta no contenía ningún concepto por aplicación de penalidades, no hay razón validez de la entidad para retrasar la emisión del certificado.

No obstante, teniendo en cuenta que el PNSU formuló una reconvencción para que el contratista le pague la penalidad por el retraso en la presentación de los informe del Lote N° 05; el tribunal analiza la

oportunidad en que la entidad debió aplicar las penalidades (evaluando si su aplicación respeta el contrato y los cuerpos normativos aplicables) y el momento en que tuvo que deducirla de las valorizaciones.

El contrato dice que el PNSU cuando aplica penalidades debe deducirlas de las facturas siguientes, pero el RLCE establece que las penalidades pueden deducirse de los pagos a cuenta, del pago final o de liquidación final. Aquí existe una diferencia entre lo que regula el contrato y lo previsto en el RLCE.

Si tomamos en cuenta únicamente el contrato debemos entender que si la entidad no deduce una penalidad en la factura siguiente pierde todo el derecho a aplicarla, en cambio si leemos el RLCAE concluiremos que el PNSU puede pagar todas las valorizaciones sin realizar ninguna deducción por penalidad y recién aplicarlas en la última valorización o introducirla en el procedimiento de liquidación, por lo que no pierde el derecho a aplicarlas y deducirla si no las cobra en la “factura siguiente”

¿Como debemos entonces leer el art 84º del RLCAE? a mi consideración de acuerdo con lo establecido en el contrato debiendo dejar de lado la regla prevista en la LCE para el cobro de penalidades. Recordemos que la Ley de contrataciones y su reglamento se aplican de forma supletoria , considerando que de acuerdo con el orden de prelación previsto en el contrato es lo último que se aplica.

Aquí tenemos dos disposiciones contradictorias sobre un hecho específico en torno a la imposición y el cobro de penalidades: mientras el contrato ordena el la aplicación y cobro inmediato de la penalidad en la factura siguiente; la LCAE y RLCACE no hace mención al momento en que debe aplicarse haciendo referencia que de existir penalidad están pueden cobrarse al “final”. Ante tales regulaciones que se oponen debemos preferir lo ordenado en el contrato, así el art 84º deberá leerse a la luz de dicho documento y no de los estipulaciones del RLCA

Dicho esto, asumimos la postura del Tribunal cuando precisa que de acuerdo a las disposiciones contractuales si la entidad considera la aplicación de las penalidades por los entregados de los informes debió deducirlas inmediatamente en la factura siguiente, de no hacerlo perdió todo el derecho a cobrarlas en ese contexto no hay una razón válida para demorar la entrega del certificado

Finalmente debemos hacer hincapié a un argumento que nos parece relevante: si la emisión de conformidad sin hacer referencia a una penalidad exculpa al contratista de la imputación del incumplimiento del que deriva la penalidad.

El consultor sostiene - dejando de lado el momento en que debió aplicarse y deducirse - que la emisión de las conformidades es una prueba de que el contratista cumplió con presentar los informes dentro del plazo y según lo acordado. Para el PNSU la emisión de dichos documentos no exculpa al contratista del incumplimiento tardío ni mucho menos impide a la entidad aplicar las penalidades que correspondan.

Aunque puede parecer contradictorio comparto la postura del PNSU. A mi entender los certificados de conformidad no limitan la aplicación de las penalidades cuando efectivamente se ha incurrido en ellas por ejemplo una entidad puede otorgar la conformidad indicando que efectivamente se cumplió con el mantenimiento de una vía sin embargo ello no supone que en un documento posterior se le notifique una penalidad por el retraso en la entrega de la prestación.

Lo que sucede en este caso es que el contrato está estructurado de forma tal que la penalidad se aplica inmediatamente ante el incumplimiento y se cobra rápidamente en la siguiente factura. Si esto no es así ya no puede deducirse y lógicamente el contratista no está obligado a pagarla a la entidad. Nótese que lo anterior no significa que el PNSU no puede dejar constancia de un incumplimiento que amerita una penalidad, lo que no puede hacer es cobrarla porque ya perdió el derecho a la deducción, y si

esto es así no hay penalidad que el contratista le adeuda en razón de que aun cuando deba ser penalizado no tiene obligación de pagarla, no habiendo lógicamente una causa que retrase la emisión del certificado.

⇒ **Sobre la arbitrabilidad de las decisiones de la entidad**

Se podría pensar incorrectamente que haber adoptado la figura del acto administrativo contractual implica de facto la no arbitrabilidad de las decisiones de la entidad no obstante debemos recordar que una de las diferencias entre acto administrativo y el acto administrativo contractual es que este último es susceptible de transacción aun cuando tras un acto administrativo contractual subyace el interés general, es esta posibilidad de transar lo que permite establecer el fuero arbitral como mecanismo de solución de controversias.

Diríamos que ni siquiera sería eficiente realizar todo un estruendoso análisis académico sobre la arbitrabilidad a o no del acto administrativo contractual toda vez que la ley ya puso fin al debate cuando en el art 4.2º del Decreto legislativo que norma el arbitraje ya se estipuló la posibilidad de que el estado someta a la jurisdicción arbitral las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados por las entidades.

Cierto es que las cosas cambian cuando se manifiesta que la decisión de la entidad en el marco de la ejecución de un contrato sigue siendo un acto administrativo.

Por ejemplo, en Ecuador la premisa dominante es que la administración pública manifiesta su voluntad a un contratista a través de un acto administrativo, y dado que no puede ser transable esta absolutamente vedado del arbitraje. La abogada ecuatoriana Moya Dávalos en su tesis doctoral “la arbitrabilidad de los actos administrativos en la contratación pública en el Ecuador” nos dice literalmente que: “ *Si bien materia de contratación pública está permitido la suscripción de pactos arbitrales (cláusula compromisoria y compromiso), dicha posibilidad no implica que*

a través de este medio de solución de conflictos la administración pueda renunciar o disponer de las facultades que el ordenamiento le otorga para hacer prevalecer el interés general y las finalidades del Estado, ni habilitar a los árbitros par que decidan acerca de la legalidad de los actos administrativos proferidos en virtud de dichas facultades. (Moya Davalos 2015: pág.57¹⁰)

Cosa distinta sucede en Colombia donde la figura del acto administrativo contractual esta más arraigada, aquí se dice que *“en términos constitucionales los árbitros son verdaderos jueces que no tiene otras limitaciones más que la temporalidad de su función y las materias de las cuales pueden conocer, es justamente en ese último aspecto en donde se pretendió demostrar que se le está dando un tratamiento limitante a la competencia arbitral sobre un aspecto que no debería tenerlo, tal como es el caso del conocimiento sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales” (Moreno González, 2021: pág. 78¹¹)*

En tanto los colombianos aceptan que las administración pública cuando actúa como contratante se pronuncia vía actos administrativos contractuales son proclives a aceptar la transigibilidad de estas decisiones.

Independientemente de lo comentado no cabe duda que la arbitrabilidad no está en función a si estamos frente a un acto administrativo o acto administrativo contractual, lo que realmente importa es si existe un ley que habilite someter las controversias de un contrato publica al fuero arbitral.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

¹⁰ Diana Carolina Moya Dávalos. 2015. “La arbitrabilidad de los actos administrativos en la contratación pública en el Ecuador”. En el Repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar. Url : <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4801>

¹¹ Fernando Moreno González.2021. “La transigibilidad en actos administrativos contractuales como garantía de seguridad jurídica del arbitraje estatal”. En repositorio de la Universidad Libre de Colombia. Url: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/20670>

1. Las decisiones de la entidad en el marco de un contrato publico son actos administrativos contractuales. No son manifestaciones de voluntad equiparable al privado porque la entidad tiene potestades y prerrogativas públicas que no encajan en la noción de las figuras - muchas de ellas consensuales – del derecho privado, tampoco son actos administrativos - más allá de las distinciones hechas por Linares Jara – debido a que son transables, disponibles negociable.

2. La entrega de la conformidad y la recepción no enerva la posibilidad de la entidad de reclamar en sede arbitral los defectos y/o vicios ocultos detectados por la ejecución deficiente de las prestaciones a cargo del contratista. Situación distinta es el nivel probatoria que se le exige a una entidad para sustentar un reclamo por vicios ocultos o defectos pues la recepción y conformidad implica una verificación previa de las prestaciones ejecutadas por el proveedor. En tal sentido no es una defensa idónea del demandante que el PNSU no puede presentar una reclamación alegando defecto en el diseño del PTAR debido a que la emisión de la recepción y conformidad es una declaración que la prestación fue ejecutada a satisfacción del propietario. Entonces si se hubiese considerado el término “Resolución” como acto administrativo contractual, las observaciones tendrían que haber sido consideradas validas, por oposición, no sería admisible la pretensión de consentimiento alegada por el demandante. El tribunal tenía la obligación de comparar las observaciones con la liquidación del consorcio y determinar cuál sería el verdadero saldo final de la obra.

3. El contrato y la ley de contrataciones del estado y su reglamento presentan contradicciones entorno a la aplicación de la penalidad y al momento en que debe deducir. El art 84º del RLCAE a mi consideración de acuerdo con lo establecido en el contrato debiendo dejar de lado la regla prevista en la LCE para el cobro de

penalidades. Recordemos que la Ley de contrataciones y su reglamento se aplican de forma supletoria, considerando que de acuerdo con el orden de prelación previsto en el contrato es lo último que se aplica. Entonces, si la entidad consideró la aplicación de las penalidades por los entregados de los informes debió deducirlas inmediatamente en la factura siguiente, de no hacerlo perdió todo el derecho a cobrarlas, en ese contexto no hay una razón válida para demorar la entrega del certificado.

4. En el Perú el DL 1071 permite que someter a la jurisdicción arbitral las controversias derivadas de un contrato público lo que zanja el debate de si un acto administrativo contractual es arbitrable, no obstante, creemos que aun cuando no exista habilitación legal sería posible recurrir al arbitraje si consideramos la transigibilidad que subyace a esta figura.

BIBLIOGRAFÍA

1. Omar Alejos Guzmán. 2020. ¿Por qué tenemos la balanza inclinada? La naturaleza de las decisiones del Estado en la etapa de ejecución de los contratos públicos. En: *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho N° 50-51, 2019-2020 / ISSN 2523-6296, pp. 139-156. Url: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/5052
2. Agustín Gordillo. 2003. Tratado de derecho administrativo: parte general/ Agustín Gordillo.-1a. ed..-Ara Editores, 2003.- Capítulo IV - Actos administrativos, Reglamentos y Contratos administrativos
3. Opinión N° 007-2013/DTN
4. Opinión N° 195-2015/DTN
5. Opinión N° 099-2022/DTN
6. Mario Linares Jara. 2019. "El acto administrativo contractual". En Revista Digital "Prometheo -CDA". Url: <https://prometheo.pe/el-acto-administrativo-contractual/>
7. Fernando Moreno González. 2021. "La transigibilidad en actos administrativos contractuales como garantía de seguridad jurídica del arbitraje estatal". En repositorio de la Universidad Libre de Colombia. Url: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/20670>
8. Opinión N° 113-2019

9. Opinión N° 089-2016
10. Diana Carolina Moya Dávalos. 2015. “La arbitrabilidad de los actos administrativos en la contratación pública en el Ecuador”. En el Repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar. Url : <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4801>
11. Fernando Moreno González.2021. “La transigibilidad en actos administrativos contractuales como garantía de seguridad jurídica del arbitraje estatal”. En repositorio de la Universidad Libre de Colombia. Url: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/20670>



**CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL DE PARIS
CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE**

Arbitraje CCI N° 20513/ASM

CONSORCIO NIPPON KOEI – OIST (Perú)

("Demandante")

/



PROGRAMA NACIONAL DE

SANEAMIENTO URBANO – PNSU (Perú)

("Demandada" o "PNSU")

LAUDO ARBITRAL FINAL

LIMA, 30 DE ENERO DE 2017



LAUDO ARBITRAL

Arbitraje CCI N° 20513/ASM

Entre:

CONSORCIO NIPPON KOEI – OIST (Perú)
("Demandante")

cl

**PROGRAMA NACIONAL DE
SANEAMIENTO URBANO – PNSU (Perú)**
("Demandada" o "PNSU")

**CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL**

1 DEFINICIONES

1. En el presente Laudo, además de las que expresamente se señalen, se utilizarán las siguientes definiciones:

1.1 Acuerdo de Arbitraje: es el contenido en la cláusula 11.2 del "Contrato de Servicio de Consultoría para la Supervisión de Obras del Proyecto de Mejoramiento y Expansión de los Sistemas de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de las Ciudades de Piura - Castilla y Chimbote", celebrado entre el Programa Nacional de Saneamiento Urbano – PNSU y el Consorcio Nippon KOEI – OIST, conformado por las

firmas consultoras NIPPON KOEI CO., LTD. Y OFICINA DE INGENIERIA Y SERVICIOS TECNICOS S.A. (Anexo A-2 de la Demanda)

- 1.2 Alegatos Post-Audiencia de la Demandante o del Consorcio: son los alegatos presentados el 17 de octubre de 2016 por la Demandante.
- 1.3 Alegatos Post-Audiencia de la Demandada o del PNSU: son los alegatos presentados el 10 de octubre de 2016 por la Demandada.
- 1.4 Audiencia: es la Audiencia realizada en la ciudad de Lima el día 5 de septiembre de 2016.
- 1.5 Carta N° 147: es la Carta N° 147-2012/NK-OIST del 12 de noviembre de 2012 por la que el Consorcio presentó su propuesta de liquidación.
- 1.6 Demanda: Es el Memorial de Demanda del Consorcio Nippon Koei – OIST remitido por vía electrónica el 27 de julio de 2015.
- 1.7 Contestación o Reconvención: Es el Memorial de Contestación de Demanda y Reconvención presentado el 7 de octubre de 2015 por la Demandada.
- 1.8 Contra-memorial sobre Reconvenciones del PNSU, es el escrito presentado el 2 de junio de 2016 por la Demandante sobre la Demanda y la Reconvención del PNSU.
- 1.9 Contrato: Es el Contrato de Servicios de Consultoría para la Supervisión de Obras del Proyecto de Mejoramiento y Expansión de los Sistemas de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de las ciudades Piura, Castillo y Chimbote entre el Pronap, hoy Programa Nacional de Saneamiento Urbano (PNSU), y el Consorcio Nippon Koei – OIST, celebrado entre las partes el 26 de junio de 2000.
- 1.10 Contrato de Préstamo PE-P25: Es el contrato de préstamo suscrito entre el Estado Peruano y el Overseas Economic

Cooperation Fund (OECE), luego llamado Japan Bank of International Cooperation y actualmente Japan International Agency "JICA".

- 1.11 Corte: Es la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.
- 1.12 Demandante o Consorcio: es el Consorcio Nippon Koei – OIST (Perú).
- 1.13 Demandada o PNSU: es el Programa Nacional de Saneamiento Urbano – PNSU.
- 1.14 Dúplica de la Demandada: Es el Memorial de Dúplica del Demandado presentado el 18 de julio de 2016
- 1.15 JICA: es la Japan International Agency, antes el Japan Bank of International Cooperation y Overseas Economic Cooperation Fund (OECE).
- 1.16 LCAE: Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley N° 26850), aprobada mediante D.S. N° 083-2004-PCM.
- 1.17 LPAG: Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444.
- 1.18 Memorial de Contestación a la Reconvención o Contestación a la Reconvención: Es el escrito presentado con tal objeto el 16 de diciembre de 2015 por parte de la Demandante.
- 1.19 Oficio N° 4247: Es el Oficio N° 4247-2012/VIVIENDA/VCMS/PNSU/1.0 del 21 de diciembre de 2012 que el PNSU envió al Consorcio observando la liquidación presentada por el Consorcio.
- 1.20 Partes: Son conjuntamente la Demandante y la Demandada.
- 1.21 RLCAE: Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 039-98-PCM.
- 1.22 Reglamento: Es el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente a partir del 1° de enero de 2012.

1.23 Secretaría: Es la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

2 NOMBRES COMPLETOS, DESCRIPCIÓN Y DIRECCIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante

2. Es el Consorcio Nippon Koei – Oist. El Consorcio es un contrato asociativo de colaboración empresarial conformado por las sociedades Nippon Koei Co. Ltd, y Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A.
3. Nippon Koei Co. Ltd.: Es una empresa dedicada a la consultoría y prestación de servicios en los campos de la asistencia técnica y la ingeniería en áreas como la energía, transporte, desarrollo regional y urbano, medio ambiente, proyectos hidrológicos, entre otros.
4. Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A.: Es una empresa dedicada a la ingeniería de consulta mediante la elaboración de estudios de ingeniería, supervisión de obras en las especialidades de hidráulica, saneamiento, puertos, electricidad, entre otros.
5. El domicilio real del Consorcio es: Av. Manuel Olgún N° 335, Interior 1601, distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima, Perú.
6. El domicilio procesal de la Demandante es: Av. Canaval y Moreyra N° 452, piso 13, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima, Perú.

2.2 Demandada

7. Es el Programa Nacional de Saneamiento Urbano (PNSU). El PNSU es un Programa del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento del Perú.
8. El Contrato al que se refiere el presente proceso fue celebrado entre el Proyecto Especial Programa Nacional de Agua Potable y Alcantarillado - Pronap y el Consorcio Nippon Koei - Oist.
9. Mediante Decreto Supremo N° 004-2002-VIVIENDA, publicado el 24 de septiembre del 2002, se creó el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Saneamiento – PARSSA, el cual *"estará adscrito al Viceministerio de Construcción y Saneamiento, con autonomía técnica y administrativa"*.
10. El artículo 2° del referido Decreto Supremo N° 004-2002-VIVIENDA señala que *"En tanto, se culmine el proceso de reorganización sectorial a que se refiere la Décima Disposición Complementaria del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-2002-VIVIENDA, el PARSSA continuará desarrollando sus funciones de acuerdo a los instrumentos de gestión y financieros del ex PRONAP, asumiendo sus competencias, funciones, atribuciones, derechos y obligaciones"*.
11. Mediante Decreto Supremo N° 006-2007-VIVIENDA, publicado el 23 de febrero del 2007, se creó el Programa Agua Para Todos, indicando en su artículo 1°: *"todas las referencias al "Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Saneamiento - PARSSA", corresponderán a la Unidad Ejecutora 004 "Programa Agua para Todos"*.
12. El Decreto Supremo N° 002-2012-VIVIENDA, publicado el 7 de enero del 2012, modificó la denominación del Programa Agua Para

Todos - PAPT, el mismo que en adelante se denominará
"Programa Nacional de Saneamiento Urbano", con siglas PNSU.

13. El domicilio procesal del PNSU es Jr. Cusco N° 177, Ed. BANMAT,
tercer piso, Lima, Perú (Oficinas de la Procuraduría Pública del
Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento).

3 NOMBRES DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LAS PARTES Y DIRECCIONES A LAS CUALES SE CURSARÁN NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES EN EL PRESENTE ARBITRAJE:

3.1 Representantes de la Demandante

14. Los representantes de la Demandante son:

- Alejandra Tello Gonzáles (atello@nklac.com)
- David Valenzuela Chirinos (david.valenzuela@nklac.com)
- Carlos López Avilés (carloslopezaviles@gmail.com)
- Los teléfonos de contacto son: (51 1) 222-4444 / (51 1) 419-9900.
- La dirección es: Av. Manuel Olgúin N° 335, Interior 1601, distrito
de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima, Perú.

15. Los abogados de la Demandante son:

- Enrique Navarro Sologuren (enavarro@npg.pe)
- Jaime Gray Chicchón (jgray@npg.pe)
- Gustavo Paredes (gparedes@npg.pe)
- Guillermo Alarcón (galarcon@npg.pe)
- Fiorella Reyes (freyes@npg.pe)

3.2 Representantes de la Demandada

16. La Procuraduría Pública del Ministerio de Vivienda, Construcción y
Saneamiento representa jurídicamente al Programa Nacional de

Saneamiento Urbano - PNSU (ex Programa Agua Para Todos - PAPT), a través de las siguientes personas:

- María Ofelia Espinoza Berrios (mespinozab@vivienda.gob.pe),
Procuradora Adjunta.
- Néstor Eduardo Córdova Marthans (ncordova@vivienda.gob.pe),
Procurador Adjunto.

17. El teléfono de contacto es: (51 1) 426-9696 anexos 101,124 y 225

18. Los indicados Procuradores Públicos delegaron la representación en el proceso a favor de los siguientes profesionales:

- Abog. Fernando Vidal Malca (fvidal@vivienda.gob.pe)
- Abog. Efraín Castillo Castillo (ecastilloc@vivienda.gob.pe)
- Lic. July Rodríguez Piazzze (jrodriguezp@vivienda.gob.pe)
- Abog. Ricardo Inga Huarcaya (ringa@vivienda.gob.pe)

19. Por comunicación del 20 de julio de 2015, la Demandada solicitó que toda comunicación y/o notificación se enviara a los siguientes correos electrónicos:

- procuraduriavivienda@vivienda.com.pe
- mespinozab@vivienda.gob.pe
- dgonzales@vivienda.gob.pe

20. Por la misma comunicación, la Demandada solicitó se dejara de cursar todo tipo de comunicaciones que se emitan durante la tramitación del presente arbitraje a los siguientes correos electrónicos:

- kaquize@vivienda.gob.pe
- fvidal@vivienda.gob.pe
- kpalomino@vivienda.gob.pe

21. Por comunicación del 16 de Diciembre de 2016, la Demandada manifestó dejar sin efecto el correo electrónico

dgonzales@vivienda.gob.pe y solicitó tener como dirección electrónica para recepción de futuras notificaciones la siguiente: procuraduriavivienda@vivienda.gob.pe.

22. Las notificaciones en el presente proceso arbitral se deben realizar a los abogados de las Partes, a las direcciones de correo electrónico indicados. Las direcciones físicas para notificaciones son las señaladas en los párrafos 6 y 13 del presente laudo, esto es:

- El domicilio procesal de la Demandante: Av. Canaval y Moreyra N° 452, piso 13, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima, Perú.
- El domicilio procesal de la Demandada: Jr. Cusco N° 177, Ed. BANMAT, tercer piso, Lima, Perú (Oficinas de la Procuraduría Pública del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento).

4 TRIBUNAL ARBITRAL

23. Las partes acordaron someter la disputa a un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros. El Tribunal Arbitral está conformado por:

4.1 Coárbitro designado por la Demandante

24. El señor Natale Juan Camilo Amprimo Plá fue designado Coárbitro por la Demandante y fue confirmado por el Secretario General, el 2 de abril de 2015.

25. La dirección del Coárbitro Natale Juan Camilo Amprimo Plá es la siguiente:

AMPRIMO & FLURY ABOGADOS
Calle Burgos 220,

San Isidro, Lima 27

Perú

Teléfono: (51 1) 208-0130

Correo electrónico: namprimo@amprimoabogados.com

4.2 Coárbitro designado por la Demandada

26. El señor Carlos Alberto Soto Coaguila fue designado Coárbitro por la Demandada y confirmado por el Secretario General el 2 de abril de 2015.

27. La dirección del Coárbitro Carlos Alberto Soto Coaguila es la siguiente:

FLORES NANO & SOTO

Av. San Felipe 540, Dpto. 1503

Jesús María, Lima 11

Perú

Teléfonos: (51 1) 462-7325 / (51) 987 503 655

Correos electrónicos: csoto@floresnanosoto.com;

arbitrajes.csc@floresnanosoto.com, carlos.soto.peru@hotmail.com

4.3 Presidente del Tribunal Arbitral

28. El señor Juan Pablo Cárdenas Mejía fue nombrado Presidente del Tribunal Arbitral el 23 de abril de 2015 por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (artículo 13.4(a)), según lo informó la Secretaría mediante comunicación del 24 de abril de 2015.

29. La dirección del Árbitro Presidente es:

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA

Avenida Calle 72 No 6-30 Piso 11

Bogotá D.C.

Colombia

Teléfono: (57 1) 349-2287

Correo electrónico: jpcm2001@yahoo.com

5 ACUERDO DE ARBITRAJE

30. El Acuerdo de Arbitraje consta en la cláusula 11.2 del "Contrato de Servicio de Consultoría para la Supervisión de Obras del Proyecto de Mejoramiento y Expansión de los Sistemas de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de las Ciudades de Piura - Castilla y Chimbote", celebrado entre el Programa Nacional de Saneamiento Urbano – PNSU y el Consorcio Nippon Koei – Oist, conformado por las firmas consultoras Nippon Koei Co., LTD. y Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A., cuyo texto es el siguiente (Anexo A-2 de la Demanda).

"11. ARREGLO DE CONTROVERSIAS

"11.1. Arreglo Amigable.

Las partes usarán sus mejores esfuerzos para arreglar amigablemente toda disputa proveniente de este CONTRATO.

"11.2 Arbitraje

Si se origina una controversia entre las partes que no pueda ser resuelta amigablemente dentro de los treinta (30) días después de recibida por una de las partes la solicitud de la otra para un arreglo amical, esto podrá ser definido en Arbitraje Internacional conforme al Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio."

6 DERECHO APLICABLE

31. La cláusula 4.3 del Contrato denominada "*Leyes que gobiernan el CONTRATO*" dispone:

"Este CONTRATO, su interpretación y significado, y la relación entre las partes será gobernado por los Dispositivos Aplicables conforme se establece en el acápite 4.1 v) anterior."

32. A su turno, el acápite 4.1. v) del mismo Contrato dispone:

"DISPOSITIVOS APLICABLES significan las prescripciones contenidas en el Contrato de Préstamo entre el Fondo de Cooperación Económica de Ultramar del Gobierno de Japón -hoy JBIC y el Gobierno de la República del Perú; las especificaciones contenidas en este contrato, sus anexos y apéndices; los acuerdos adoptados por las partes, conforme al Contrato de Préstamo aludido y supletoriamente la legislación pertinente de la República del Perú en lo que le sea aplicable".

33. Sobre el derecho aplicable no hay controversia entre las partes.

7 SEDE DEL ARBITRAJE

34. Según lo dispuesto por la Corte, la sede del presente arbitraje es Lima, Perú.

8 IDIOMA DEL ARBITRAJE

35. Por acuerdo de las Partes, el idioma del arbitraje es el español.

9 ANTECEDENTES PROCESALES

36. El 23 de septiembre de 2014, la Demandante presentó su Solicitud de Arbitraje, según lo informó la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI por comunicaciones del 24 de

septiembre de 2014 remitida a la Demandante, y del 8 de octubre de 2014 enviada a la Demandada.

37. Por comunicación del 13 de octubre de 2014, la Demandante designó como árbitro al doctor Rolando Eyzaguirre Maccan, quién no fue confirmado por la Corte en decisión del 15 de enero de 2015.
38. El 17 de noviembre de 2014, la Demandada presentó la que denominó Contestación y la Demanda de Reconvención, en la cual designó como árbitro al doctor Carlos Alberto Soto Coaguila.
39. Por comunicación del 19 de noviembre de 2014, la Secretaría acusó recibo de la Contestación y la Demanda de Reconvención presentada por la Demandada. Entre otras cosas, la Secretaría señaló que el acuerdo de arbitraje no prevé el idioma del arbitraje y que la Demandada está de acuerdo con la propuesta de la Demandante, por lo que el idioma Español será el idioma del arbitraje.
40. Por comunicación del 16 de enero de 2015, la Secretaría informó a las Partes que el 15 de enero de 2015 la Corte tomó la determinación de fijar Lima, Perú, como la sede del arbitraje (artículo 18°.1 del Reglamento).
41. Por comunicación del 28 de enero de 2015, la Secretaría acusó recibo de la respuesta de la Demandante a la Demanda de Reconvención.
42. Por comunicación del 30 de enero de 2015, la Demandante manifestó que designaba como árbitro al doctor Fernando Cantuarias Salaverry, quién no fue confirmado por la Corte por decisión del 5 de marzo de 2015.

43. Por comunicación del 19 de marzo de 2015, la Demandante designó como árbitro al doctor Natale Juan Camilo Amprimo Plá.
44. Por comunicación del 2 de abril de 2015, la Secretaría informó que según lo previsto en el artículo 13°.2 del Reglamento, el 2 de abril de 2015 el Secretario General confirmó al doctor Natale Juan Camilo Amprimo Plá como coárbitro tras la designación de la Demandante (artículo 13°.2 del Reglamento), y a Carlos Alberto Soto Coaguila como coárbitro tras la designación de la Demandada (Artículo 13°.2 del Reglamento).
45. Por comunicación del 24 de abril de 2015, la Secretaría informó que el 23 de abril de 2015 la Corte nombró al doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía como Presidente del Tribunal Arbitral (artículo 13°.4(a) del Reglamento). Asimismo, por comunicación de la misma fecha remitió el expediente al Tribunal Arbitral.
46. El Acta de Misión fue suscrita por todas las partes y los árbitros el 19 de mayo de 2015.
47. El 19 de mayo de 2015 se expidió la Orden Procesal N° 1, por la cual se adoptó el calendario procesal y se tomaron decisiones en relación con la prueba, testigos y peritos, audiencias y conferencias, órdenes procesales, notificaciones y plazos.
48. Por comunicación del 11 de junio de 2015, la Secretaría informó que en su sesión del 11 de junio de 2015, la Corte fijó el plazo para dictar el Laudo Final hasta el 31 de octubre 2016 (artículo 30°(2) del Reglamento). En la misma comunicación la Secretaría informó que la Corte fijó provisiones para gastos separadas (artículo 36(3) del Reglamento)
49. En comunicación del 20 de julio de 2015, la Secretaría informó que las provisiones para gastos separadas fijadas por la Corte en su

sesión del 11 de junio de 2015, sujetas a reajustes posteriores, habían sido íntegramente sufragadas por las partes.

50. Por comunicación del 27 de julio de 2015, la Demandante remitió el Memorial de Demanda del Consorcio por vía electrónica. Posteriormente dicho documento fue remitido en su versión física.
51. Por comunicación del 7 de octubre de 2015, la Demandada remitió la Contestación de la Demanda Arbitral y Reconvención en versión digital. Posteriormente, dicho documento fue remitido en su versión física.
52. Por comunicación del 29 de octubre de 2015, la Secretaria informó que el 29 de octubre de 2015 la Corte reconsideró la provisión para gastos separados para las demandas reconventionales y decidió disminuirla de US\$ 320,000.00 (Trescientos veinte mil con 00/100 Dólares Americanos) a US\$ 240,000.00 (Doscientos cuarenta mil con 00/100 Dólares Americanos) (artículo 36°(5) del Reglamento), por lo que dispuso proceder al reembolso a la Demandada según la tabla que adjuntó.
53. Por comunicación del 6 de noviembre de 2015, el Tribunal Arbitral hizo referencia a la Orden Procesal N° 1, precisó la forma de computar los plazos y concluyó en relación con la contestación de la demanda y Reconvención que *"el escrito de la demandada se presentó dentro del término"*. Igualmente señaló que el plazo para la presentación de Memorial de Contestación a la Reconvención comenzó a correr a partir del día siguiente del 7 de octubre de 2015.

54. El 16 de diciembre de 2015, la Demandante presentó el Memorial de Contestación a la Reconvención por vía electrónica, el cual fue igualmente remitido en físico.
55. Por comunicación del 4 de enero de 2016, la Demandante procedió a reenumerar los medios probatorios en cumplimiento de la regla 8 de la Orden Procesal N° 01.
56. Por comunicación del 15 de enero de 2016, la Demandante presentó su Solicitud de Producción y Exhibición de Documentos.
57. Por comunicación del 15 de enero de 2016, la Demandada procedió a informar la lista de documentos requeridos como parte del procedimiento de producción y exhibición de documentos acorde con la Orden Procesal N° 01.
58. Por comunicaciones del 14 y 15 de febrero de 2016, las partes Demandante y Demandada procedieron a pronunciarse sobre las solicitudes de producción de documentos.
59. Por comunicación del 7 de marzo de 2016, la Demandante formuló su réplica a las objeciones de la Demandada respecto de su Solicitud de Producción y Exhibición de Documentos. Así mismo, en la misma fecha, la Demandada manifestó cumplir con poner a disposición de la Demandante los documentos correspondientes a las Solicitudes N° 5, 6, 7, 8 y 9 de esta última. Así mismo, se refirió a las solicitudes N° 1, 2 y 3 que afirmó se refieren a documentos inexistentes, y a la N° 4 que no ha podido ser atendida por falta de datos adicionales suficientes.
60. Por correo electrónico del 7 de marzo de 2016, la Demandante adjuntó la Carta N° 001-2015/NK-OIST relacionada con la pérdida de su Libro de Actas N° 1.

61. Por la Orden Procesal N° 2 del 28 de marzo de 2016, el Tribunal Arbitral se pronunció sobre las Solicitudes de Exhibición que no fueron atendidas por las dos partes y determinó negar las Solicitudes de Documentos N° 1, 2 y 3 presentadas por la Demandante; ordenar a la Demandada adelantar la búsqueda para ubicar y exhibir el documento al que se refiere la Solicitud N° 4 de la Demandante, y en el caso de que no lo encontrara en sus archivos, manifestarlo así; negar la Solicitud N° 1 presentada por la Demandada y disponer que la Demandante deberá exhibir los documentos a que se refieren las Solicitudes N° 2, 3 y 4 de la Demandada o manifestar que no se encuentran en sus archivos o no existen.
62. El 18 de abril de 2016, la Demandante dio respuesta a la Solicitud de Exhibición de Documentos y puso a disposición los documentos a los que se refiere dicha comunicación.
63. Por comunicación del 13 de mayo de 2016, el árbitro Carlos Alberto Soto Coaguila amplió su deber de revelación en el sentido que él y la doctora Lourdes Flores Nano conformaron una firma de abogados "*Flores Nano & Soto asociados a B. Cremados & Asociados*" (hoy "*Flores Nano & Soto*"). Dicha comunicación fue remitida a las Partes por la Secretaría el 17 de mayo de 2016.
64. Por comunicación del 2 de junio de 2016, la Demandante remitió sus escritos de Réplica de la Demandante sobre el fondo y Contra-Memorial de Reconvenciones y sus respectivos anexos.
65. Por comunicación del 20 de junio de 2016, el Tribunal Arbitral en relación con los anexos de los escritos de Réplica sobre el fondo y Contra-Memorial de Reconvenciones presentados por la Demandante, solicitó a la Demandante completar los documentos físicos y aclarar si había una imprecisión en la descripción del

documento o si se trataba de una omisión, acompañando en tal caso el documento correspondiente. Dicho requerimiento fue atendido por la parte Demandante el 23 de junio de 2016.

66. Por comunicación del 18 de julio de 2016, la Demandada remitió el Memorial de Dúplica.
67. Por comunicación del 18 de julio de 2016, el Tribunal Arbitral solicitó a las Partes sus propuestas para el objeto y duración de la audiencia.
68. El 16 de agosto de 2016, Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal N° 3 por la cual determinó que la Audiencia Oral prevista en el Calendario Procesal se realizaría en la ciudad de Lima el 5 de septiembre de 2016 y que ella tendría por objeto el contrainterrogatorio del Perito por la Demandada y su interrogatorio redirecto por la Demandante, así como la presentación de las alegaciones por las Partes.
69. Por comunicación del 19 de agosto de 2016, la Demandante procedió a "ofrecer nuevos medios probatorios esenciales para desvirtuar las alegaciones realizadas por el PNSU en (i) su Contestación de Demanda y Reconvención, y (ii) en su escrito de Dúplica".
70. El 25 de agosto de 2016, la Demandada se pronunció sobre la solicitud de la Demandante y objetó la admisibilidad de los documentos.
71. El 27 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral se pronunció a través de la Orden Procesal No 4 sobre la solicitud de la Demandante y encontró que los documentos presentados por la Demandante *"son conducentes, pues se refieren a diferentes aspectos de la controversia planteada entre las partes"*, pero señaló que *"dichos*

documentos pudieron haber sido presentados con anterioridad por la parte Demandante, y que dado el volumen de algunos de ellos, al ser presentados con corta antelación frente a la fecha prevista para la realización de la Audiencia del 5 de septiembre de 2016, puede afectarse el derecho a la defensa de la Demandada". Por lo anterior, el Tribunal Arbitral resolvió "Admitir los documentos ofrecidos por la parte Demandada en su escrito del 19 de agosto de 2016"; "Conceder a la Demandada un plazo que vencerá el 31 de agosto de 2016 para pronunciarse sobre dichos documentos; si es el caso, aportando otros documentos o medios de prueba que considere pertinentes. Si la parte Demandada considera que requiere un mayor plazo deberá manifestarlo a más tardar el 31 de agosto de 2016". Igualmente indicó que "Si alguna de las partes considera que debe aplazarse la Audiencia prevista para el 5 de septiembre de 2016, deberán manifestarlo a más tardar el 1 de septiembre de 2016". Finalmente dispuso que "No se podrán presentar nuevos documentos distintos a aquellos a que se refiere la presente Orden Procesal, salvo que así lo autorice el Tribunal Arbitral".

72. Por escrito del 28 de agosto de 2016, la Demandante solicitó postergar la Audiencia por 45 días. Por comunicación del 31 de agosto de 2016, la Demandada manifestó que no solicitaba la postergación de la Audiencia.
73. Por comunicación del 1 de septiembre de 2016, el Tribunal Arbitral confirmó la realización de la Audiencia en la fecha inicialmente prevista.
74. La Audiencia se realizó el 5 de septiembre de 2016 en la ciudad de Lima, la cual se desarrolló con el objeto que había sido previsto. En dicha Audiencia, el Tribunal Arbitral adoptó las siguientes decisiones: hasta el lunes 12 de septiembre de 2016, la

Demandada podría pronunciarse sobre el documento presentado por la Demandante en su exposición en la Audiencia y que la Demandada había señalado no se encontraba previamente en el expediente del proceso arbitral; hasta el 10 de octubre de 2016, las Partes podrían presentar al Tribunal Arbitral sus escritos post audiencia con una extensión máxima de 50 páginas, y hasta el 17 de octubre de 2016, las Partes podrían presentar al Tribunal Arbitral sus escritos sobre los honorarios, costas y gastos incurridos en este proceso y cuyo reembolso han solicitado al Tribunal Arbitral.

75. El 29 de septiembre de 2016, el Presidente del Tribunal Arbitral informó a las Partes que la Demandada no se había pronunciado sobre el documento presentado por la Demandante en su exposición y que la Demandada señaló no se encontraba previamente en el expediente del proceso arbitral.
76. El 30 de septiembre de 2016, la Demandada manifestó que el 12 de setiembre de 2016 había cumplido con presentar el escrito sobre el medio probatorio presentado por su contraparte en la audiencia y adjuntó el correo electrónico correspondiente.
77. El 2 de octubre de 2016, Tribunal Arbitral manifestó que había revisado con cuidado sus buzones de correo y no había encontrado el correo electrónico del 12 de septiembre de 2016 al que se refería la Demandada. Igualmente observó que la Demandante manifestó no haberlo recibido. Así mismo, indicó que la Entidad no había acompañado al correo electrónico del 30 de septiembre de 2016 el texto que señala remitió por correo electrónico del 12 de septiembre de 2016, por lo que solicitó a la Entidad que remitiera a la mayor brevedad el texto enviado el 12 de septiembre de 2016 y en todo caso a más tardar el 3 de octubre del 2016. Igualmente, prorrogó hasta el 17 de octubre de 2016 el plazo para que las

Partes presentaran sus escritos post-audiencia. Así mismo, prorrogó hasta el 24 de octubre el plazo para que las Partes presentaran sus escritos sobre honorarios, costas y gastos incurridos en el proceso.

78. El 4 de octubre de 2016, la Demandada remitió un correo en el que expuso que el día 12 de setiembre a las 18:13 horas dentro del plazo otorgado, la Procuraduría cumplió con absolver el traslado conferido y remitió unos documentos.
79. El 5 de octubre de 2016, la Demandante se pronunció sobre el escrito de la Demandada y señaló que el escrito del PNSU es extemporáneo e incumple las órdenes procesales N° 1 y 4. Así mismo, expresó que la Demandada no ha demostrado porque la Resolución Ministerial N° 005.2012-VIVIENDA es un nuevo medio probatorio.
80. Por comunicación del 7 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral con el fin de que obraran en el proceso todos los elementos que pudieran ser pertinentes para la decisión que corresponde adoptar en el laudo, decidió incorporar al proceso tanto la comunicación remitida por la Demandada el 4 de octubre de 2016, como los documentos anexos.
81. El 10 de octubre de 2016, la Demandada presentó sus alegatos post-audiencia.
82. El 17 de octubre de 2016, la Demandada adjuntó su declaración de costos.
83. El 17 de octubre de 2016, la Demandante presentó sus alegatos post-audiencia.

84. El 18 de octubre de 2016, la Demandada solicitó la exclusión de los alegatos de la Demandante por extemporáneos.
85. El 20 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral confirmó que los alegatos post-audiencia de la Demandante fueron presentados oportunamente de conformidad con las instrucciones que había impartido el Tribunal Arbitral.
86. El 24 de octubre de 2016, la Demandante presentó su escrito sobre honorarios, costas y gastos incurridos en este proceso.
87. El 27 de octubre de 2016, la Secretaría de la CCI informó que en su sesión del 20 de octubre la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI prorrogó el plazo para dictar el laudo final hasta el 31 de enero de 2017.
88. El 4 de noviembre de 2016, en desarrollo de lo previsto por el artículo 27 del Reglamento, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la instrucción del presente proceso. Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el mismo artículo, informó a las partes y a la Secretaría, que estimaba someter el proyecto de laudo a la Corte el 16 de Diciembre de 2016 para su aprobación, de conformidad con el artículo 33° del Reglamento.

9.1 LOS ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

89. La controversia a que se refiere el presente proceso versa sobre la liquidación del Contrato de Servicios de Consultoría para la Supervisión de Obras del Proyecto de Mejoramiento y Expansión de los Sistemas de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de las ciudades Piura-Castillo y Chimbote, celebrado entre las Partes, y sobre unos pretendidos incumplimientos de dicho Contrato por parte de la Demandante. Los antecedentes de dicha controversia pueden sintetizarse de la siguiente forma:

90. De acuerdo al Anexo A-1 del memorial de demanda, el Estado Peruano suscribió el Contrato de Préstamo PE-P25 con el Overseas Economic Cooperation Fund (OECF), luego llamado Japan Bank of International Cooperation y actualmente Japan International Agency "JICA"¹.
91. En el desarrollo de dicho Contrato y después de realizar el Concurso Internacional de Méritos N° 01-99-PRES/VMI/PRONAP, el 26 de junio del 2000 se suscribió el Contrato de Servicios de Consultoría para la Supervisión de Obras del Proyecto de Mejoramiento y Expansión de los Sistemas de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de las ciudades Piura-Castillo y Chimbote entre el Pronap, hoy Programa Nacional de Saneamiento Urbano (PNSU) y el Consorcio Nippon Koei -Oist (Anexo A-2), para que éste prestara servicios para la revisión de diseños definitivos, apoyo en la etapa de licitación, supervisión de la ejecución de las obras y puesta en marcha del Proyecto "Mejoramiento y Expansión de los Sistemas de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de las ciudades de Piura-Castilla y Chimbote".
92. En el desarrollo del Contrato se prestaron los servicios de: i) revisión de los diseños definitivos del Proyecto (que serían utilizados por los contratistas especializados y experimentados en construcción) incluyendo el Plan detallado de operación de los servicios y el Expediente Técnico final completo del Proyecto; ii) apoyo al PNSU en la etapa de licitación (en donde se elegiría al contratista constructor); iii) supervisión de la ejecución de las obras; y, iv) supervisión de la puesta en marcha del Proyecto.
93. Dicho Contrato fue objeto de diversas adendas durante un plazo superior a 10 años.

¹ Anexo 1 de la Demanda y párrafo número II.1.1 de la Demanda

94. Al término de las prestaciones y ejecución del Contrato, el Consorcio envió la liquidación correspondiente por medio de Carta N° 147 (Anexo N°9) para que el PNSU la revisara, se pronunciara y efectuara el pago del monto que la Demandante consideraba debido por prestaciones ejecutadas.
95. Sobre dicha liquidación se pronunció el PNSU por Oficio N° 4247 del 21 de diciembre del 2012, considerándola improcedente. En dicho Oficio procedió igualmente a hacer el recalcule de las valorizaciones; a indicar las penalidades por demora en la presentación y subsanación de los informes de que trata el Apéndice 1 del Contrato y a señalar los daños y perjuicios que deben ser cancelados al PNSU por el Consorcio por incumplimiento a sus funciones.
96. La Demandante ha sostenido, en su memorial de demanda, que la manifestación contenida en el Oficio N° 4247 y la liquidación efectuada por el PNSU es inválida por estar contenida en un Oficio y no en una Resolución o Acuerdo de conformidad con la legislación aplicable. Señala que el Oficio N° 4247 sería ineficaz por no haber observado la forma debida, no estar debidamente motivado y no haber adjuntado las pruebas que sustentaban los cálculos del PNSU². Agrega que dicho Oficio no fue notificado adecuadamente, por lo que la liquidación por el Consorcio habría quedado aprobada.
97. Por su parte, la Demandada ha sostenido que el Oficio N° 4247 observó todos los requisitos legales para el surgimiento de un acto administrativo³. Así mismo, sostiene que la Demandante incumplió por negligencia sus obligaciones durante el diseño y elaboración

² Párrafos III.8 a III.28 de la Demanda y párrafos 35 a 57 de los Alegatos Post-audiencia de la Demandante

³ Párrafos números 47 a 73 de la Contestación

del expediente técnico de la denominada Planta de Tratamiento de Agua Residual San Martín, pues durante el diseño de dicha planta no detectó la presencia de ocupantes en el área donde se construiría, a pesar de ser su obligación específica la constatación física de los terrenos, el levantamiento topográfico de la zona y la elaboración de planos con coordenadas e hitos de demarcación exactos. Como consecuencia de dicha negligencia, sostiene la Demandada, el expediente técnico para esta planta de tratamiento resulta inservible. Por la misma razón, los trabajos preliminares efectuados por el contratista que había sido seleccionado para su construcción son inútiles⁴

9.1 Las pretensiones sometidas al Tribunal Arbitral

9.1.1 Pretensiones de la Demandante

98. De conformidad con el Acta de Misión⁵, la Demandante solicita que se declare:

"i. Que se disponga en aplicación del artículo 43 de la LCAE la aprobación de la liquidación del Contrato del Consorcio presentado el 12 de noviembre del 2012 y, en consecuencia, ordenar al PNSU el pago de la suma correspondiente al saldo a favor: US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos).

"ii. Que se ordene la emisión y entrega al Consorcio del certificado de conformidad de servicios del Contrato.

"iii. Que se ordene el pago de resarcimiento por la demora del PNSU en pagar la liquidación pese a estar consentida basada en el costo financiero incurrido por el periodo transcurrido a la fecha contado desde la negativa a pagar, reservándonos el derecho a efectuar el cálculo de este monto el cual será determinado posteriormente.

"iv. Que se reembolse al Consorcio la integridad de los costos, honorarios de abogados, costas y gastos (administrativos de la

⁴⁴ Párrafos 145 a 148 de la Reconvenición y 36 a 47 del escrito post audiencia de la Demandada
⁵ Numeral 5.1.1., página 9 del Acta de Misión

Cámara de Comercio Internacional - Corte Internacional de Arbitraje y honorarios de los árbitros) vinculados a este procedimiento arbitral".

99. En su Demanda, la Demandante solicitó⁶:

"Primera Pretensión

"Que el Tribunal Arbitral ordene en aplicación del artículo 43° de la LCAE, la aprobación de la liquidación del contrato del Consorcio presentada el 12 de noviembre del 2012 para todos los efectos legales y, en consecuencia, ordenar al PNSU el pago de la suma correspondiente al saldo a favor de US\$ 29, 749.40 (Veintinueve Mil Setecientos Cuarenta y Nueve con 40/100 Dólares Americanos) más IGV correspondiente. Asimismo, en caso el Tribunal Arbitral decida no amparar la aprobación de la liquidación del Contrato presentada por el Consorcio, solicitamos al Tribunal Arbitral realice la liquidación del Contrato.

"Segunda Pretensión:

"Que el Tribunal Arbitral ordene la emisión y entrega al Consorcio del certificado de conformidad de servicios del Contrato.

"Tercera Pretensión:

Que se ordene el pago de resarcimiento por la demora del PNSU en pagar la liquidación pese a estar aprobada para todos los efectos legales basada en el costo financiero incurrido por el periodo transcurrido a la fecha contado desde la negativa a pagar, por el monto que determine el Tribunal Arbitral y que ordene la devolución de las Cartas Fianza que se mantienen vigentes por efecto del Contrato.

"Cuarta Pretensión:

⁶ Párrafo 1.3, páginas 4 y 5 de la Demanda

"Que se reembolse al Consorcio la integridad de los costos, honorarios de abogados, costas y gastos (Administrativo de la Cámara de Comercio Internacional-Corte Internacional de Arbitraje y honorarios de los árbitros) vinculados a este procedimiento arbitral."

100. Por consiguiente, serán estas pretensiones del Consorcio sobre las que decidirá el Tribunal Arbitral.

9.1.2 Pretensiones de la Demandada

101. De conformidad con el Acta de Misión, la Demandada solicitó⁷:

"i. Se ordene al Consorcio Nippon Koei – Oist cumpla con el pago a favor del PNSU nuestra representada de la suma de US\$ 4'793, 559.20.- (Cuatro millones setecientos noventa y tres mil quinientos cincuenta y nueve con 20/100 Dólares Americanos), derivado de la Liquidación al Contrato practicado por la Entidad, por los siguientes conceptos:

- *Re-cálculo de las trescientos ochenta y nueve (389) valorizaciones del Contrato de Servicio de Consultoría desde el año 2001 al año 2012.*
- *Perjuicio económico al PNSU por incumplimiento en las funciones del consorcio en las obras del lote 4, lote 5 y lote 3A.*
- *Aplicación de penalidades según la cláusula 9.5 del Contrato.*

"ii. Se condene al Consorcio Nippon Koei -Oist al pago de los gastos arbitrales."

102. En su memorial de Contestación de Demanda y Reconvención, la Demandada formuló las siguientes pretensiones⁸:

"A. Que el Tribunal Arbitral declare que el Oficio N° 4247-2012/VIVIENDA/VMCS/PNSU/1.0 del 21 de diciembre de 2012

⁷ Numeral 5.1.2, página 11, del Acta de Misión
⁸ Párrafo 13 de la Reconvención

por medio de la cual el PNSU efectuó su liquidación final del Contrato fue oportuno, válido y eficaz.

"B. Que el Tribunal Arbitral declare la existencia de penalidades imputables al demandante derivadas del contrato, por la suma de USD 3'591.602.34 (Tres millones quinientos noventa y un mil seiscientos dos con 34/100 dólares americanos) y ¥ 54'788.565 (Cincuenta y cuatro mil setecientos ochenta y ocho mil quinientos sesenta y cinco con 00/100 yenes japoneses); y, en consecuencia, ordene al demandante el pago de la penalidad máxima aplicable al Contrato por USD 1'509.076.44 (Un millón quinientos nueve mil setenta y seis con 44/100 dólares americanos) y ¥ 23'020.405.00 (Veintitrés millones veinte mil cuatrocientos cinco con 00/100 yenes japoneses), conforme a lo establecido en la cláusula 9.5.1 del Contrato, más intereses.

"C. Que el Tribunal Arbitral declare la existencia de un saldo a favor del PNSU resultante del reajuste de las valorizaciones del Contrato pagadas en exceso por la suma USD 89.927.02 (Ochenta y nueve mil novecientos veintisiete con 02/100 dólares americanos) y ¥ 6'972.182.00 (Seis millones novecientos setenta y dos mil ciento ochenta y dos con 00/100 yenes japoneses) y ordene al Demandante restituir dicha suma al PNSU, más intereses devengados hasta el pago oportuno de los mismos.

"D. Que el Tribunal Arbitral ordene al Demandante el pago de USD 145,444.22 (Ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y cuatro con 22/100 dólares americanos) y S/. 417,821.07 (Cuatrocientos diecisiete mil ochocientos veintiún uno con 07/100 nuevos soles) en vía de indemnización por incumplimiento contractual de las obligaciones del demandante respecto del diseño y elaboración del expediente técnico de la

Planta de Tratamiento de Aguas Residuales San Martín correspondientes al Lote 3A, más intereses.

"E. Que el Tribunal Arbitral ordene la ejecución de la (sic) Cartas Fianza vigentes en garantía de fiel cumplimiento del Contrato por las sumas de USD 1'527.276.62 (Un millón quinientos veintisiete mil doscientos setenta y seis con 62/100 dólares americanos) y ¥ 24.468.513.00 (Veinticuatro millones cuatrocientos sesenta y ocho mil quinientos trece con 00/100 yenes japoneses) como parte de pago de lo ordenado al Demandante.

"F. Que el Tribunal Arbitral ordene al Demandante reembolsar al PNSU los costos, honorarios de asesoría legal, costas y gastos derivados del presente proceso arbitral."

103. Por consiguiente, serán estas pretensiones del PNSU sobre las que decidirá el Tribunal Arbitral.

104. Cabe señalar que las Partes se opusieron a las pretensiones que se formularon recíprocamente, pero no formularon reparo alguno sobre la competencia del Tribunal Arbitral.

10 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LOS ASPECTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN

10.1 Examen de las pretensiones de las Partes

105. En relación con las pretensiones de las Partes, el Tribunal Arbitral abordará inicialmente las pretensiones relativas a la existencia o no de una aprobación de la liquidación del Contrato por parte de la Demandada. Así mismo, analizará las pretensiones relativas a las consecuencias de dicha liquidación. Posteriormente, el Tribunal Arbitral analizará si existió un incumplimiento del Contrato por parte

de la Demandante en relación con el diseño y elaboración del expediente técnico de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales San Martín. Finalmente, el Tribunal Arbitral analizará la forma en que se deben distribuir los costos del presente arbitraje.

10.1.1 Primera pretensión de la Demanda y pretensión A. de la Reconvención

106. La primera pretensión de la Demandante es la siguiente⁹:

"Primera Pretensión

"Que el Tribunal Arbitral ordene en aplicación del artículo 43° de la LCAE, la aprobación de la liquidación del contrato del Consorcio presentada el 12 de noviembre del 2012 para todos los efectos legales y, en consecuencia, ordenar al PNSU el pago de la suma correspondiente al saldo a favor de US\$ 29, 749.40 (Veintinueve Mil Setecientos Cuarenta y Nueve con 40/100 Dólares Americanos) más IGV correspondiente. Asimismo, en caso el Tribunal Arbitral decida no amparar la aprobación de la liquidación del Contrato presentada por el Consorcio, solicitamos al Tribunal Arbitral realice la liquidación del Contrato".

107. En la pretensión A de la Reconvención de la Demandada se solicita¹⁰:

"A. Que el Tribunal Arbitral declare que el Oficio N° 4247-2012/VIVIENDA/VMCS/PNSU/1.0 del 21 de diciembre de 2012 por medio de la cual el PNSU efectuó su liquidación final del contrato fue oportuno, válido y eficaz."

⁹ Numeral 1.3, página 4, de la Demanda

¹⁰ Párrafo 13 de la Reconvención

108. Ahora bien, en relación con lo señalado en sus memoriales de demanda y contestación de demanda y reconvencción, las posiciones de la Demandante y Demandada son las siguientes:

10.1.1.1 Posición de la Demandante

109. La Demandante, en su memorial de demanda, señala que mediante Carta N° 147 del 12 de noviembre de 2012 presentó su liquidación final del Contrato, fecha desde la cual el PNSU tenía 30 días para pronunciarse respecto a la liquidación presentada. Dicho plazo venció el 21 de diciembre de 2012. Agrega, que el último día del plazo, el 21 de diciembre de 2012, el PNSU notificó al Consorcio el Oficio N° 4247 mediante el cual observó la liquidación presentada por el Consorcio¹¹.

110. El Consorcio señala, en su memorial de contestación de demanda y reconvencción, que el pronunciamiento hecho por el PNSU mediante Oficio N° 4247 "*no constituye un pronunciamiento válido respecto a la liquidación del Contrato*" formulada por el Consorcio¹², pues debió hacerse de la forma que establece el artículo 43° de la LCAE que dispone:

"Artículo 43°.- El contrato culmina con la liquidación, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento debiendo ésta pronunciarse sobre aquella en un plazo y requisitos señalados en el Reglamento debiendo ésta pronunciarse sobre aquella en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo, debidamente fundamentado, en el plazo antes señalado la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales. La

¹¹ Párrafos III.3 y III.7 de la Demanda

¹² También, numeral 35 del Alegato Post Audiencia de la Demandante

liquidación debidamente aprobada cerrará el expediente de la contratación o adquisición". (Se resalta)

111. Así mismo, expresa que el artículo 43° de la LCAE se complementa con el artículo 98° del Reglamento de la LCAE que señala¹³:

"Artículo 98°.- liquidación

La liquidación de un contrato se formulará en un plazo máximo de treinta (30) días contados desde el día siguiente de la recepción de la última prestación. En igual plazo, la Entidad deberá pronunciarse respecto de la liquidación del contrato. Si el contratista no entregase la liquidación del contrato en el plazo previsto, será responsabilidad de la Entidad efectuarla en idéntico plazo". (Se resalta)

112. Con base en los artículos citados, el Consorcio señala, en su memorial de demanda, que el acto administrativo por el que debió el PNSU pronunciarse respecto a su liquidación es una Resolución o un Acuerdo, tal como lo establece el artículo 43° de la LCAE, y que un Oficio es un documento que usa cualquier Entidad para notificar un acto administrativo, no siendo el acto administrativo en sí. Advierte que, inclusive, respecto de dicho Oficio N° 4247 se observa que no se hace referencia a ninguna Resolución¹⁴. En este sentido, afirma que el uso del Oficio N° 4247 para pronunciarse sobre la liquidación obedeció a que el PNSU se encontraba en el último día para notificar su pronunciamiento.

113. Por otra parte, en su mismo memorial de demanda, expresa que el Director Ejecutivo del PNSU no se encontraba en el ámbito de aplicación de la excepción desarrollada por la Opinión N°029-

¹³ Numeral III.7, página 19 de la Demanda

¹⁴ También párrafo número 8 del Contra memorial sobre Reconveniones de la Demandante.

2015/DTN (evidentemente posterior a los hechos de la controversia pero útil pues el texto de la norma sobre la que versa la referida Opinión es similar al de la norma relevante para esta litis), en la que se permitía a un funcionario a quién se le delegaron facultades, la emisión de actos administrativos distintos a Resoluciones o Acuerdos cuando dicho funcionario no emitiera Resoluciones o Acuerdos. Lo anterior, porque en palabras del PNSU, el Director Ejecutivo *"no solamente ostentaba la representación general del PNSU, sino que también contaba específicamente con la facultad de emitir Resoluciones Directorales, conforme lo establece el artículo 11 (k)..."*¹⁵. A este respecto, señala que el Consorcio ha probado que el Director Ejecutivo del PNSU emitió resoluciones durante la ejecución del Proyecto, algo que el PNSU no ha controvertido¹⁶.

114. Advierte que está probado que el Oficio N° 4247 es un documento distinto a una Resolución o Acuerdo y que su diferencia no radica únicamente en un *"mero rótulo"* sino en cuestiones de forma y fondo. A tal efecto se refiere a lo indicado por el perito ofrecido por la Demandante en la Audiencia del 5 de septiembre de 2016 en el sentido de que *"en el caso concreto se pide un acuerdo o una resolución, porque el acuerdo o resolución exige la participación y de acuerdo al MOF de esta entidad, cuando se emite una resolución existe el análisis del órgano de asesoría jurídica, por razonabilidad también interviene el área técnica."*^{17 18}

115. En este punto destaca en relación con el Oficio N° 4247 que no ha existido ningún análisis del órgano de asesoría jurídica de la Entidad, ni intervención alguna del área técnica. Señala que en la

¹⁵ Punto 51 del Memorial de Contestación de demanda del PNSU.

¹⁶ También, párrafos 44 y 45 de los Alegatos Post Audiencia del Demandante.

¹⁷ Audiencia de Alegatos del 5 de septiembre de 2016, minuto 1:15:37, CD N°1.

¹⁸ Párrafos 38 a 46 de los Alegatos Post Audiencia del Demandante.

revisión ocular del propio documento, el Tribunal Arbitral no encontrará ningún visto de éstas áreas¹⁹

116. De otro lado, señaló que ha quedado probado que el PNSU no siguió el procedimiento regular de la Entidad al emitir el Oficio N° 4247, en razón a que este procedimiento se tenía que realizar (i) mediante una Resolución Administrativa y (ii) con el visado de la Unidad de Asesoría Legal y técnica del PNSU. A tal efecto, señala que el PNSU tenía la obligación de pronunciarse mediante Resolución o acuerdo y no lo hizo. Respecto al visado de la Unidad de Asesoría Legal y Técnica del PNSU, expresa que ha sido probado que al momento en el que la Dirección Ejecutiva del PNSU preparaba una Resolución Directoral, este documento debía necesariamente ser visado por diversos órganos que formaban parte del PNSU. Uno de ellos era la Unidad de Asesoría Legal, la cual formaba parte del área de asesoramiento del PNSU y tenía como responsabilidad orientar y emitir opinión sobre asuntos de carácter legal²⁰. Así mismo, también intervenía revisando las Resoluciones Directorales, la Unidad de Estudios, quienes eran los responsables de la elaboración y/o revisión de estudios de preinversión, diseños definitivos, expedientes técnicos, etc., como soporte técnico del PNSU²¹.

117. A tal efecto, señala la Demandante en su memorial de contestación a la reconvenición de la demanda que existen Resoluciones Directorales del PNSU²² que se dieron bajo este procedimiento, motivo por el cual contaban con la rúbrica de las respectivas áreas en mención. Advierte que los visados de las áreas técnica y legal del PNSU no son "meros sellitos" sino la

¹⁹ Párrafo 47 de los Alegatos Post Audiencia del Demandante.

²⁰ Artículo 13° de la Resolución Directoral N° 231-2012-VIVIENDA. Artículo 21 de la Resolución Directoral N° 231-2012-VIVIENDA.

²¹ También párrafos 89 a 92 de los Alegatos Post Audiencia del Demandante

²² La Resolución N°008-2008/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE (Anexo A-17) y N°0122008/VIVIENDA/VMCS/PAPT/DE (Anexo A-18).

confirmación de que se cumplió con el procedimiento regular de la Entidad para la emisión de actos administrativos. Lo anterior ha sido confirmado por el perito ofrecido por la Demandante. Al no tener el Oficio N° 4247 estos visados se demuestra una vez más que el PNSU no cumplió con el procedimiento regular establecido para observar una liquidación, motivo por el cual no cumplió con lo establecido en el artículo 3° de la LPAG. En razón a ello, está probado que no existe un acto administrativo válido²³.

118. Como consecuencia de lo señalado anteriormente, el Consorcio afirma que el Oficio N° 4247 no surtió efectos legales ya que al no cumplir con lo señalado por la ley, dicho acto administrativo no existió y por tanto tampoco existió acto administrativo que haya sido mal notificado.

119. Por otra parte, la Demandante advierte que a lo largo del proceso el Consorcio ha probado que el Oficio N° 4247 no cumplió siquiera con los requisitos establecidos en el artículo 3° de la LPAG, pues el Director Ejecutivo no contaba con la potestad para emitir u observar liquidaciones derivadas del Contrato de Préstamo PE-P25; además, el Oficio N° 4247 adolecía de debida motivación, y finalmente, la emisión del Oficio N° 4247 no siguió el procedimiento regular de la Entidad.

120. En relación con lo primero, señala que el Manual de Operaciones del PNSU (Resolución Ministerial N°231-2012-VIVIENDA) no describía como facultad expresa del Director Ejecutivo la emisión u observación de liquidaciones de Contrato. Agrega que la Resolución Ministerial N°002-2011VIVIENDA presentada por el PNSU (en su dúplica como Anexo D-097, documento que dejaría *"zanjada cualquier cuestionamiento a las facultades del Director Ejecutivo para aprobar u observar liquidaciones"* en palabras del

²³ También párrafos 93 a 96 de los Alegatos Post Audiencia del Demandante

PNSU, no otorgó la facultad al Director Ejecutivo para suscribir documentos de licitación en razón al Convenio de Préstamo N° PE-P25. A este respecto, señala que el literal b) que alega el PNSU, no faculta al Ing. Néstor Supanta a efectuar la liquidación que se emitió a través del Oficio N° 4247. Es tan solo una delegación de facultades generales.

121. Igualmente señala que es falso que el literal g) que alega el PNSU en el pie de página sexto del punto 11 de su Dúplica, le haya otorgado facultades expresas para suscribir los documentos de liquidación al Director Ejecutivo del PNSU. A tal efecto, señala que el literal g) que dejaría zanjado cualquier cuestionamiento a las facultades del Director Ejecutivo en palabras del PNSU, estaba referido a la Enmienda al Convenio de Préstamo N° 7142-PE y no al Convenio de Préstamo PE-P25.

122. De esta manera, es evidente que el Director Ejecutivo únicamente estaba facultado a observar la liquidación del Consorcio cumpliendo los requisitos legales que le establecía el artículo 43° de la LCAE. Efectivamente, el Director Ejecutivo debió emitir una resolución o acuerdo y fundamentarlo debidamente. En todo el arbitraje, el PNSU no ha podido probar la existencia de una Resolución o Acuerdo debidamente fundamentado.

123. Por otro lado, la Demandante hace referencia a la capacidad de la defensa del PNSU de cambiar de argumentos de manera conveniente conforme avanzaba el arbitraje y a tal efecto advierte que Primero: En su Memorial de Contestación de Demanda planteó que el Manual de Operaciones era suficiente para probar las facultades del Director Ejecutivo. El Consorcio probó que es insuficiente. Segundo: Luego que el PNSU se percató que era insuficiente su argumento y que no era el Manual de Operaciones el que daba facultades, presentó como novedad, la Resolución

Ministerial N° 002-2011-VIVIENDA. El Consorcio probó que es insuficiente y se refería a otro Contrato de préstamo y que además fue derogado. Tercero: En su escrito extemporáneo e incumpliendo las decisiones del Tribunal Arbitral y la Orden Procesal N° 4 (cuarto considerando donde se ordenó a las partes no presentar nuevos medios probatorios) la Demandada incorporó al proceso, una Opinión Técnica Normativa (Anexo D-121) y un Informe N° 838-2013-VIVIENDA/OGAJ (Anexo D-122), los que no aportan ninguna prueba respecto de las facultades del Director Ejecutivo. Peor aún, incorpora la Resolución Ministerial N° 002-2009-VIVIENDA como última novedad. Alega que ahora sí, en su último escrito del proceso, que este documento incorporado sí dotaba de facultades específicas al Director Ejecutivo. Advierte entonces la Demandante que el Tribunal Arbitral y la Contraparte en su capacidad de lectura observarán que lo indicado por el PNSU es falso, pues en ningún extremo de la norma se encuentra la delegación de facultades para "observar liquidaciones".²⁴

124. Señala que incluso, el literal b) que alega el PNSU, indicaba que el Director Ejecutivo podría emitir actos administrativos concernientes al programa Agua para todos "en tanto se apruebe el Manual de Operaciones de dicha Unidad Ejecutora", lo que quiere decir que una vez que fue aprobado el MOF del PNSU mediante la Resolución Ministerial N° 002-2011-VIVIENDA, esta Resolución del 2009 quedaba sin efecto.

125. Agrega que el Oficio N° 4247 adolece de una debida motivación dado que el PNSU no lo motivó, pues solo afirma cuáles son las observaciones, y no sustenta ni explica con documentación y pruebas o anexos las razones detrás de las observaciones. Advierte que el artículo 39° de LPAG establece que todas las resoluciones serán motivadas, con sucinta referencia de hechos y

²⁴ Párrafo número 68 de los Alegatos Post Audiencia del Demandante

fundamentos de derecho. Señala igualmente que el texto del Oficio N°4247, que es en el cual debe realizarse el análisis de la motivación del acto, no se hizo referencia a la cláusula en virtud de la cual se estaban aplicando las penalidades, pues solo se hizo una lista de las supuestas demoras, y no se hizo siquiera un mínimo análisis de imputabilidad al Consorcio. Agrega que si bien el PNSU indicó en su Dúplica *"Que el rubro de penalidades señala específicamente que éstas se estaban aplicando en virtud de la Cláusula 9.5 del Contrato de Servicios de Consultoría y que, en el detalle de cada penalidad se hace específica referencia Lote por Lote (...)"*, es insostenible indicar que el Consorcio debía asumir cual era la base legal para cada uno de los incumplimientos imputados, pues aquella no es obligación de los administrados sino de quien alega un incumplimiento. Señala que no existe referencia alguna a normas jurídicas o contractuales ni a hechos que se intentan probar. No ha probado el PNSU que el texto del propio Oficio N° 4247 tenga la necesaria referencia a los mismos para considerarlo válido. Por tanto, el Oficio es inválido como acto administrativo²⁵.

126. Advierte que las observaciones que realizó el PNSU son imprecisas y no dan mayor información al Consorcio respecto a la decisión del PNSU de imputarle diversos incumplimientos y señala que el perito ofrecido por la Demandante en su pericia y en la Audiencia de Alegatos del 5 de septiembre de 2016 expresó que *"no puede tomarse como motivación el solo recuento de hechos, de situaciones, debe haber la prueba correspondiente, ese dicho inclusive del Titular pero sin respaldo alguno. Debe haber ahí el sustento del órgano técnico y el visado de la Asesoría jurídica"*²⁶

²⁵ Párrafos 43 a 56 del Escrito de Réplica del Demandante sobre el Fondo.

²⁶ Audiencia de Alegatos del 5 de septiembre de 2016, minuto 38:52, CD N°1.

127. Señala que otra razón que prueba que el Oficio N° 4247 no estuvo correctamente motivado ha sido la falta justificación y/o documentación anexa a dicha comunicación. Expresa que si bien existe controversia entre las Partes respecto al contenido anexo del Oficio N° 4247; sin embargo, no debe existir la menor duda que el hecho de existir 11 o 152 páginas de anexos como sostiene la contraparte, no cambia en ningún extremo el hecho de que la motivación debía estar contenida en el mismo Oficio N° 4247 y no en los anexos, fueran 11 o 152. A este respecto, destaca que el perito ofrecido por la Demandante²⁷ indicó que de una revisión rápida del documento anexo se desprendía que el mismo consistía en cálculos numéricos sin hacer referencia a hechos, vinculación a cláusulas contractuales ni normas. Además, el perito ratificó que la debida motivación debía estar contenida en el Oficio N° 4247 en sí mismo y no sus anexos, al no haber hecho una remisión expresa de la motivación.

128. Expresa también que ante la falta de motivación y debida fundamentación del pronunciamiento del PNSU como era requerido por el artículo 43° de la LCAE, el Consorcio presentó la Carta N°006-2013/L/NK-OIST²⁸ el 14 de febrero de 2013, en la que solicitó al PNSU que incluyera sustento documentario y contractual para poder evaluar si las observaciones y las imputaciones de incumplimiento del Consorcio respecto a las penalidades, reclamos y descuentos que se estaban realizando tenían sustento alguno. Agrega que el PNSU no ha presentado prueba alguna que demuestre que estos requerimientos de información no existieron, que eran innecesarios o impertinentes o que se opuso a los mismos. Añade que durante el Arreglo Amigable, algo que no es controvertido, el PNSU entregó en distintas oportunidades, aunque incompleta, la información requerida por el Consorcio.

²⁷ Audiencia de Alegatos del 5 de septiembre de 2016, minuto 1:02:01, CD N°1.

129. Por lo tanto, con base en las razones expuestas en sus diferentes escritos, el Consorcio solicita que el Tribunal Arbitral ordene, en aplicación del artículo 43° de la LCAE, la aprobación de la liquidación del Contrato del Consorcio presentada el 12 de noviembre de 2012 y, en consecuencia, ordene al PNSU el pago de US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos) más IGV²⁸.

10.1.1.2 Posición de la Demandada

130. Por su parte, el PNSU señala que el hecho que la observación a la liquidación haya sido rotulado como Oficio y no como Resolución no tiene incidencia alguna en su naturaleza y efectos jurídicos, debido a que se observaron todos los requisitos legales para el surgimiento de un acto administrativo válido: fue emitido por la máxima autoridad del programa; estuvo adecuadamente motivada; tuvo parte considerativa y resolutive, y vino acompañada de un voluminoso archivo que contenía los cálculos que empleó el PNSU para determinar las penalidades y los reajustes de las valorizaciones²⁹.

131. Señala entonces que la liquidación fue oportuna, válida y plenamente eficaz; ello basado en que:

132. Fue oportunamente efectuada de conformidad con lo establecido en el Contrato y en la regulación aplicable, pues de acuerdo con el artículo 98° de la LCAE, el Consorcio debió presentar su liquidación en un plazo máximo de treinta (30) días desde el día siguiente de la recepción de la última prestación y debía ser observada en el mismo plazo. En este sentido, el PNSU afirma que la liquidación fue presentada dentro del plazo indicado en el artículo citado y el

²⁸ Párrafo 58 de los Alegatos Post Audiencia del Demandante

²⁹ Párrafos 12 a 24 de los Alegatos Post Audiencia de la Demandada

PNSU formuló sus observaciones dentro del plazo legal establecido.

133. Agrega la Demandada que se trató de un acto administrativo válido emitido por la máxima autoridad del PNSU, siguiendo el procedimiento administrativo adecuado pues el hecho que la liquidación lleve por rúbrica Oficio y no Resolución no modifica en nada dicha condición.

134. Indica el PNSU que el artículo 3³⁰ de la LPAG dispone que los requisitos de validez de los actos administrativos son:

- (i) Competencia,
- (ii) Objeto o contenido,
- (iii) Finalidad pública,
- (iv) Motivación y
- (v) Procedimiento regular.

135. Señala que el Oficio N° 4247 fue emitido por órgano competente: el Director Ejecutivo del PNSU. Agrega que la Dirección Ejecutiva es el máximo órgano de dirección del PNSU y el Director Ejecutivo del PNSU cuenta con las facultades suficientes para emitir actos tales como la observación a liquidaciones contractuales, como lo

³⁰ Dispone la norma: **Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación".

señalan los artículos 10³¹ y 11³² de su Manual de Operaciones. En este caso, el Director Ejecutivo no solamente ostentaba la representación general del PNSU sino que también contaba con la facultad de emitir resoluciones directorales. De esta forma, resulta innegable entonces que el acto administrativo fue emitido por el órgano competente y que, por lo tanto, no se vulneró su derecho de defensa ni el principio de legalidad.

136. Agrega que al Director Ejecutivo le fueron asignadas atribuciones específicas para liquidar el Contrato, con las siguientes dos resoluciones: Resolución Ministerial N° 002-2011-VIVIENDA del 8 de enero del 2011 (que se encuentra en el Anexo D-097 de su memorial de dúplica del demandado), por la cual el propio Ministro de Vivienda Construcción y Saneamiento delegó en el Director Ejecutivo la facultad de representar al Ministerio de Vivienda en todo lo concerniente al Contrato. Advierte que si bien durante la Audiencia de Alegatos la Demandante mencionó que el literal g) del artículo 1° de la Resolución Ministerial en mención había sido derogado mediante la Resolución Ministerial N° 005-2011-VIVIENDA, debe tenerse en cuenta sin embargo, que quedó plenamente vigente el literal b), el cual autorizaba al Director Ejecutivo a representar al Ministerio en todo lo concerniente al Contrato de Préstamo PE-P25. Igualmente, por la Resolución

³¹ Dispone esta norma: "Artículo 10°.- La Dirección Ejecutiva es el máximo órgano decisorio de PNSU, y como tal es el responsable de su dirección y administración general, correspondiéndole ejecutar las funciones sujetas a los lineamientos de política sectorial en materia de saneamiento urbano; así como los instrumentos, metodologías y criterios de focalización, priorización y elegibilidad definidos para el PNSU, articulando con las diversas áreas e instituciones del Sector. Está a cargo de un Director Ejecutivo, designado mediante Resolución Ministerial, quien depende funcional y orgánicamente del Viceministerio de Construcción y Saneamiento"

³² Dispone esta norma: "Artículo 11°.- La Dirección Ejecutiva tiene las siguientes funciones:

"a) Formular, dirigir y velar por el cumplimiento de la política general del PNSU en concordancia con sus objetivos y la política sectorial y objetivos en materia de saneamiento del MVCS.

"b) Ejercer la dirección, la administración general y la representación del PNSU en el marco de la normativa vigente

"k) Realizar todos los actos administrativos necesarios para la correcta y adecuada gestión y control del PNSU, mediante la aprobación y desarrollo de los instrumentos de gestión necesarios para el cumplimiento de sus funciones, incluyendo la emisión de Resoluciones Directorales."

Ministerial N° 002-2009-VIVIENDA, el Ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento había anteriormente delegado en el Director Ejecutivo del PNSU las facultades específicas para emitir todos los actos administrativos concernientes a dicha Entidad y representar al Ministerio en todo lo relativo a la ejecución del Contrato de Préstamo PE-P25³³.

137. Advierte que el acto administrativo, es decir el Oficio N° 4247, expresaba claramente su objeto y finalidad: pronunciamiento y observación a la liquidación del Contrato de servicios de consultorías, haciendo literal referencia a la comunicación a través de la cual el Consorcio había presentado su liquidación.

138. Añade que el acto administrativo estuvo adecuadamente motivado pues el Oficio N° 4247 tuvo 11 páginas de texto y un voluminoso apéndice, totalizando 152 páginas. El Oficio N° 4247 estuvo conformado por tres componentes: recálculo de valorizaciones, aplicación de penalidades e imputación de perjuicio económico por incumplimiento de obligaciones. Señala que el Consorcio confunde motivación con probanza, pues la motivación como requisito administrativo se refiere a la fundamentación del razonamiento en la que el acto administrativo se apoya, más no al acompañamiento de documentación y pruebas como exige el Consorcio. Para esto, el PNSU precisa que el artículo 6° de la LPAG señala que *"la motivación deberá ser expresa mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas con referencia directa a los anteriores justifican el acto probado"*.

139. En este sentido, afirma el PNSU que el Oficio N° 4247 observó un razonamiento adecuado y una exposición fáctica y normativa de los fundamentos del acto, pues detalla cada recalcule y penalidad,

³³ Párrafo 15 de los Alegatos Post Audiencia de la Demandada

hace referencia a las fechas, etapas, cartas y demás documentación de sustento. Resulta falso que el Oficio N° 4247 haya carecido de motivación y esto haya causado indefensión en el Consorcio. Finalmente, señala que el Consorcio pudo interpretar plenamente el razonamiento y contradecirlo, pues los documentos a los que se hacía referencia eran conocidos y estaban en su poder.

140. En sus alegatos agrega la Demandada que la evidencia ha demostrado que el Consorcio recibió las 151 páginas de la liquidación del PNSU. Señala que la Demandante ha intentado sostener que el Oficio N° 4247 (Anexo D-10) le fue notificado incompleto, habiendo recibido solamente 14 páginas del mismo, sin embargo, los siguientes dos hechos desmienten esta afirmación: i) En la época en que recibió la liquidación del PNSU, el Consorcio manifestó en una comunicación que la liquidación del PNSU había sido sustentada con abundante información, por lo cual le era necesario revisarla con detalle. ii) El texto de la liquidación del PNSU advertía que estaba compuesta de 151 folios, y fue recibida sin objeción de parte de la Demandante. A tal efecto, señala que el propio texto del Oficio N° 4247 expresaba que se anexa la liquidación. Adicionalmente, señala que el Oficio N° 4247 vino numerado en todas y cada una de sus 151 páginas, como se puede observar en la esquina inferior derecha de cada una. Destaca que si el Tribunal Arbitral revisa la versión presentada por la propia Demandante del Oficio N° 4247, se advierte que las tres últimas páginas que se presenta llevan la numeración "149, 150 y 151". Estos dos hechos demuestran que la versión de la Demandante es totalmente inverosímil.

141. Si el PNSU hubiera intentado entregar al Consorcio solamente cuatro páginas de un documento que anunciaba (i) venir acompañado de un anexo con cálculos de liquidación y (ii) estar

compuesto por un total de 151 folios, la omisión hubiera resultado tan notoria, que el Consorcio se hubiera negado a recibir el documento. Pero eso no sucedió.

142. Agrega que el acto administrativo fue emitido conforme al procedimiento regular del PNSU, pues el Director Ejecutivo del PNSU en uso correcto de su atribución emitió el acto administrativo contenido en el Oficio N° 4247, el cual fue visado y notificado al Consorcio, por lo que la voluntad de la administración se encuentra acreditada. Asimismo, señala que rotular "Oficio" y no "Resolución" obedece a una práctica administrativa interna del PNSU que no tiene ningún efecto legal en la naturaleza del acto ya que esta cuenta con una sección considerativa suficiente y con una parte resolutive inequívoca. Al respecto, señala que en pro del principio de eficacia se debe hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez.

143. Finalmente, aclara que el presente proceso arbitral no tiene como pretensión declarar la nulidad del Oficio N° 4247 por lo que, el Consorcio no puede sostener que el Oficio N° 4247 sería nulo por haber vulnerado el principio de legalidad.

144. Por todo lo anteriormente señalado, el PNSU concluye que el Oficio N° 4247 cumplió con los requisitos exigidos para su validez y fue adecuadamente notificado al Consorcio. Las observaciones realizadas no han afectado en ninguna forma el derecho de defensa del Consorcio. De hecho, el Consorcio ejerció de manera efectiva su derecho de defensa y observó la liquidación dando inicio al procedimiento de arreglo amigable el 22 de enero de 2013, momento en el cual no mencionó no haber sido adecuadamente notificado o encontrar ambigüedad en el Oficio N° 4247.

145. Asimismo, señala que en la etapa de arreglo amigable el Consorcio contradijo los cálculos y valores señalados en el Oficio N° 4247, por lo que sorprende que en el presente proceso sostenga que no pudo defenderse.

10.1.1.3 Consideraciones del Tribunal Arbitral

146. Los hechos y puntos no controvertidos vinculados a estas pretensiones son:

- a) En el marco de ejecución del Contrato, mediante Carta N° 147 del 12 de noviembre de 2012, el Consorcio presentó su propuesta de liquidación, solicitando al PNSU un pago de US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos) a su favor.
- b) El 21 de diciembre de 2012, el PNSU envió al Consorcio el Oficio N° 4247, en virtud del cual observó la liquidación presentada por el Consorcio y exigió el pago de penalidades, restitución de pagos indebidos de valorizaciones e indemnización de daños y perjuicios por una presunta defectuosa prestación de verificación de terrenos para la instalación de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales San Martín ("PTAR San Martín"), totalizando los reclamos del PNSU contra el Consorcio en la suma de US\$ 4'793,559.20 (Cuatro Millones setecientos noventa y tres quinientos cincuenta y nueve con 20/100 Dólares Americanos).
- c) Un punto que tampoco es disputado por las Partes es que, conforme al Contrato, resultaban de aplicación los artículos 43° de la LCAE y 98° de su Reglamento.
- d) Las Partes están de acuerdo en que el PNSU tenía 30 días hábiles para pronunciarse sobre la liquidación presentada por el Consorcio.

e) Finalmente, no se ha controvertido que la respuesta del PNSU, a través del Oficio N° 4247 del 21 de diciembre de 2012, fue oportuna, dentro del plazo de 30 días hábiles³⁴.

147. Teniendo en cuenta lo anterior, considera el Tribunal Arbitral que para resolver la presente controversia debe analizarse cuál era la Entidad facultada para pronunciarse sobre la liquidación del Contrato, a través de qué tipo de acto, y finalmente, si dicho acto tenía la motivación requerida.

10.1.1.3.1 La autoridad competente para pronunciarse sobre la liquidación

148. Al respecto, encuentra el Tribunal Arbitral lo siguiente:

149. El artículo 2° del Reglamento de la LCAE señala que:

"Artículo 2.- Órganos y funcionarios responsables de la Entidad
"Para efectos de la Ley y del presente Reglamento, se considera como la más alta autoridad de la Entidad al Titular de ésta, definido por el artículo 6° de la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, el cual es solidariamente responsable con el Concejo Municipal, Concejo Directivo, Directorio u Órgano Colegiado de la Entidad, en lo que respecta al cumplimiento de la ley y del presente Reglamento.

"Asimismo, para efectos de la Ley y el presente Reglamento, se considera como funcionario que ocupa el más alto cargo administrativo de la Entidad, al funcionario de mayor nivel que tenga a su cargo la dirección de los asuntos administrativos de la Entidad, sea en virtud de sus normas de organización o de una delegación por parte de la más alta

³⁴ En general, los puntos de consenso señalados en este Laudo coinciden con los puntos de consenso a que se refiere PNSU en la página 6 de sus Alegatos.

autoridad de la Entidad; llámese ésta Gerente, Gerente General, Secretario General, Secretario Ejecutivo, Director General o similares". (Se resalta)

150. Si teniendo en cuenta lo anterior se examina el Manual de Operaciones del PNSU, aprobado por la Resolución Ministerial N° 231-2012-VIVIENDA el 26 de octubre de 2012 (Anexo A-15), se encuentra que el artículo 10° del mismo dispone lo siguiente:

"Artículo 10°.- La Dirección Ejecutiva es el máximo órgano decisorio de PNSU, y como tal es el responsable de su dirección y administración general, correspondiéndole ejecutar las funciones sujetas a los lineamientos de política sectorial en materia de saneamiento urbano; así como los instrumentos, metodologías y criterios de focalización, priorización y elegibilidad definidos para el PNSU, articulando con las diversas áreas e instituciones del Sector.

"Está a cargo de un Director Ejecutivo, designado mediante Resolución Ministerial, quien depende funcional y orgánicamente del Viceministerio de Construcción y Saneamiento". (Se subraya y se resalta)

151. Así mismo, el artículo 11° del mismo Manual de Operaciones del PNSU señala que:

"Artículo 11°.- La Dirección Ejecutiva tiene las siguientes funciones:

a. Formular, dirigir y velar por el cumplimiento de la política general del PNSU en concordancia con sus objetivos y la política sectorial y objetivos en materia de saneamiento del MVCS.

b. Ejercer la dirección, la administración general y la representación del PNSU en el marco de la normativa vigente". (Se subraya y se resalta)

152. De lo anterior resulta que de conformidad con las normas que rigen el presente Contrato la responsabilidad por el cumplimiento de las normas de contratación corresponde a la más alta autoridad de la Entidad, y que el órgano máximo administrativo del PNSU es la Dirección Ejecutiva y el cargo máximo administrativo de su estructura orgánica es el Director Ejecutivo.
153. Ahora bien, el Manual de Operaciones del Programa Nacional de Saneamiento de Vivienda, Construcción y Saneamiento, dispone en su artículo 11°, literal k) lo siguiente:

"Artículo 11°.- La Dirección Ejecutiva tiene las siguientes funciones:

(...)

"K) Realizar todos los actos administrativos necesarios para la correcta y adecuada gestión y control del PNSU, mediante la aprobación y desarrollo de los instrumentos de gestión necesarios para el cumplimiento de sus funciones, incluyendo la emisión de Resoluciones Directorales." (Se subraya y resalta)

154. Como se puede apreciar, dicha regla no establece distinciones y claramente contempla que el Director Ejecutivo puede realizar todos los actos administrativos necesarios para la gestión del PNSU. Para el Tribunal Arbitral es claro que en la medida en que el PNSU celebre contratos, su Director Ejecutivo que es su máxima autoridad, está facultado para adoptar las decisiones que autorice la ley en esta materia pues ello corresponde a la gestión de tales contratos. No tendría coherencia que el Director Ejecutivo de la Entidad pueda celebrar un contrato y después no pueda realizar las actuaciones correspondientes a su liquidación.

155. Además, se destaca que la facultad de emitir "Resoluciones Directorales", precisamente coincide con el que hecho que la liquidación debió ser aprobada por una "resolución", como se expone en otro aparte de este Laudo³⁶.
156. Ahora bien, la Demandante hace referencia al hecho de que se haya expedido en el año 2015 la Resolución Ministerial N° 048-2015-VIVIENDA (que se encuentra en el Anexo A-02 de su memorial de contestación a la reconvencción de la demanda) que delegó en el Director Ejecutivo la facultad de expedir resoluciones, lo que demostraría que anteriormente no tenía tal facultad. A tal efecto, encuentra el Tribunal Arbitral que en la Resolución Ministerial N° 048-2015-VIVIENDA de fecha 27 de febrero de 2015, se expresó:

"Artículo 13.- Delegación de facultades en el (la) Director (a) Ejecutivo (a) del Programa Nacional de Saneamiento Urbano y del Programa Nacional de Saneamiento Rural.

"Delegar en el (la) Director (a) Ejecutivo (a) del Programa Nacional de Saneamiento Urbano y del Programa Nacional de Saneamiento Rural la facultad siguiente:

"Aprobar u observar las liquidaciones de los contratos de ejecución y consultoría de obra correspondientes al ámbito de competencia de su respectivo programa, en el marco de lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado".

"(..)"

157. A este respecto advierte el Tribunal Arbitral que esta Resolución no permite acreditar de manera concluyente que previamente el Director Ejecutivo de PNSU carecía de la facultad de aprobar liquidaciones de contratos. En efecto, dicho acto de delegación

³⁶ Ver acápite 10.1.1.3.2 de este laudo

puede explicarse en el sentido de que anteriormente se tenían tales facultades, en virtud del Manual de Operaciones, pero como no eran explícitas en señalar "liquidaciones", la Administración haya optado por hacerlas explícitas a fin de evitar controversias.

158. Por las razones antes expuestas, el Tribunal Arbitral concluye que el Director Ejecutivo de PNSU sí contaba con facultades para pronunciarse sobre la liquidación propuesta por el Consorcio.

10.1.1.3.2 La naturaleza del acto por el cual se debía pronunciar el funcionario competente sobre la liquidación

159. Para determinar si la liquidación presentada por el Consorcio fue objetada por el mecanismo previsto por la ley, es necesario determinar lo que la misma dispone. A tal efecto, el artículo 43° de la LCAE señala que:

"Liquidación

Artículo 43°.- El contrato culmina con la liquidación, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento debiendo ésta pronunciarse sobre aquélla en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo, debidamente fundamentado, en el plazo antes señalado la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

La liquidación debidamente aprobada cerrará el expediente de la contratación o adquisición". (Se subraya y se destaca)

160. Por su parte, el artículo 98° del RLCAE señala lo siguiente:

"Artículo 98°.- Liquidación

La liquidación de un contrato se formulará en un plazo máximo de treinta (30) días contados desde el día siguiente de la recepción de la última prestación. En igual plazo, la Entidad deberá pronunciarse respecto de la liquidación del contrato. Si el contratista no entregase la liquidación del contrato en el plazo previsto, será responsabilidad de la Entidad efectuarla en idéntico plazo. "(Se subraya y se destaca)

161. De acuerdo con los artículos 43° de la LCAE y 98 del RLCAE, el procedimiento para la liquidación del Contrato era el siguiente:

1. Se daba la recepción de la última prestación de la obra.
2. Dentro de los treinta días (30) siguientes a la recepción de la última prestación de la obra, el Contratista debía presentar su liquidación.
3. La Entidad debía pronunciarse respecto a la liquidación presentada por el Contratista mediante Resolución o Acuerdo, es decir, emitir sus observaciones o presentar su liquidación, dentro del mismo plazo.

162. Desde esta perspectiva debe analizarse si lo dispuesto por el artículo 43° de la LCAE es una formalidad, y si el cumplimiento de la misma puede excusarse por el principio de conservación del acto administrativo.

163. En materia de derecho administrativo, de acuerdo al artículo 4° de la LPAG³⁶, la regla son las formalidades o las formas del acto, pues

³⁶ Artículo 4.- Forma de los actos administrativos 4.1 Los actos administrativos deberán expresarse por escrito, salvo que por la naturaleza y circunstancias del caso, el ordenamiento jurídico haya previsto otra forma, siempre que permita tener constancia de su existencia. 4.2 El acto escrito indica la fecha y lugar en que es emitido, denominación del órgano del cual emana, nombre y firma de la autoridad interviniente. 4.3 Cuando el acto administrativo es producido por medio de sistemas automatizados, debe garantizarse al administrado conocer el nombre y cargo de la autoridad que lo expide. 4.4 Cuando deban emitirse varios actos administrativos de la misma naturaleza, podrá ser empleada firma mecánica o integrarse en un solo documento bajo una misma motivación, siempre que se individualice a los administrados sobre los que recae los efectos del acto. Para todos los efectos subsiguientes, los actos administrativos serán considerados como actos diferentes.

ellas están concebidas como garantía del ciudadano y deben ser cumplidas para proteger la legalidad y evitar las decisiones inmotivadas, precipitadas y arbitrarias por parte de la administración.

164. La formación de la voluntad administrativa incluso en el marco de la ejecución de un contrato conlleva un conjunto de formalidades que han de seguirse, que se establecen con el fin tanto de proteger el interés público como el de los administrados destinatarios de la medida. Si estas formalidades o formas no se cumplen, no se podrá transmitir al mundo externo la voluntad de la administración; dicho de otra manera, la voluntad no habrá sido manifestada.

165. Queda clara la importancia que tiene la forma o la formalidad del acto para la existencia del mismo, la expresión o manifestación de la voluntad necesita de un vehículo o medio por el cual se pueda traducir o declarar al mundo externo. Es por ello que la forma tiene por objeto constatar o manifestar al mundo la existencia de la voluntad estatal, su total ausencia va también acompañada de la total ausencia de la voluntad y, por lo tanto, se tiene por no producida.

166. En este caso, si el acto administrativo no ha cumplido con alguna de las formas o formalidades que establece la propia LCAE, como es la de emitirse a través de una Resolución o Acuerdo, entonces, debe concluirse la inexistencia de la voluntad de la administración. En este sentido, se debe concluir que a partir de la redacción de la LCAE y de la razones expuestas, el no haber emitido dicho acto a través de una Resolución Directoral como debió haberse hecho, constituyó la ausencia de una forma esencial, imposible de ser subsanada a partir del principio de conservación del acto administrativo, pues la forma establecida por la Ley, es decir, la

emisión través de una Resolución, es un elemento de validez que considera el Tribunal Arbitral muy relevante.

167. De esta manera, para el Tribunal Arbitral el hecho que el Oficio N° 4247 haya sido solo emitido como un Oficio y no como "Resolución o Acuerdo", no es solo cuestión de rotulado, como lo alega el PNSU, sino que es el incumplimiento de una norma imperativa de ineludible cumplimiento, el artículo 43° de la LCAE. Esta norma es obligatoria, que se da como una garantía a favor del administrado-contratista de que la liquidación va a discurrir por un procedimiento debido, va a ser debidamente analizada por los funcionarios de la Entidad y, como se explicó, es un tema de seguridad jurídica a favor del administrado-contratista. He ahí la razón de esta solemnidad impuesta por ley.

168. Por otra parte cabe preguntarse si la conclusión anterior puede cambiar por razón de los principios de informalismo y eficacia del acto administrativo. A tal efecto, son pertinentes las siguientes consideraciones:

169. La LPAG consagra en su artículo IV como principios aplicables tanto el principio de informalismo como el de eficacia, de la siguiente forma:

"1.6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público".

"1.10. Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la

finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. (Se subraya y se destaca)

170. En relación con dicho principios, lo primero que debe tenerse presente es que, conforme al principio de especialidad, la LCAE prevalece sobre la LPAG. En efecto, el artículo 4° de la LCAE señala lo siguiente:

"Especialidad de la Norma

"Artículo 4°.- La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fueran aplicables"

171. De esta manera, los principios mencionados (contenidos en una norma general y supletoria como la LPAG) no resultan de aplicación cuando otra norma especial (*lex specialis, derogat lex generalis*), como la LCAE, contiene una regulación expresa, con un mandato formal concreto: de que la respuesta a la liquidación por parte de la Entidad se efectúa a través de resolución o acuerdo.

172. Ahora bien, aun aplicando la LPAG, debe considerarse en primer lugar que ésta contiene como principio rector el de legalidad. Así, el artículo IV de la LPAG señala lo siguiente:

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

"1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho.

dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas." (Se destaca)

173. De esta manera, como ya se precisó, si la *lex specialis* (en este caso la LCAE), impone un modo de emitir el pronunciamiento sobre la liquidación (en este caso mediante "Resolución o Acuerdo"), la Entidad (en este caso PNSU), conforme al principio de legalidad, está obligada a adoptar el pronunciamiento del modo señalado por la ley aplicable.

174. Por otra parte, en cuanto al principio del informalismo debe destacarse que el mismo sólo puede operar a favor del administrado. En efecto, el profesor Juan Carlos Morón³⁷ señala:

"Como se aprecia de su propio texto, el principio aplica exclusivamente a favor del administrado, de tal modo, que solo es éste quien puede invocar para sí el carácter innecesario de las formas, en tanto y en cuanto que así se lo beneficie, y no puede ser asumido por la Administración para dejar de cumplir las prescripciones del orden jurídico o evitar las reglas del debido proceso (...)"

175. Por consiguiente, es claro que del principio del informalismo no se puede deducir que la administración pueda dejar de observar una formalidad e invocar el acto así realizado.

176. Ahora bien, en los párrafos 68 y 69 de su Contestación, el PNSU defendió la aplicación del principio de eficacia del procedimiento administrativo, el cual se encuentra regulado en el artículo IV.1.10 de la LPAG. En el párrafo 69 de su Contestación, el PNSU señala lo siguiente:

³⁷ Morón Urbina, Juan Carlos; Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General; Gaceta Jurídica; 8a Edición, Lima, 2009, p. 74

"69. La aplicabilidad y pertinencia del Principio de Eficacia al presente caso es rotunda. Como hemos acreditado rigurosamente, el hecho que la liquidación del PNSU lleve el rótulo de Oficio no cambia su naturaleza resolutoria, ni la finalidad del acto. Se trata simplemente de una etiqueta no esencial, que no determina ningún aspecto importante en la decisión administrativa que contiene ni modifica la finalidad pública de la misma."

177. A este respecto debe observarse que de conformidad con el artículo IV.1.10 de la LPAG, la aplicación del principio de eficacia alude a aquellas formalidades que no incidan en la validez del acto, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. Para el Tribunal Arbitral es claro que la decisión del legislador acerca de la forma del acto que debe revestir una determinada decisión influye en su validez, además que la forma va acompañada de otros elementos que buscan garantizar los derechos de los administrados, como es la revisión por otras instancias administrativas dentro de la Entidad.

178. Partiendo de la base que el pronunciamiento sobre la liquidación debía hacerse por Resolución o Acuerdo debe señalarse que en el caso que se analiza, la máxima autoridad de PNSU (su Director Ejecutivo) era quien debía pronunciarse y él sí podía emitir resoluciones directorales, por preverlo así el Manual de dicha Entidad. Tan podía el Director Ejecutivo del PNSU emitir resoluciones directorales, que en el expediente³⁸ obran algunas resoluciones directorales del citado PNSU (o su antecesor, el

³⁸ Anexos DE-11 y DE-12 que también son Anexos A-17 y A-18 de las pruebas aportadas por NK-OIST.

PAPT³⁹) en las que el Director Ejecutivo emitió resoluciones (no oficios) pronunciándose sobre las liquidaciones de los contratistas.

179. Cabe con todo examinar si las opiniones del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE y Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE alteran dicha conclusión.

180. En este punto debe observarse que bajo la LCAE⁴⁰, las resoluciones y pronunciamientos del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en las materias de su competencia, tienen validez y autoridad administrativa siendo ellas de cumplimiento obligatorio.

181. Por otro lado, bajo la Ley de Contrataciones del Estado⁴¹, las Opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, como organismo técnico especializado encargado de promover el cumplimiento de la normativa de Contrataciones del Estado peruano a través de la Dirección Técnico Normativa, tienen carácter vinculante y lo conservarán mientras no sea modificado mediante otra Opinión posterior, debidamente sustentada o por norma legal.

182. La importancia de recurrir a tales Opiniones se basa en el hecho que constituyen fuente de interpretación de la normativa de contrataciones con el Estado a partir de consultas de los usuarios, así mismo brindan criterios en supuestos ambiguos u oscuros de la normativa. Son pues una fuente confiable de análisis para un Tribunal Arbitral. En el presente caso, de acuerdo a lo que se corrobora en el expediente arbitral, el Consorcio citó y desarrolló la

³⁹ Programa Agua para Todos.

⁴⁰ Artículo 59° de la LCAE

⁴¹ Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Opinión N° 029-2015 en su memorial de Demanda⁴²; mientras que el PNSU citó y desarrolló la Opinión N° 119-2005 en su memorial de contestación de demanda y reconvención⁴³; por lo que, se concluye que las partes han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las referidas Opiniones.

183. En este sentido, se aprecia que en su Demanda la Demandante hizo referencia a la Opinión N° 029-2015/DTN en la cual se indica que "El funcionario a quien se haya delegado la facultad de pronunciarse sobre una liquidación de un contrato de consultoría o ejecución de obra, en principio, lo hará mediante una resolución o acuerdo (...)"⁴⁴. En este mismo contexto se hará referencia a la Opinión N° 119-2005/GTN emitida el 4 de noviembre de 2005, año en el cual se encontraba vigente la LCAE; por lo que, se entiende que dicha Opinión interpreta el artículo 43° de la LCAE aplicable al caso que se analiza.

184. La Opinión N° 119-2005-GTN analiza un supuesto que es el siguiente:

"Ahora bien, cabe indicar que, conforme a la distribución de atribuciones y competencias resultantes de la organización interna de la Entidad, es posible que la autoridad, órgano o funcionario competente para efectuar la liquidación del contrato, no emita los actos administrativos propios de su función a través de un Acuerdo o Resolución. En tal sentido, para que el acto de liquidación del contrato sea emitido de acuerdo a la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado deber haberse realizado de acuerdo a la forma en la que la autoridad, órgano o funcionario competente emite los actos administrativos propios de su función; por lo tanto, el acto de liquidación no será efectuado necesariamente mediante Acuerdo o Resolución". (Se subraya)

⁴² Página 27 del Memorial de Demanda.

⁴³ Página 19 del Memorial de Contestación de Demanda.

⁴⁴ Párrafo III.28 de la Demanda.

185. De la Opinión citada se desprende que en ciertos casos los pronunciamientos sobre la liquidación pueden ser emitidos por actos administrativos diferentes a una Resolución o Acuerdo, pues pueden ser proferidos por funcionarios a través de actos administrativos propios de su función, tales como Oficio u otro acto administrativo. Pero nótase que la Opinión solo se refiere a aquellos funcionarios que aprueban liquidaciones de contratos y que no emitan resoluciones o acuerdos. La Opinión no alcanza a los funcionarios que aprueban liquidaciones de contratos y que sí emiten resoluciones o a los órganos colegiados que emiten acuerdos.

186. Ahora cabe analizar si en el presente caso, las observaciones a la liquidación fueron emitidas por funcionario a través de actos administrativos propios de su función. En efecto, de acuerdo con el supuesto que se analiza, si el funcionario no emite los actos propios de su función mediante Resoluciones ni Acuerdos, entonces deberá pronunciarse sobre la liquidación mediante los actos administrativos propios de sus funciones.

187. En el presente proceso arbitral se ha determinado que el Director Ejecutivo del PNSU emite los actos propios de su función a través de Resoluciones Directorales, pues así lo prevé el Manual de Operaciones de la Entidad (Anexo A-15) ; por lo que, el Director Ejecutivo del PNSU debió pronunciarse a través de una Resolución Directoral. Por consiguiente, el supuesto dado por la Opinión N° 119-2005-GTN no se ajusta a los hechos del presente proceso.

188. Por otro lado, la Opinión N° 029-2015/DTN establece otro supuesto, el de delegación de facultades⁴⁵. Esta Opinión interpreta el artículo 42° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada

⁴⁵ Citada por la Demandante en su Demanda, párrafo III.28,

mediante Decreto Legislativo N° 1017, y los artículos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

189. Aunque esta Opinión interpreta una Ley sobre contrataciones que no se aplica al caso arbitral, pero es importante tener en cuenta lo que señala pues analiza los artículos referidos a la liquidación, su procedimiento y plazos, materia del presente proceso, pues el texto es similar al artículo de la LCAE vinculado a este arbitraje.

190. La Opinión N° 029-2015/DTN empieza por señalar que:

"El segundo párrafo del artículo 42 de la Ley establece que el contratista elaborará la liquidación de los contratos de consultoría o ejecución de obras y la presentará a la Entidad para que esta se pronuncie en el plazo máximo fijado por el Reglamento, bajo responsabilidad; precisando que, en caso la Entidad no emita (...) resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales". (Se subraya)

191. Como se aprecia, tanto para el caso de consultoría como de ejecución de obras, la Ley de Contrataciones del Estado establece que una vez presentada la liquidación del Contrato, la Entidad debe emitir y notificar su pronunciamiento al contratista. Se señala en la Ley que dicho pronunciamiento debe ser realizado a través de una resolución o acuerdo debidamente fundamentado.

192. Ahora bien, en materia de delegación la Opinión señala que:

"El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, las funciones de su competencia, con excepción de "(...) la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y

las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento".

"De los artículos precedentes se concluye que la Ley de Contrataciones prevé que el Titular de la Entidad pueda delegar parte de sus funciones bajo algunas condiciones: i) mediante Resolución y ii) en los supuestos en que la ley no lo prohíba como en el caso de aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento.

"En tanto el pronunciamiento sobre liquidaciones no se encuentra dentro de los supuestos en los que se encuentra prohibida la delegación, el Titular de la Entidad puede delegar en otro funcionario la función de emitir pronunciamiento sobre la liquidación de un contrato de consultoría o ejecución de obra.

"En consecuencia, el pronunciamiento de la Entidad sobre la liquidación de un contrato de consultoría o ejecución de obra debe realizarse expresa y formalmente, a través del Titular de la Entidad o del funcionario a quien este haya delegado tal facultad."

193. Esta Opinión igualmente expresa que:

"El funcionario a quien se le haya delegado la facultad de pronunciarse sobre la liquidación de un contrato de consultoría o ejecución de obra, en principio, lo hará mediante una resolución o acuerdo; no obstante, cuando dicho funcionario no emita los actos -administrativos propios de su función a través de resoluciones o acuerdos, podrá hacerlo mediante un documento que reúna los requisitos previstos en el artículo 3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General". (Se destaca)

194. Vale la pena destacar de la Opinión N° 029-2015/DTN del OSCE, la relevancia jurídica de que el pronunciamiento de la Entidad sobre la liquidación sea emitido por Resolución o Acuerdo. Lo manifiesta el OSCE para funcionarios cuya competencia es originaria (no por delegación) e, incluso, lo señala para cuando exista delegación, permitiendo solo sustraerse de la obligación de que dicho pronunciamiento sea a través de resolución o acuerdo, cuando el funcionario delegado no emita resoluciones o acuerdos. En resumidas cuentas, no pronunciarse a través de "Resolución o Acuerdo" es la excepción (que, además, solo aplica a funcionarios delegados, que no es el caso), no la regla general. Y cuando la autoridad sí pueda emitir "resoluciones o acuerdos", como es el caso que se analiza, entonces, tendrá que usar estos instrumentos para responder sobre la liquidación.

195. Analizado el caso concreto, se tiene que en el presente caso el Oficio N° 4247 fue firmado por el Director Ejecutivo encargado, por lo que no existe delegación de facultades, por consiguiente, el pronunciamiento de la Entidad debió realizarse mediante Resolución o Acuerdo. De esta manera, en casos como el que se examina no existe otro supuesto en que la Entidad pueda pronunciarse a través de un Oficio u otro administrativo válidamente, pues los casos permitidos por las Opiniones no calzan en los hechos del presente caso.

196. Se concluye entonces que la forma establecida por la LCAE debió ser cumplida por el PNSU, Entidad que debió pronunciarse a través de una Resolución, tal como señala el artículo 43° de la LCAE.

197. Por otra parte debe examinarse si la decisión de la Demandada estuvo adecuadamente motivada. Como ya se vio, las partes discrepan sobre el punto. Expresa el Consorcio, en su memorial de

demanda, que en el Oficio N° 4247 "no se llegó a explicar ni fundamentar con documentación y pruebas o anexos las razones detrás de ese deseo (del de observar la liquidación propuesta por EL CONSORCIO)"⁴⁶. Para sustentar ello en su Demanda, el Consorcio coloca unos ejemplos en los que, a su criterio, se evidencia una insuficiente motivación de PNSU en sus reclamos⁴⁷.

198. Por su parte, el PNSU, en su memorial de contestación de demanda y reconvencción, sostiene que el Oficio N° 4247 tuvo 11 páginas y estuvo acompañado de pruebas. Además, agrega que motivar es fundamentar, no siendo necesario adjuntar documentos⁴⁸.

199. Sobre el particular considera el Tribunal Arbitral:

200. En primer lugar, las Partes debaten acerca de si el Oficio N° 4247 tuvo como adjuntos las 151 páginas que refiere el PNSU. El Consorcio sostiene que solo recibió algunos pocos adjuntos⁴⁹ y a tal efecto expresa:

"43. La razón por la cual el Consorcio no ha hecho referencia al "voluminoso anexo" del Oficio, es sencilla, es que el frondoso anexo al que hace referencia el PNSU no fue notificado de manera completa con el Oficio, siendo solo remitidos los folios N° 12, N° 149, N° 150 y N° 151 tal y como se puede apreciar en el Anexo A-10 de nuestro Memorial de Demanda."

201. Sobre el particular advierte el Tribunal Arbitral que en el Oficio N° 4247 se señala que "se anexa la Liquidación" y según el texto que acompaña el Demandante (Anexo A-10) se anexaron cuatro folios. Si bien los documentos anexos tienen una foliación que termina en

⁴⁶ Demanda, página 29, párrafo III.37.

⁴⁷ Demanda, página 29 a 32, párrafo III.38.

⁴⁸ Contestación, páginas 24 y 26, párrafos 58 y 62, respectivamente.

⁴⁹ Contestación a la Reconvencción, página 22, párrafo 43.

el N° 151, ello no permite afirmar con certeza que el Consorcio recibió la totalidad del anexo. En este punto debe observarse que quien tiene a su cargo la obligación de cumplir con una obligación debe acreditar que lo hizo. Por consiguiente, es a la Entidad a la que le correspondía demostrar que los anexos se habían entregado completos y si subsiste una duda ella debe asumir las consecuencias.

202. En cuanto al alcance de la motivación de un acto administrativo el artículo 6° de la LPAG señala:

"Artículo 6. Motivación del acto administrativo.

"6.1. La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados y relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia a los anteriores justifican el acto adoptado..." (Se destaca)

203. Desde este punto de vista, el Tribunal Arbitral considera que realmente el Oficio N° 4247 se encuentra motivado, pues en él se expresan las razones por las cuales se objeta la liquidación presentada por el Consorcio, tanto en lo que respecta al recalcular de valorizaciones, para lo cual se procede a calcular valorización por valorización, como en cuanto a las penalidades en que se indica la demora de cada Informe, como en los daños y perjuicios. Sin duda, si se hubiera entregado el anexo completo, el Consorcio habría recibido la totalidad de la información, pero en todo caso, con lo que recibió eran claras las razones por las cuales se objetaba la liquidación.

204. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que la indebida o insuficiente motivación no ha sido un vicio del Oficio N° 4247.

205. Ahora bien, si bien es verdad que la motivación no fue un vicio del Oficio 4247, también es cierto que, como se motivó detalladamente líneas arriba, este Oficio, por ser tal, y no ser una resolución o acuerdo ha incumplido el principio de legalidad y el artículo 43° de la LCAE, razón por la cual, carece de efectos jurídicos.

206. Es así que, a la luz del artículo 43° de la LCAE concluye el Tribunal Arbitral que no se emitió Resolución o Acuerdo para objetar la liquidación, de manera que corresponde aplicar la consecuencia jurídica prevista por la norma, es decir, que *"la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales"*.

207. Por los argumentos antes expuestos, se concluye que la liquidación presentada por el Consorcio a través de su Carta N° 147 del 12 de noviembre de 2012 debe considerarse aprobada por aplicación del silencio administrativo positivo consagrado en el artículo 43° de la LCAE, en la medida en que no fue objetada con el lleno de los requisitos previstos por la ley

208. Ahora bien, en la primera pretensión de la Demanda se solicita que como consecuencia de la aprobación de la liquidación del Contrato se ordene al PNSU el pago de la suma correspondiente al saldo a su favor de US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos).

209. A este respecto se observa que durante el proceso la Entidad Demandada expresó,⁵⁰

"El PNSU reconoce como válida la suma de USD 29,749.40 más IGV correspondiente a la última valorización del Contrato, objeto de la Primera Pretensión."

⁵⁰ Alegatos Post Audiencia del PNSU, página 6, párrafo número 6.

210. Respecto al Impuesto General a las Ventas (IGV) que solicita el Consorcio, debemos empezar por señalar que el Impuesto General a las Ventas es un impuesto que grava las ventas realizadas en el país, las prestaciones de servicios, los contratos de construcción, entre otros supuestos, impuesto que es pagado por el consumidor final y declarado por el vendedor. El numeral 9.1 del Contrato estableció que la cantidad a pagar al Consorcio por los servicios será de ¥ 305'120,354.00 (Trescientos cinco millones ciento veinte mil trescientos cincuenta y cuatro con 00/100 Yenes Japoneses) y US\$ 8'167,564.00 (Ocho millones ciento sesenta y siete quinientos sesenta y cuatro con 00/100 Dólares Americanos) sin IGV. Es decir, el Consorcio recibiría un importe neto y al que le corresponde pagar el IGV es al PNSU. Por esta razón, ya que el Tribunal Arbitral ha ordenado que el PNSU debe pagar al Consorcio la suma US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos) y estando a que de acuerdo al numeral 9.1 del Contrato es el PNSU quien paga el IGV, corresponde reconocer adicionalmente el IGV a favor del Consorcio. Lo anterior es precisamente la interpretación que le da la Demandada, pues al reconocer en sus Alegatos Post Audiencia como válida la última valoración en la suma de USD 29,749.40 le agrega el valor del IGV. En este sentido, el Tribunal Arbitral precisa que adicionalmente a la suma de US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos) reconocidos corresponde reconocer por concepto de IGV a favor del Consorcio – que de acuerdo al artículo 17° de la Ley del Impuesto General a las Ventas es el 18% del monto reconocido- la suma de US\$ 5,354.89 (Cinco mil trescientos cincuenta y cuatro con 89/100 Dólares Americanos). El Tribunal Arbitral precisa que los US\$ 5,354.89 (Cinco mil trescientos cincuenta y cuatro con 89/100 Dólares Americanos) es el 18% de US\$ 29,749.40

(Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos).

10.1.1.4 Conclusión

211. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral resuelve declarar fundada la primera pretensión de la demanda interpuesta por el Consorcio, por lo que en aplicación del artículo 43° de la LCAE, se entiende aprobada la liquidación del Contrato del Consorcio presentada el 12 de noviembre de 2012, y, en consecuencia, se ordena al PNSU el pago al Consorcio de US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos) más IGV.

212. En concordancia con lo anterior, la primera pretensión de la Reconvención es declarada infundada.

10.1.2 Segunda pretensión principal de la Demanda y pretensión B. de la Reconvención

213. En la segunda pretensión de la Demanda se solicitó:

"Segunda Pretensión:

"Que el Tribunal Arbitral ordene la emisión y entrega al Consorcio del certificado de conformidad de servicios del Contrato."

214. En la pretensión B. de la Reconvención se pidió:

"B. Que el Tribunal Arbitral declare la existencia de penalidades imputables al demandante derivadas del contrato, por la suma de USD 3'591.602.34 (Tres millones quinientos noventa y un mil seiscientos dos con 34/100 dólares americanos) y ¥ 54'788.565 (Cincuenta y cuatro mil setecientos ochenta y ocho mil quinientos sesenta y cinco con 00/100 yenes japoneses); y en consecuencia,

ordene al demandante el pago de la penalidad máxima aplicable al Contrato por USD 1'509.076.44 (Un millón quinientos nueve mil setenta y seis con 44/100 dólares americanos) y ¥ 23'020.405.00 (Veintitrés millones veinte mil cuatrocientos cinco con 00/100 yenes japoneses), conforme a lo establecido en la cláusula 9.5.1 del Contrato, más intereses."

10.1.2.1 Posiciones de las Partes

10.1.2.1.1 Posición de la Demandante

215. De acuerdo a su memorial de demanda, el Consorcio se fundamenta en el artículo 84° del Reglamento de la LCAE que señala⁵¹:

"Artículo 84°.- Certificado de prestación:

"La entidad otorgará de oficio al Contratista un Certificado de la Prestación, sin necesidad de esperar la liquidación del contrato. Solo podrá diferir la entrega del Certificado en los casos en que hubieren multas, penalidades u observaciones hasta que sean absueltas o canceladas".

216. El Consorcio señala que el artículo 84° del Reglamento de la LCAE expresa que sólo se podría diferir la entrega del certificado en los casos en que existiesen multas, penalidades u observaciones hasta que sean absueltas o canceladas; sin embargo, en el presente caso, señala que de los hechos no se desprende que existan multas, penalidades u observaciones que hayan quedado pendientes como para que estas puedan afectar o diferir la entrega del certificado de prestación. En este sentido, afirma el Consorcio que el PNSU incumplió lo dispuesto en el Reglamento y no emitió el certificado de prestación cuando

⁵¹ Párrafos III.56 y III.57 de la Demanda

correspondía hacerlo, toda vez que la liquidación presentada por el Consorcio quedó aprobada desde el 21 de diciembre de 2012, pues la aplicación de penalidades y observaciones señaladas mediante Oficio de ninguna manera constituye un acto administrativo válido conforme a los argumentos expuestos en el presente proceso.

217. Respecto a las penalidades y observaciones que el PNSU afirma incurrió el Consorcio, éste señala que la penalidad que supuestamente cometió fue la demora en la entrega de los informes de los 5 lotes que conforman el proyecto.

218. Expresa que conforme se puede observar, el PNSU penaliza sin presentar pruebas y por un documento carente de formalidad y que además, no cuenta con la fundamentación mínima de sus afirmaciones, lo que atenta contra el principio al debido procedimiento, el cual establece el derecho de los administrados a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

219. Agrega que la Cláusula 9.5.1 del Contrato estableció que si el Consorcio registraba retrasos injustificados en la presentación de informes establecidos en el Apéndice 1 del Contrato entonces incurriría automáticamente en mora. Desde este punto de vista advierte que el PNSU no ha probado durante todo el arbitraje que exista algún retraso no justificado por parte del Consorcio. En cambio, el Consorcio sí ha probado que de haber existido algún retraso, estos fueron justificados.

220. Por otro lado, el Consorcio cuestiona el actuar de mala fe del PNSU, pues afirma que los lotes del proyecto fueron finalizados, se emitieron los certificados de recepción provisional y del servicio de

consultoría⁵², fueron recibidos en funcionamiento y fueron pagados por el PNSU sin que dicha parte haya realizado observaciones.

221. Acota el Consorcio, que este comportamiento no es acorde con el actuar coherente que debería tener toda Entidad y atenta contra sus actos propios.

222. En esta línea, el Consorcio señala que incluso si hubieran existido penalidades por los retrasos en la presentación de los informes, el PNSU tenía que deducirlas del monto de las siguientes facturas, tal como el numeral 9.5 del Contrato lo señala y no esperar más de cinco años para que con las observaciones a la liquidación se informen sobre las penalidades.

223. Agrega el Consorcio que de acuerdo con el literal c) de la Cláusula 9.4.2 del Contrato todos los pagos realizados por el PNSU, estarían sujetos al procedimiento establecido por el JICA en el Contrato de Préstamo PE-P25. Por ello, el PNSU debía emitir -y emitió- certificados de ejecución (Statement of Performance) tanto para (i) la aprobación de valorizaciones como para la aprobación de (ii) informes mensuales de conformidad para la aprobación del informe del Consultor y autorización de los pagos.

224. Agrega que el procedimiento establecido en el Contrato de Préstamo PE-P25 para que el JICA realice un desembolso para retribuir al Consultor por el trabajo prestado, involucraba la suscripción y presentación al JICA por el PNSU del formato "TRF". Este formato, era una solicitud formal de desembolso, el cual literalmente debía expresar que *"b) los bienes y servicios adquiridos a través de estos gastos se han proporcionado de conformidad con los procedimientos de adquisición aplicables"*

⁵² De acuerdo a lo señalado por el Consorcio tanto cuando se concluyeron los lotes como cuando se emitieron los certificado de Recepción provisional y de servicio de consultoría, el PNSU no precisó ni informó de la existencia de penalidades o inconformidades en ese momento y tampoco informó que se iba a aplicar alguna penalidad posteriormente

acordados con el Fondo de conformidad con el Contrato de Préstamo y el costo de los términos de compra del mismo son razonables." Señala que en cumplimiento del Contrato y el Contrato de Préstamo PE-P25, el PNSU hizo esta representación innumerables veces. Es decir, emitió, declaró y ratificó lo dicho documentalmente y luego con el pago, una vez más, de forma indubitable expresó su conformidad con los servicios prestados por el Consorcio.

225. Expresa que la conformidad por parte del PNSU a los servicios brindados por el Consorcio ha quedado probada a través de los 432 certificados mensuales presentados en su Contestación a la Reconvención (Anexo A-23). Agrega que con la emisión de los certificados por parte del PNSU se generó en el Consorcio una confianza legítima de que las prestaciones de su servicio habían sido correctamente ejecutadas⁵³.

226. Agrega que la Ing. Vilma Solís⁵⁴ en la Audiencia expresó que en su opinión correspondía la aplicación de penalidades, pero que el PNSU no las aplicó de acuerdo con el Contrato *"dado que las penalidades sobrepasaban a las valorizaciones"*. Es decir, el PNSU conscientemente había decidido seguir representando conformidades hasta el final de la supervisión y sólo entonces aplicar las penalidades y volver a revisar las valorizaciones. Declaró además, ante la pregunta del árbitro Carlos Alberto Soto Coaguila sobre si había informado que la aplicación de penalidades o descuentos sería realizados al final del Contrato, que *"no, no hay una comunicación"*.

227. En este sentido, el Consorcio concluye que el Oficio N° 4247 no solo aplica penalidades que de existir debieron ser deducidas de

⁵³ Audiencia del 5 de septiembre 1:11:08, CD N°2.

⁵⁴ Audiencia de Alegatos del 5 de septiembre de 2016, minuto 1:14:41, CD N°2.

las facturas emitidas al Consorcio al mes siguiente de la fecha de entrega de un informe, sino que además no cumple con la formalidad establecida en el artículo 43° de la LCAE.

228. Finalmente y, en consecuencia de lo indicado, el Consorcio señala que el PNSU debe emitir y entregar al Consorcio el certificado de conformidad de servicio del Contrato.

10.1.2.1.2 Posición de la Demandada

229. El PNSU señala que, a pesar de haber otorgado certificados de recepción provisional y de servicio de consultoría, no ha podido entregar el certificado de conformidad final de servicios dado que por Ley -específicamente por el artículo 84° del Reglamento de la LCAE- se encuentra imposibilitado de hacerlo, pues a la fecha se encuentra pendiente la controversia respecto de penalidades por retrasos del Consorcio.

230. Respecto a los actos propios, señala que la doctrina de los actos propios es concebida como un recurso excepcional y requiere de tres componentes:

- La existencia de una conducta idónea que de manera concluyente e inequívoca defina una determinada situación jurídica,
- La realización de una segunda conducta inconsistente con la primera
- La existencia de un perjuicio en quien confió en la primera conducta.

231. Prosigue en afirmar que en el presente caso no existió una conducta idónea de PNSU que pudiera crear en el Consorcio una expectativa o confianza en obtener el certificado de prestación final.

232. El PNSU afirma que existen dos categorías de certificados:

- Certificados de ejecución que surgen con la presentación de una valorización.
- Certificados de conformidad que determinan la aprobación de los informes.

233. Señala el PNSU que la conformidad obedece a una constatación de que los informes o subsanaciones cumplen con las especificaciones del servicio contratado - en base a ello la Entidad determinará si corresponde o no aprobarlos - por lo que ninguno de los certificados determinó una renuncia por parte del PNSU de las penalidades que correspondía por los retrasos en la presentación de informes.

234. En consecuencia, la doctrina de los actos propios es inaplicable pues de ninguna forma los actos emitidos por el PNSU eran idóneos para crear confianza en el Consorcio.

235. Agrega el PNSU, que la Demandante intenta sostener que los certificados le habrían dado la confianza de entregar informes y subsanaciones fuera de plazo pues estos no serían penalizados. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que a la fecha en que dichos certificados fueron emitidos, todas las penalidades ya se habían producido y que correspondía oponerlas en la etapa respectiva: el cierre de cuentas de la liquidación.

236. Expresa que el hecho que el PNSU aplicara las penalidades en la liquidación no generó una afectación indebida al Consorcio pues al momento en que incurrió en los retrasos, no estaba siquiera enterado que le serían entregados Certificados de Cumplimiento.

237. Señala que el hecho que el PNSU no haya descontado las penalidades de las valorizaciones mensuales del Consorcio no puede interpretarse como que generó en él una expectativa de permisividad o clemencia futura. Esto es así porque la oportunidad

para aplicar las penalidades pudo ser al mes siguiente de cada informe, pero ello no eliminó el derecho del PNSU a aplicarlas en la etapa de cierre de cuentas y cálculo de saldos, es decir, en la liquidación, conforme ha sido establecido por el propio Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado — OSCE en diversos informes en los que califica a la liquidación como el acto de cierre formal y ajuste final de cuentas.⁵⁵

238. Agrega que cada uno de los descargos del Consorcio ha sido sistemáticamente absuelto por el PNSU en la Dúplica del Demandado.

10.1.2.2 Consideraciones del Tribunal Arbitral

239. El artículo 84° del RLCAE señala:

"Artículo 84.- Certificado de Prestación

La Entidad otorgará de oficio al Contratista un Certificado de la Prestación, sin necesidad de esperar la liquidación del contrato. Sólo podrá diferir la entrega del Certificado en los casos en que hubieren multas, penalidades u observaciones hasta que sean absueltas o canceladas". (Se resalta)

240. El artículo que se analiza es muy claro en su redacción, si bien es cierto que por regla general el PNSU debería haber emitido el certificado de la prestación sin esperar la liquidación del Contrato, al existir penalidades u observaciones que no fueron absueltas y se encuentran en controversia en el presente proceso, el PNSU no podía emitir dichos certificados sin caer en responsabilidad.

241. Ahora, el Tribunal Arbitral ha declarado fundada la primera pretensión de la demanda; en consecuencia, se entiende aprobada la liquidación del Contrato presentada por el Consorcio el 12 de

⁵⁵Contestación y Reconvención del PNSU, parra. 44

noviembre de 2012 y se ordena al PNSU pagar al Consorcio el saldo a su favor que indica la liquidación; por lo que, se entiende y se deriva por un razonamiento lógico que la liquidación fue aprobada tal cual como fue presentada y no hubo observaciones contra la liquidación; es decir, el PNSU no comunicó ninguna penalidad al Consorcio por lo que todo reclamo sobre las penalidades por el retraso de los informes no puede tener consecuencias jurídicas. Si se considera que fue el Oficio N° 4247 el acto administrativo por el cual el PNSU comunicó por única y primera vez las penalidades y que dicho Oficio N° 4247 no era el acto idóneo para formular observaciones a la liquidación, se tiene que no cabe discusión ni análisis sobre las penalidades, ni si existió o no demoras en la entrega de los informes.

242. En este sentido si no existieron multas, observaciones o penalidades no absueltas ni pendientes de pago, entonces el PNSU debe emitir el certificado de conformidad de servicios del Contrato de consultoría al Consorcio.

243. En todo caso, y para mayor claridad teniendo en cuenta la pretensión A de la Reconvención, el Tribunal Arbitral se pronunciará sobre si el PNSU siguió el procedimiento y los plazos señalados en la Ley y el Contrato para aplicar penalidades.

244. El artículo 41° de la LCAE señala que las penalidades serán establecidas en el Reglamento de la LCAE. En este sentido, el artículo 82° del Reglamento de la LCAE dispone que a falta de estipulación expresa en los Contratos sobre las penalidades se consideraran incorporadas en todos los contratos las que señala el mismo artículo. Sin embargo, el Contrato regula expresamente las penalidades en su numeral 9.5 y a tal propósito dispone:

**Penalidades*

"9.5.1 Si el CONSULTOR registrara retrasos injustificados en la presentación de los Informes establecidos en el Apéndice I de este CONTRATO, excepto las causales previstas en la cláusula 5.7, incurrirá automáticamente en mora y se le aplicará una penalidad, sobre el Monto del CONTRATO, a razón de 7/10000 (siete por diez mil) por cada día de atraso de entrega del Informe respectivo. En ningún caso el monto acumulado de las penalidades excederá el 10% del Monto Total del CONTRATO.

"..."

"9.5.3. El PRONAP hará efectiva la multa, deduciéndola del monto de la factura siguiente que emita el CONSULTOR".

245. Como se puede apreciar, el numeral 9.5.3 del Contrato no establece que el PNSU deba comunicar la existencia o aplicación de penalidades; sin embargo, no es este el aspecto que debe analizar el Tribunal Arbitral, sino la obligación de la Entidad de deducir la penalidad del monto de la siguiente factura que emita el Consorcio.

246. En este sentido, de haber habido penalidades que aplicar el PNSU debió deducir la penalidad en la siguiente factura que presentó el Consorcio, lo que no ocurrió, pues es un hecho no controvertido por las partes que el PNSU pagó todas las valorizaciones sin deducción de penalidad alguna; en consecuencia, la aplicación y posible deducción de las penalidades el 21 de diciembre de 2012 resulta fuera del plazo señalado en el Contrato.

247. Este tema, en rigor, ya fue resuelto a través de la Primera Pretensión Principal en virtud de la cual se declara la ineficacia jurídica del Oficio N° 4247 y, por tanto, se declara la ineficacia legal de cualquier pretendida penalidad contenido en él. Sin perjuicio de

ello, es menester mencionar que, a juicio del Tribunal es bastante relevante el hecho que PNSU no haya deducido ninguna penalidad al Consorcio en las valorizaciones, pues creó la legítima expectativa y razonable confianza (en el marco del principio general de la buena fe contractual) de que sus prestaciones estaban bien ejecutadas y de que no había penalidades por aplicar en su contra. Este cambio repentino y esta ausencia de comunicación abona en favor de la tesis del Consorcio.

248. Por otra parte, es del caso señalar que como se ha acreditado en el proceso, durante la ejecución del Contrato se emitieron certificados de cumplimiento de servicios de consultoría (los que se encuentran en el Anexo A-12 del memorial de demanda) los mismos que prueban el cumplimiento de las obligaciones del Consorcio y la verificación por parte del PNSU de cada una de las valorizaciones presentadas por el Consorcio, pues una vez que el PNSU emitía dicho certificado autorizaba el pago de la valorización correspondiente.

249. El Consorcio manifiesta que el PNSU emitió tantos certificados como valorizaciones se produjeron en el Contrato y que la emisión de ellos no solo era un acto formal sino que implicaba la verificación del PNSU de cada valorización para después pagarlas. Cada constancia de cumplimiento de servicios de consultoría significaba que no existían observaciones pendientes al avance de obra.

250. Como lo señala el PNSU⁵⁶ la naturaleza de los certificados es *"declarar que el entregable cumplió con las especificaciones del servicio contratado, por lo que corresponde aprobarlo"* pues de acuerdo a lo señalado en el numeral 9.4.2 de la Adenda N° 2⁵⁷ sólo

⁵⁶ Página 20 del memorial de duplica del Demandado

⁵⁷ Anexos A-4 y D-014

se emite la conformidad cuando el PNSU ha verificado que los informes o subsanaciones cumplen con las especificaciones técnicas contratadas. En efecto, dispone la Adenda N° 2:

"Los pagos de valorizaciones mensuales al CONSULTOR serán autorizados por el PARSSA (ex PRONAP) de la siguiente manera: PARSSA (ex PRONAP) en cumplimiento del procedimiento de compromiso acordado con JBIC, emitirá el certificado de ejecución (Statement of Performance) contra la presentación de las valorizaciones mensuales por parte del CONSULTOR.

"Para autorizar los pagos correspondientes a los meses en los cuales el CONSULTOR, está obligado de presentar informes, definidos en Anexo C — 3.6 Alcance, tipo, oportunidad y número de los informes a ser presentados por el Consultor-, El PARSSA (ex PRONAP) emitirá además del Certificado de Ejecución. Un Informe de conformidad el cual determinará la aprobación del informe presentado el mes correspondiente como definido en la cláusula 9.3." (Se subraya y se destaca)

251. Así mismo, dispone la cláusula 9.6 del Contrato:

"9.6 Conformidad a los Informes del Consultor

"Los pagos al CONSULTOR correspondientes a los meses en los cuales el "CONSULTOR está obligado de presentar informes según el Anexo C — 3.6 Alcance, tipo, oportunidad y número de los Informes a ser presentados por el Consultor-, se harán contra la presentación de un Informe de conformidad emitido por el PARSSA (ex PRONAP), el mismo que determinará la aprobación del Informe del CONSULTOR." (Se subraya y se destaca)

252. El Tribunal Arbitral observa que las partes no tienen posiciones contrarias respecto de la naturaleza de cada constancia de

cumplimiento de servicios de consultoría y que ninguna de ellas ni la Entidad ha negado la emisión de las mismas durante toda la ejecución del Contrato. Por lo tanto, de acuerdo al numeral 9.4.2. del Contrato, la emisión de las constancias de cumplimiento de servicios de consultoría significó la manifestación de voluntad de la Entidad de conformidad del servicio brindado y la autorización del pago de la valorización correspondiente, lo que lleva a concluir que las prestaciones y obligaciones del Consorcio han sido cumplidas por el Consorcio.

253. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral resuelve declarar fundada la segunda pretensión de la demanda interpuesta por el Consorcio; y, en consecuencia, ordena al PNSU emitir y entregar al Consorcio el Certificado de Conformidad de Servicios del Contrato.

254. Consecuentemente, y en línea con lo decidido al resolver la Primera Pretensión de la Demanda y la Primera Pretensión de la Reconvención, el Tribunal Arbitral declara infundada la pretensión B de la Reconvención del PNSU, en cuanto solicita que el Tribunal Arbitral declare la existencia de penalidades imputables a la Demandante derivadas del Contrato, por la suma de US\$ 3'591,602.34 (Tres millones quinientos noventa y un mil seiscientos dos con 34/100 Dólares Americanos) y ¥ 54 788 565.00 (Cincuenta y cuatro millones setecientos ochenta y ocho mil quinientos sesenta y cinco con 00/100 Yenes Japoneses); y, en consecuencia, ordene a la Demandante el pago de la penalidad máxima aplicable al Contrato por US\$ 1'509,076.44 (Un millón quinientos nueve mil setenta y seis con 44/100 Dólares Americanos) y ¥ 23'020,405.00 (Veintitrés millones veinte mil cuatrocientos cinco con 00/100 Yenes Japoneses), conforme a lo establecido en la cláusula 9.5.1 del Contrato, más intereses.

10.1.3 Tercera pretensión de la Demanda y pretensión E. de la Reconvención

255. En la tercera pretensión de la Demanda se solicitó:

"Tercera Pretensión:

"Que se ordene el pago de resarcimiento por la demora del PNSU en pagar la liquidación pese a estar aprobada para todos los efectos legales basada en el costo financiero incurrido por el periodo transcurrido a la fecha contado desde la negativa a pagar, por el monto que determine el Tribunal Arbitral y que ordene la devolución de las Cartas Fianza que se mantienen vigentes por efecto del Contrato. "

256. En la pretensión E. de la Reconvención se solicitó:

"E. Que el Tribunal Arbitral ordene la ejecución de la (sic) Cartas Fianza vigentes en garantía de fiel cumplimiento del Contrato por las sumas de USD 1'527.276.62 (Un millón quinientos veintisiete mil doscientos setenta y seis con 62/100 dólares americanos) y ¥ 24.468.513.00 (Veinticuatro millones cuatrocientos sesenta y ocho mil quinientos trece con 00/100 yenes japoneses) como parte de pago de lo ordenado al Demandante".

10.1.3.1 Posición de las Partes

10.1.3.1.1 Posición de la Demandante

257. El Consorcio, en los párrafos 109 a 124 de su memorial de demanda, afirma que una vez demostrada la aprobación de la liquidación, lo que corresponde es que se le reconozca un resarcimiento por la demora del PNSU en pagar la liquidación ya

que la falta de pago oportuno tuvo como consecuencia diversos costos que fueron soportados por el Consorcio, costos que nunca debieron generarse y mucho menos ser asumidos por el Consorcio. Señala que el costo financiero comprende:

- El costo financiero propiamente dicho y
- Los intereses por demora en el pago del monto de liquidación.

258. Respecto del costo financiero, precisa que como dispone el numeral 9.3 del Contrato, los costos financieros se encuentran referidos a los costos de emisión, renovación y mantenimiento de las cartas fianzas tanto de fiel cumplimiento como por pago adelantado.

259. Agrega que como consecuencia de la actuación ilegal del PNSU, de acuerdo con el numeral 8.3 del Contrato, en caso de una acción negligente o incumplimiento del Contrato por parte de la Entidad, ésta debe indemnizar al Consorcio por los gastos no previstos

260. Reitera que en tanto la liquidación presentada por el Consorcio es válida, la liquidación se encuentra aprobada desde el 21 de diciembre de 2012, fecha en la cual el PNSU tenía que devolver las cartas fianzas entregadas por el Consorcio, de conformidad con las disposiciones contractuales, situación que no sucedió y obligó al Consorcio a la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, costo que fue asumido por el Consorcio para evitar la ejecución de la misma, la aplicación de penalidades y un supuesto de incumplimiento imputable al Consorcio. Advierte que ante la negativa del PNSU de reconocer la aprobación de la liquidación, se corría el riesgo de ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento en caso de que no se renovara.

261. Asimismo, otro riesgo inherente consistía en que el PNSU imputara incumplimiento del Consorcio y procediera con la aplicación de penalidades, infundadas por supuesto, pero que hubiese generado mayores problemas. En este sentido, lo más coherente y diligente era renovar la carta fianza de fiel cumplimiento hasta que la controversia respecto de la aprobación de la liquidación hubiera sido resuelta.

262. Señala entonces que en consideración a la situación anterior, el Consorcio optó por renovar la vigencia de la carta fianza de fiel cumplimiento con un costo que fue asumido enteramente por el Consorcio.

263. El Consorcio al cuantificar el costo financiero expresó que:

- Desde enero 2013 hasta marzo del 2014, los costos de mantener vigente la carta fianza ascendieron a ¥ 6'077,643.00 (Seis millones setenta y siete mil seiscientos cuarenta y tres con 00/100 Yenes Japoneses), tal como lo prueba el anexo A-75.
- Desde abril 2014 hasta marzo de 2015, los costos de mantener vigente la carta fianza ascendieron a ¥ 6'677,268.00 (Seis millones seiscientos setenta y siete mil doscientos sesenta y ocho con 00/100 Yenes Japoneses), tal como lo prueba el anexo A-14.
- Desde abril 2015 hasta setiembre 2015, los costos de mantener vigente la carta fianza ascendieron a ¥ 524,998.00 (Quinientos veinticuatro mil novecientos noventa y ocho con 00/100 Yenes Japoneses), tal como lo prueba el anexo A-76.
- Desde octubre de 2015 hasta diciembre 2016, los costos de mantener vigente la carta fianza ascendieron a ¥ 4'313, 723.00

(Cuatro millones trescientos trece mil setecientos veintitrés con 00/100 Yenes Japoneses), tal como lo prueba el anexo A-77.

264. Por lo anterior precisa el Consorcio que la cuantificación total⁵⁸ desde enero 2013 a diciembre 2016 es ¥ 17'593,723.00 (Diecisiete millones quinientos noventa y tres mil setecientos veintitrés con 00/100 Yenes Japoneses) equivalente a US\$ 159 046.43 (Ciento cincuenta y nueve mil cuarenta y seis con 43/100 Dólares Americanos).

265. Respecto de los intereses por demora en el pago, el Consorcio señala que amparado en el literal b) numeral 9.4.2. del Contrato, el Consorcio tiene derecho a recibir intereses por atrasos en los pagos, en la medida en que se cumple con los tres presupuestos contemplados en el numeral citado del Contrato: i) oportunidad del pago; ii) retraso en el pago, y iii) disposiciones en el Código Civil.

266. Señala que hubo retraso del pago pues la liquidación corresponde a una valorización mensual correspondiente al último mes de prestación de servicios. Lo anterior por cuanto la liquidación obtuvo validez desde el 21 de diciembre del 2012 y el PNSU debía realizar el pago dentro de los 45 días siguientes a su recepción, es decir, hasta el 4 de febrero de 2013. Al no haberse cancelado la liquidación oportunamente el PNSU incurrió en mora desde aquel día hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

267. Por otro lado, agrega que el artículo 1324° del Código Civil es completamente aplicable, pues el monto señalado en la liquidación es una obligación de dar suma de dinero que corresponde a la contraprestación brindada por el PNSU y se encuentra en mora desde el día 4 de febrero de 2013. Afirma que el Contrato no establece una tasa para efectos de calcular los intereses, pero que

⁵⁸ Cuantificación presentada en su escrito de réplica de la Demandante sobre el fondo del 6 de junio de 2016.

en aplicación de la tasa dispuesta por el Banco Central de Reserva del Perú hasta el 26 de julio de 2015⁵⁹, el monto adeudado asciende a US\$ 366.42 (Trescientos sesenta y seis con 42/100 Dólares Americanos).

268. Finalmente, señala que a pesar de que los costos financieros solo están conformados por el costo financiero propiamente dicho y los intereses por la demora en el pago, también correspondería que se le reconozca el costo de oportunidad pues -desde un punto de vista económico y empresarial- es un lucro cesante soportado por el Consorcio a causa del atraso del pago de lo liquidado y de las innecesarias renovaciones de las cartas fianzas. El atraso en el pago ha evitado que el Consorcio pueda generar otros ingresos con este dinero mientras que el costo de la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento impide, resta capacidad crediticia y financiera al Consorcio ante las entidades del sistema financiero; sin mencionar que no contar con el certificado de conformidad de la obra imposibilita al Consorcio de utilizar el certificado de conformidad de los servicios que demuestran experiencia invaluable para postular a nuevos procesos de selección.

269. Señala que en vista de que los hechos señalados fueron responsabilidad del PNSU, es esta parte quien debe resarcirlos. En este sentido, procede a analizar los cuatro componentes de la responsabilidad civil: i) la antijuricidad, ii) el daño, iii) el nexo causal y iv) el factor de atribución.

270. Afirma que el PNSU ha tenido una conducta antijurídica por cuanto el Consorcio no pagó la liquidación de conformidad con los términos legales y contractuales.

⁵⁹ Un día antes de la presentación de la demanda arbitral

271. Asimismo, afirma que existió un daño que fue producido por el PNSU al haber incumplido con la aprobación de lo liquidado y el pago, lo que ha ocasionado los daños referidos a costos financieros, costos de oportunidad e intereses, por lo que ha quedado probado la pérdida patrimonial.
272. También señala que entre el daño sufrido y la conducta antijurídica existe una relación de causalidad, pues el PNSU es quien debió pagar los montos valorizados.
273. Respecto del quinto elemento de la responsabilidad, expresa que hubo una conducta dolosa o al menos una culpa inexcusable, pues el PNSU desconoció lo dispuesto en una norma imperativa que regula el procedimiento previsto en el Contrato para realizar el pago.
274. Finalmente, solicita la devolución de la carta fianza de acuerdo al numeral 9.3 del Contrato, pues al haberse aprobado la liquidación presentada por el Consorcio, su devolución era obligación de la Entidad.

10.1.3.1.2 Posición de la Demandada

275. El PNSU señala que no tiene la obligación de pagar los intereses exigidos por el Consorcio pues no existe saldo a favor del Consorcio. En esta misma línea, señala que tampoco corresponde devolver la carta fianza pues existen incumplimientos y saldos deudores que deben ser restituidos por el Consorcio.

10.1.3.2 Consideraciones del Tribunal Arbitral

276. En relación con la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales o la llamada

responsabilidad contractual, el artículo 1321⁶⁰ del Código Civil peruano dispone lo siguiente:

"Artículo 1321°.- Indemnización por dolo; culpa leve e inexcusable

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

277. *Prima facie*, es preciso recordar que la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, nace con la concurrencia de los siguientes presupuestos⁶⁰: (i) la antijuridicidad; (ii) el daño causado; (iii) la relación de causalidad, y (iv) el factor de atribución.

278. En tal sentido, con la finalidad de atribuir responsabilidad civil al PNSU por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales y, en consecuencia, otorgar una indemnización a favor del Consorcio por el perjuicio ocasionado, es necesario verificar la concurrencia de los referidos elementos esenciales de la responsabilidad civil.

279. De lo antes mencionado, se infiere que el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, siendo este la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuridicidad). En tal sentido, la inejecución de una obligación contractual, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por causa imputable a una de las partes, implica una conducta contraria a derecho o antijurídica.

280. En atención a ello, está establecido en el proceso que la liquidación del Contrato no fue objetada en la forma prevista por la ley⁶¹, por lo que dicha liquidación se considera aprobada y, por ende, se debían devolver las cartas fianzas entregadas. Así mismo,

⁶⁰ TABOADA CORDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.

⁶¹ Ver sección 10.1.1.3.2 de este Laudo

el PNSU debía pagar la última valorización. En tanto, la Demandada no cumplió con dichas obligaciones, estos incumplimientos constituyen una conducta antijurídica.

281. En relación con el segundo elemento, el daño, se debe resaltar que para que proceda el pago de la indemnización ante un incumplimiento contractual por causa imputable a una de las partes, resulta menester que se verifique la existencia del daño, pues, el solo incumplimiento de un Contrato no origina necesariamente el derecho de una indemnización; sino tiene que haber un daño cierto.

282. En tal sentido, debe recordarse que los daños ocasionados por el acto ilícito deben ser probados y cuantificados por la parte que los padece, esto es, el Consorcio. Más aun cuando en el artículo 1331° del Código Civil se señala que *"la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*.

283. El Consorcio exige una indemnización por los siguientes conceptos:

- i) Costo financiero propiamente dicho.
- ii) Intereses por demora en el pago del monto de liquidación.
- iii) Costo de oportunidad.

284. El Tribunal Arbitral debe pronunciarse respecto de cada uno de estos conceptos con la finalidad de evaluar si procede su reconocimiento y si se encuentra o no probado.

285. Respecto del costo financiero, el Tribunal Arbitral considera que en tanto se ha determinado que la liquidación quedó aprobada desde el 21 de diciembre del 2012 y que de acuerdo al numeral

9.3.1 del Contrato, la carta fianza solo era necesaria hasta la fecha de liquidación del mismo, el PNSU debió entregar la carta fianza de fiel cumplimiento en la fecha señalada (21 de diciembre de 2012).

286. Desde el 21 de diciembre de 2012 hasta el momento, el Consorcio señala que ha renovado la carta fianza que debió ser devuelta en diciembre de 2012, asumiendo el Consorcio un costo total que asciende a ¥ 17'593,723.00 (Diecisiete millones quinientos noventa y tres mil setecientos veintitrés con 00/100 yenes) equivalente a US\$ 159,046.43 (Ciento cincuenta y nueve mil cuarenta y seis con 43/100 Dólares Americanos) suma que no ha sido contradicha por el PNSU.

287. Ahora bien, a este respecto se advierte en primera instancia que en la pretensión se solicitó "el pago de resarcimiento por la demora del PNSU en pagar la liquidación"⁶². Desde esta perspectiva se aprecia que el resarcimiento que se solicitó se deriva del hecho de no haber pagado la liquidación. Por el contrario, el daño que se reclama como costo financiero, es el que corresponde a la prórroga de las garantías, que por sí mismo no deriva de la demora en pagar la liquidación. En efecto, señala la Demandante⁶³ que la Carta Fianza de Fiel cumplimiento debía mantenerse vigente hasta la aprobación de la liquidación del Contrato, y la Carta Fianza de pago adelantado hasta la amortización total del monto entregado por el PNSU como adelanto. Agrega⁶⁴ que si bien el 21 de diciembre de 2012 la liquidación se encontraba aprobada "ante la negativa del PNSU de reconocer la aprobación de la liquidación, es que se corría el riesgo de ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento en caso no se renovará. Asimismo, otro riesgo inherente consistía en que el PNSU impute incumplimiento del Consorcio y proceda con la aplicación de penalidades, infundadas

⁶² Párrafo número I.3, página 5, de la Demanda

⁶³ Párrafo III.108 de la Demanda

⁶⁴ Párrafo III.111 de la Demanda

por supuesto, pero que hubiese generado mayores problemas", por ello se renovó la vigencia de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento. Como se puede apreciar, la renovación de la Carta Fianza no obedeció a la falta de pago, sino al temor de la Demandante ante una eventual conducta de la Demandada que consideraba que la liquidación del contrato no estaba aprobada.

288. Por todo lo anterior, no se accederá a reconocer dicho valor.

289. Respecto a los intereses por la demora en el pago del monto de liquidación, hay que tener en cuenta que la cláusula 9.4.2 del Contrato dispone: *"El CONSULTOR tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido por el Código Civil en caso de retraso en el pago, contado desde la oportunidad en que debió efectuarse."* Por dicha razón, el Tribunal Arbitral considera, de acuerdo con el numeral 9.4.2 del Contrato y de conformidad con el Código Civil, que el PNSU debe pagar intereses legales moratorios calculados de conformidad con la tasa que publique el Banco de Reserva del Perú desde el 4 de febrero de 2013 pues de acuerdo al procedimiento de pago dispuesto en el Contrato, debió pagarse dentro de los 45 (cuarenta y cinco) días siguientes a la recepción el informe (liquidación) hasta que se haga efectivo el pago. El Tribunal Arbitral teniendo en cuenta que la tasa de intereses que el Banco Central de Reserva del Perú señala es variable y varía día a día, considera oportuno establecer que para determinar los intereses legales moratorios que debe pagar el PNSU al Consorcio se deberá acudir a la calculadora de intereses legales del Banco Central de Reserva del Perú⁶⁵.

290. Ahora bien, el Tribunal Arbitral liquida parte de los intereses legales moratorios desde el 4 de febrero de 2013 hasta el 30 de

⁶⁵ <http://www.bcrp.gob.pe/apps/calculadora-de-intereses-legales/>

enero de 2017 (fecha de emisión del laudo), por lo que – de acuerdo a la calculadora de intereses legales del Banco Central de Reserva del Perú⁶⁶– los intereses legales moratorios hasta la fecha señalada asciende a US\$ 608.90 (Seiscientos ocho con 90/100 Dólares Americanos). A pesar de haberse liquidado parte de los intereses legales moratorios hasta 30 de enero de 2017, el Tribunal Arbitral precisa que para cuando se liquide los intereses legales moratorios desde el 31 de enero de 2017 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, estos intereses deberán liquidarse usando la calculadora que establece el Banco Central de Reserva del Perú en su página web⁶⁷; para ello, consignar el monto de la deuda, es decir US\$ 29'749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos); el día inicial desde que se computa los intereses legales moratorios, es decir, 31 de enero de 2017 y el día en que se haga efectivo el pago; de esta manera automáticamente, la calculadora de intereses legales del Banco Central de Reserva del Perú⁶⁸ mostrará el "intereses generado" en el periodo solicitado, siendo esa la cantidad que debe pagar el PNSU al Consorcio por concepto de intereses legales moratorios.

291. Respecto al costo de oportunidad argumentado por el Consorcio, advierte el Tribunal que en su escrito el Demandante expresó *"siendo un derecho que asiste al Consorcio de solicitar el reconocimiento y pago de los montos correspondientes específicamente al costo de oportunidad, como muestra de buena fe, se desiste este extremo de la pretensión inicial expresada en la solicitud de arbitraje"*⁶⁹.

⁶⁶ <http://www.bcrp.gob.pe/apps/calculadora-de-intereses-legales/>

⁶⁷ <http://www.bcrp.gob.pe/apps/calculadora-de-intereses-legales/>

⁶⁸ <http://www.bcrp.gob.pe/apps/calculadora-de-intereses-legales/>

⁶⁹ Párrafo 130, página 27 del escrito de Réplica sobre el Fondo del Demandante

292. Por consiguiente, el único daño que procede reconocer es el correspondiente a los intereses por el no pago oportuno de la liquidación.
293. En cuanto, al tercer requisito de la responsabilidad civil referido a la relación causal se encuentra lo siguiente:
294. La relación de causalidad o nexo causal implica que el daño sea consecuencia de la inejecución de la obligación del deudor, es decir, que exista vinculación entre el evento lesivo y el daño generado. Al respecto, conforme se explicó, el daño sufrido por el Consorcio es consecuencia directa de un hecho del PNSU, pues la Demandada no cumplió con la obligación de pagar lo liquidado de acuerdo con el Contrato, lo que genera un lucro cesante que se restablece a través del pago de intereses de mora.
295. Finalmente, en relación con el cuarto elemento, esto es, el factor de atribución, significa que la parte incumplidora de su obligación haya procedido con dolo o culpa, dado que su ausencia la exoneraría de responsabilidad. En tal sentido, en el presente arbitraje, se advierte que el PNSU conociendo lo estipulado por la normativa en contrataciones y en el Contrato no cumplió con sus obligaciones contractuales.
296. Por las razones expuestas, se declarará fundada en parte la tercera pretensión principal de la Demanda en cuanto se solicita se reconozca la intereses legales moratorios calculados de conformidad con la tasa publicada por el Banco de Reserva del Perú⁷⁰ desde 4 de febrero de 2013. El valor de dichos intereses legales moratorios hasta la fecha de este laudo (30 de enero de 2017) asciende a US\$ 608.90 (Seiscientos ocho con 90/100 Dólares Americanos). Respecto de los intereses moratorios

⁷⁰ http://sbs.gob.pe/app/stats/TasaDiaria_8.asp

posteriores, el Tribunal Arbitral precisa que para cuando se liquide los intereses legales moratorios desde el 31 de enero de 2017 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, estos intereses deberán liquidarse usando la calculadora que establece el Banco Central de Reserva del Perú en su página web⁷¹ en la misma forma indicada en el párrafo 290 de este Laudo.

297. Por otra parte, corresponde ordenar que el PNSU devuelva la carta fianza de fiel cumplimiento al Consorcio debido a que el numeral 9.3.1 del Contrato dispone *"la referida Carta Fianza será entregada al PRONAP a la firma del CONTRATO y se devolverá al CONSULTOR cuando sea aprobada la liquidación del Contrato"*.

298. En este sentido, al haberse aprobado la liquidación presentada por el Consorcio corresponde que el PNSU proceda a su devolución.

299. Consecuentemente, al haberse declarado fundada en parte la tercera pretensión principal de la Demanda y haberse ordenado pagar un resarcimiento y ordenado al PNSU devolver la carta fianza de fiel cumplimiento se declara infundada la pretensión E de la Reconvención referida a la ejecución de las cartas fianzas vigentes en garantía del fiel cumplimiento del Contrato.

10.1.4 Pretensión C. de la Reconvención

300. En la pretensión C. de la Reconvención, la Demandada solicitó:

"C. Que el Tribunal Arbitral declare la existencia de un saldo a favor del PNSU resultante del reajuste de las valorizaciones del Contrato pagadas en exceso por la suma USD 89,927.02 (Ochenta y nueve mil novecientos veintisiete con 02/100 Dólares Americanos) y ¥ 6'972,182.00 (Seis millones novecientos setenta

⁷¹ <http://www.bcrp.gob.pe/apps/calculadora-de-intereses-legales/>

y dos mil ciento ochenta y dos con 00/100 Yenes Japoneses) y ordene al Demandante restituir dicha suma al PNSU, más intereses devengados hasta el pago oportuno de los mismos".

10.1.4.1 Posición de las Partes

10.1.4.1.1 Posición de la Demandada

301. En su memorial de contestación de demanda y reconvención, el PNSU señala que en ejercicio de su facultad de revisión de cuentas en la liquidación de obra determinó un saldo a su favor pendiente de restitución, por lo que exige que el Consorcio devuelva por concepto de pagos de valorizaciones la suma US\$ 89,927.02 (Ochenta y nueve mil novecientos veintisiete con 02/100 Dólares Americanos) y ¥ 6'972,182.00 (Seis millones novecientos setenta y dos mil ciento ochenta y dos con 00/100 Yenes Japoneses)⁷².

302. Señala que el Oficio N° 4247 explicó etapa por etapa las valorizaciones con la cuales había habido algún incidente. En líneas generales, se hicieron observaciones respecto de los viáticos y honorarios, corrección por errores en los rubros de útiles de oficina, edición, etc.

303. Asimismo, presenta en el Anexo D-10 su liquidación de las valorizaciones de todo el Contrato por US\$ 89,927.02 (Ochenta y nueve mil novecientos veintisiete con 02/100 Dólares Americanos) y ¥ 6'972,182.00 (Seis millones novecientos setenta y dos mil ciento ochenta y dos 00/100 Yenes Japoneses).

10.1.4.1.2 Posición de la Demandante

⁷² Párrafo 93, página 38 de la Contestación y Reconvención

304. Considera el Demandante que el Tribunal Arbitral debe declarar infundada pretensión C del PNSU y, por tanto, la inexistencia de saldo a favor del PNSU resultante del supuesto reajuste de las valorizaciones del Contrato pagadas en exceso por la suma de US\$ 89,927.02 (Ochenta y nueve mil novecientos veintisiete con 02/100 Dólares Americanos) y ¥ 6'972,182.00 (Seis millones novecientos setenta y dos mil ciento ochenta y dos con 00/100 Yenes Japoneses) e intereses devengados, puesto que ha quedado demostrado que la liquidación del Consorcio ha quedado aprobada.
305. Asimismo, indica que el PNSU no ha presentado prueba alguna de la procedencia del reajuste unilateralmente realizado, ni la documentación que avale que sus cálculos son correctos.
306. En tal sentido, señala el Consorcio, que se ve imposibilitado de defenderse frente a alegaciones sin sustento ni pruebas alguna, razón por la cual el Tribunal Arbitral deberá desestimar el pedido del PNSU por ser totalmente infundado e inmotivado.
307. Sin perjuicio de lo anterior, el Consorcio reitera su posición de no aceptar el reajuste, puesto que los cálculos realizados por el Consorcio en su liquidación fueron correctos y estuvieron sujetos a las disposiciones contractuales.

10.1.4.2 Consideraciones del Tribunal Arbitral

308. Observa el Tribunal Arbitral que en la Reconvención el PNSU sólo se limita a señalar que el reajuste de las valorizaciones se encuentra fundamentado en el Oficio N° 4247 más no da mayor explicación, a su vez tampoco hace referencia a medio probatorio alguno respecto de los reajustes señalados.

309. Desde esta perspectiva lo primero que debe observar el Tribunal Arbitral es que como ya se precisó, el Oficio N° 4247 no constituye una objeción a la liquidación hecha por la Demandante al no haber respetado la forma prescrita en el artículo 43° del LCAE, tal como se analizó y decidió al resolver la primera pretensión de la Demanda y la primera pretensión de la Reconvención.

310. A lo anterior vale la pena agregar lo siguiente:

311. El numeral 9.4.2. del Contrato, establece en su ordinal b) lo siguiente:

"b) Pago de Valorizaciones mensuales

"Dentro de los quince (15) días posteriores a la finalización de cada mes del período de los SERVICIOS, el CONSULTOR entregará al PRONAP, por duplicado, valorizaciones mensuales detallando los montos a pagarse que correspondan, sobre la base de los SERVICIOS efectivamente prestados por el CONSULTOR en dicho mes, a las remuneraciones y los costos directos, cuyas tarifas son establecidas en el Anexo D del CONTRATO.

"El pago al CONSULTOR de los costos directos se efectuará en base a la cantidad realmente consumida multiplicada por el costo unitario real de mercado sustentado por la factura respectiva, excepto en el caso específico de las siguientes partidas, las cuales serán a las tarifas negociadas:

"- Viáticos (per diem) y movilización para el personal extranjero y viáticos (per diem) para el personal nacional.

"- Comunicación internacional.

"- Pasajes Internacionales.

"El PRONAP procesará y efectuará el pago de las valorizaciones mensuales del CONSULTOR dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, para lo cual el PRONAP mediante el procedimiento de Compromiso emitirá el certificado de ejecución

(Statement of Performance), previa entrega de facturas por el CONSULTOR.

"El CONSULTOR tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido por el Código Civil en caso de retraso en el pago, contado desde la oportunidad en que debió efectuarse."

312. Por su parte, el artículo 111° del Reglamento de la LCAE señala:

"Artículo 111°.- Discrepancias respecto de Valorizaciones o Metrados

"Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados, entre el Contratista y el inspector o el supervisor o la Entidad, según sea al caso, éstas serán resueltas en la liquidación del contrato sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

"Sólo será posible iniciar un procedimiento arbitral inmediatamente después de ocurrida la controversia si la valorización de la parte en discusión representa un monto superior al diez por ciento (10%) del contrato".

313. Como se puede apreciar, la norma que se ha transcrito prevé que en caso de controversias respecto de las valorizaciones, las mismas deben ser resueltas en la liquidación del Contrato y sólo será posible iniciar un proceso arbitral después de ocurrida la controversia, cuando la parte en discusión representa un monto superior al 10% del Contrato.

314. A este respecto, aprecia el Tribunal Arbitral que el monto de los reajustes de las valorizaciones que se discuten ahora no supera el 10% del Contrato. En efecto, el monto reclamado por conciliación de valorizaciones es de US\$ 89,927.02 (Ochenta y nueve mil novecientos veintisiete con 02/100 Dólares Americanos) y ¥ 6.972,182 (Seis millones novecientos setenta y dos mil ciento ochenta y dos con 00/100 Yenes) y el 10% del Contrato es US\$

816,756.4 (Ochocientos dieciséis mil setecientos cincuenta y seis con 04/100 Dólares Americanos) y ¥ 30'512,035.4 (Treinta millones quinientos doce mil treinta y cinco con 04/100 Yenes). De esta manera, los valores en discusión son muy inferiores al 10% del valor del contrato, por lo que no se debió iniciar un proceso arbitral inmediatamente su ocurrencia, sino que debían ser resueltas en la liquidación del Contrato.

315. Por otra parte, como ya se precisó, la liquidación del Contrato se entiende aprobada, en la medida en que la Demandada no la objetó en la forma prevista en la Ley. Por consiguiente, si dichos reparos a las valorizaciones debían ser objeto de análisis en la liquidación del Contrato y la misma se entiende aprobada por la Entidad, ha de concluirse que no es posible para el Tribunal Arbitral entrar a determinar si las mismas son o no procedentes.

316. Por lo anterior se concluye que la pretensión C. de la Reconvención no puede prosperar.

10.1.5 La Pretensión D. de la Reconvención

317. En la pretensión D. de la Reconvención se solicita:

"D. Que el Tribunal Arbitral ordene al Demandante el pago de USD 145,444.22 (Ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y cuatro con 22/100 dólares americanos) y S/ 417,821.07 (Cuatrocientos diecisiete mil ochocientos veintiún uno con 07/100 nuevos soles) en vía de indemnización por incumplimiento contractual de las obligaciones del demandante respecto del diseño y elaboración del expediente técnico de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales San Martín correspondientes al Lote 3º, más intereses."

10.1.5.1 Posición de la Demandada

318. El PNSU exige que el Consorcio pague una indemnización debido a que considera que la ejecución del Contrato por parte del Consorcio fue negligente al diseñar la PTAR San Martín sobre terrenos que no estaban plenamente disponibles.

319. A tal propósito, el PNSU señala que el Consorcio incumplió su obligación de hacer una apropiada verificación de campo, adecuar el trazo, efectuar un levantamiento topográfico y plano de ubicación con coordenadas de la PTAR San Martín, conforme se estableció en los Términos de Referencia Modificados (Anexo D-003). Agrega que de haberse ejecutado dichas obligaciones con la diligencia debida, el Consorcio habría detectado que estaba diseñando la PTAR San Martín sobre terrenos que no estaban plenamente disponibles.

320. Señala que si bien inicialmente el Consorcio detectó una ocupación en los terrenos donde estaba proyectada la obra y ha invocado tal circunstancia como prueba de que cumplió adecuadamente sus obligaciones; esta es, sin embargo, una versión incorrecta. En efecto, inicialmente el Consorcio efectivamente comunicó al PNSU que existían ocupantes en los terrenos. Ante esta alerta inicial, se adquirió un área adicional, cuya adición consolidaría una superficie de terrenos suficiente para la PTAR, según dimensiones que el propio Consorcio opinó eran idóneas.⁷³

321. Sin embargo, luego de superado ese primer obstáculo, el Consorcio no volvió a verificar en campo y confirmar la libre

⁷³ Ver Carta 376-2008/L/NK/OIST, del 01.Jul.2008 [D-077], mediante la cual el Consorcio respondió al PNSU indicando que el área de 36.99 hectáreas propuesta era suficiente para diseñar las lagunas aptas para obtener agua de buenas características, "aún mejores de lo requerido por la categoría B de la OMS".

disponibilidad del área donde se planeaba diseñar la PTAR San Martín, tampoco efectuó el levantamiento topográfico correspondiente, que le habría permitido constatar que todavía existían ocupantes dentro de los linderos de la futura PTAR San Martín. Es entonces en esta etapa donde se produjo el incumplimiento de obligaciones, que llevó al Consorcio a diseñar la PTAR sobre terrenos ocupados.

322. Agrega que la no disponibilidad de los terrenos solo fue detectada por el contratista ejecutor seleccionado para construir la PTAR, cuando éste -en cumplimiento de sus obligaciones- verificó en campo las coordenadas del plano de la Obra. Si esto mismo hubiera sido realizado oportunamente por el Consorcio, hubiera detectado el obstáculo en mención y el PNSU podría haber tomado las medidas más convenientes.

323. Señala que queda completamente claro que de acuerdo a las imágenes satelitales del 10 de setiembre de 2005, 21 de febrero de 2007, 19 de enero de 2010 y 26 de setiembre de 2014, los predios se encontraban ocupados, es decir, esos predios estuvieron ocupados mucho antes de la elaboración del diseño de la PTAR que reinició sus actividades el 20 de agosto de 2008 como el Consorcio lo señala.

324. Agrega que tres hechos configuran agravantes de la conducta del Consorcio: Primero, que el PNSU advirtió al Consorcio que debía prestar especial atención a la constatación de la nueva situación de los terrenos. El Consorcio respondió a dichas recomendaciones señalando que habían sido adoptadas. Sin embargo, esa respuesta ocultaba la verdad de la situación y la ejecución negligente de la Demandante. Segundo, el Consorcio demoró injustificadamente la entrega del Plano N° 138 y sus coordenadas, que habían sido insistentemente requeridos por el Contratista ejecutor de la obra

para ubicar y demarcar en campo el área donde se empezaría a construir la PTAR. Solamente el 27 de Mayo de 2010, la Demandante proporcionó las coordenadas CD-090, pudiendo el Contratista ejecutor recién entonces detectar que la PTAR había sido diseñada por el Consorcio sobre terrenos que no estaban completamente disponibles. Tercero, el Consorcio, en su posición de Supervisor de la Obra, autorizó al Contratista a adelantar trabajos preliminares que luego devendrían en inservibles. Esta autorización se produjo al mismo tiempo que el Consorcio ocultaba al Contratista las coordenadas del Plano N° 138. La consecuencia de este accionar fue que el Consorcio aprobó al Contratista ejecutar trabajos de "Trazo y Replanteo de las Obras de la Laguna" y "Limpieza y Desforestación del Terreno", por los cuales el PNSU tuvo que pagar S/. 374,321.07 (Trescientos setenta y cuatro mil trescientos veintiún con 07/100 Nuevos Soles), para una obra que resultaría fallida.

325. Agrega que si bien el Consorcio no tenía ninguna obligación de saneamiento legal de los terrenos, pues ese era un problema de EPS Grau y del PNSU, la consulta realizada mediante Oficio 432-2008-EPS-GRAU S.A.-OAJ-GG sobre la suficiencia de las 36.99 hectáreas solo tuvo como finalidad consultar si el área de terreno adicional sería suficiente para diseñar la laguna de San Martín. Aclara que con dicha consulta no se le quiere atribuir responsabilidad por el saneamiento de la propiedad⁷⁴.

326. Aclara la Demandada que la aprobación del expediente técnico y la no observación de este no puede llevar a concluir que el PNSU convalidó el incumplimiento del Consorcio o que perdió el derecho a reclamar por ellos, pues el PNSU para aprobar el expediente técnico solo comprueba que las actividades establecidas como obligatorias en los términos contractuales del Consorcio sean

⁷⁴ Párrafo 143 de la Dúplica de la Demandada.

cumplidas en su informe, lo contrario llevaría a pensar que la Entidad debería haber encargado a otro consultor realizar otro levantamiento topográfico, verificación de terrenos, etc. solo para corroborar el expediente técnico del Consorcio.

327. Finalmente, señala que si el Consorcio hubiera entregado al Consorcio Piura el Plano N° 138 -que tenía como finalidad que el Consorcio Piura pueda determinar la ubicación exacta de los terrenos sobre los cuales debían construir la planta- se hubiera detectado con tiempo la existencia de propiedades y se hubieran ahorrado las siguiente sumas:

- El monto de S/. 374, 321.07 (Trescientos setenta y cuatro mil trescientos veintiún con 07/100 Soles) pagados al Consorcio Piura por las partidas de trazo y replanteo de las obras de la laguna y limpieza de deforestación del terreno que jamás debieron ser autorizadas por el Consorcio.
- El monto de S/. 43,500.00 (Cuarenta y tres mil quinientos con 00/100 Soles) pagados al Consorcio Piura por el plan de manejo ambiental del estudio de impacto ambiental de la PTAR, que resulta inservible debido a la imposibilidad de construir la PTRAR.

10.1.5.2 Posición de la Demandante

328. Por su parte el Consorcio señala que el PNSU ha intentado confundir al Tribunal Arbitral mezclando nociones desiguales. Está probado que la supuesta falta de verificación de campo (topografía, etc.) no fue el detonante para que la PTAR San Martín no se pudiera ejecutar, pues lo que existió fue un problema de superposición de propiedades. Está probado, además, que el saneamiento físico legal de las propiedades no era una obligación del Consorcio y que éste es absolutamente distinto a la obligación

de verificación de campo que se encontraba a cargo del Consorcio⁷⁵.

329. Afirma que el Consorcio ha probado con documentación presentada en la Contestación a la Reconvención y en la etapa de exhibición de documentos, que durante la elaboración de los estudios el Consorcio sí realizó las verificaciones de campo, producto de lo cual descubrió el problema de la disponibilidad de terrenos desde muy temprano en el año 2007.

330. Advierte que contrariamente a lo que ha argumentado la Demandada, el saneamiento físico legal fue manejado internamente por el PNSU y la EPS GRAU, como propietarios de la obra, por lo que está probado que sí se realizó durante la ejecución de los servicios de supervisión, pero no por el Consorcio, quien no tenía dicha obligación.

331. Añade que está probado que el PNSU aprobó el expediente técnico para la ejecución del lote mediante la Resolución Directoral N° 072-2009/MIVIENDAVMCS/PAPT /1.1 del 11 de junio de 2009⁷⁶. Con ello, la prestación de ejecución única que es la elaboración del expediente técnico se vio cumplida. Luego de ello, no quedaron más prestaciones pendientes exigibles al Consorcio.

332. Expresa que el PNSU no ha probado siquiera que las condiciones encontradas en el año 2010 fueran preexistentes en el año 2009 y que el expediente técnico presentado por el Consorcio fuera insuficiente o inexacto. No es posible por tanto establecer el nexo causal entre las prestaciones del Consorcio concluidas a satisfacción del PNSU en el año 2009, con una condición nueva y futura del año 2010, es claramente un argumento absurdo del PNSU.

⁷⁵ Párrafo 153 de los Alegatos Post Audiencia de la Demandante

⁷⁶ Documento exhibido por el PNSU mediante comunicación del 15 de marzo de 2016.

333. Agrega que está probado, además, que para la firma del acta de entrega de terreno al Contratista ejecutor de la obra, se reconocieron todos los lugares del emplazamiento donde se proyectaba construir las obras "*habiéndose constatado el libre acceso a todos ellos*". Los terrenos para la ejecución de la Laguna San Martín: i) Tenían libre acceso, ii) Se encontraban de acuerdo a lo señalado en el Contrato, y iii) Se encontraban de acuerdo a lo señalado en el expediente de licitación⁷⁷.
334. Así mismo, afirma que está probado que el PNSU declara y acepta que el terreno con libre acceso se encontraba de acuerdo con lo señalado en el expediente de licitación que contenía el expediente técnico del Lote 3A elaborado por el Consorcio.
335. Advierte el Consorcio que durante la Audiencia el mismo PNSU, así como el Consorcio, mostraron que el terreno que alega el PNSU no fue verificado por el Consorcio y se encuentra fuera de los límites del terreno entregado al Consorcio Piura para la ejecución de la obra.
336. Señala la Demandante que en adición a ello, en respuesta al otro argumento del PNSU, la Entidad no ha probado que la supuesta entrega tardía del Plano N° 138 por parte del Consorcio al Consorcio Piura fuera la causal de que los terrenos no estuvieran disponibles para la ejecución de la obra.
337. Expresa la Demandante que se ha probado que la demora no le era imputable a través de las distintas cartas presentadas como la del 8 de febrero de 2010, Carta N° 154/PI/2010/NK-OIST, a través de la cual el Consorcio diligentemente solicitó a la EPS GRAU los documentos de tenencia de propiedad solicitados por el Consorcio Piura. Sostiene que lo alegado por la Demandada es contradictorio

⁷⁷ Párrafo 158 de los Alegatos Post Audiencia de la Demandante.

con los hechos, ya que cuando el Consorcio elaboró y presentó el expediente técnico al PNSU (propietaria de los predios) entregó todos los planos de la Laguna San Martín a la Demandada. Por ello, cuando se le solicitó el Plano N° 138, requirió esta información a la EPS Grau para poder proporcionar las coordenadas del Plano N° 138 requerido por el Consorcio Piura. Esto fue realizado con Carta N° 701/PI/2010/NK-OIST71 el 27 de mayo de 2010.

338. En cuanto a la afirmación del PNSU de que el Consorcio supuestamente autorizó al Consorcio Piura a la ejecución de prestaciones de obra de manera posterior a haber conocido del problema de indefinición de los límites del terreno de la PTAR San Martín, expresa que el Consorcio fue notificado por el Consorcio Piura mediante Carta 0472/CP-RL-GOP⁷⁶ el 22 de junio de 2010, pero que el 29 de junio del 2010 a través de un Acta de Acuerdo⁷⁹ autorizó al Consorcio Piura para avanzar con el Trazo y Replanteo y la Limpieza y Deforestación del Terreno. En este punto destaca que con el Acta de Acuerdo del 29 de junio de 2010, el Consorcio no autorizó nuevas prestaciones de la obra. No es cierto que luego de haber tomado conocimiento de los problemas de los terrenos se haya autorizado nuevos trabajos. En dicha Acta se hace referencia a actividades que habían sido ejecutadas previamente por el Consorcio Piura, autorizadas antes de haber tomado conocimiento de las dificultades en el terreno. Lo alegado por el PNSU es falso y una vez más testimonia mala fe.

339. Agrega que el Consorcio ha probado que el expediente técnico no era inservible, al contrario, era perfectamente ejecutable si los terrenos entregados al Contratista se hubieran encontrado saneados legalmente. La única negligencia en este caso es del

⁷⁶ Este documento se encuentra como Anexo D-091.

⁷⁹ Este documento se encuentra como Anexo D-096.

PNSU y la EPS GRAU encargadas del saneamiento físico legal, que no pudieron asegurar dichas condiciones.

10.1.5.3 Consideraciones del Tribunal Arbitral

340. Antes de entrar en el análisis de fondo que corresponde, encuentra el Tribunal Arbitral que debe precisar el efecto que tiene sobre esta pretensión el hecho de que el Tribunal Arbitral haya concluido que se considera aceptada la liquidación del Contrato presentada por el Consorcio, por la no objeción por parte del PNSU a través del acto previsto por la ley.

341. A este respecto se advierte que el artículo 43° de la LCAE dispone:

"Artículo 43°.- El contrato culmina con la liquidación, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento debiendo ésta pronunciarse sobre aquélla en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo, debidamente fundamentado, en el plazo antes señalado la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

"La liquidación debidamente aprobada cerrará el expediente de la contratación o adquisición." (Se resalta y se subraya)

342. Ahora bien, en cuanto se refiere al alcance de la liquidación debe observarse que ni la LCAE ni el RCLAE precisan el concepto de liquidación, sin embargo, normas posteriores, como el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, precisa el concepto de liquidación del Contrato de la siguiente manera:

"Liquidación de contrato: cálculo técnico efectuado, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar el costo total del contrato y su saldo económico."

343. Al confrontar la Ley N° 30225 y la LCAE no encuentra el Tribunal Arbitral que se cambie sustancialmente el concepto de liquidación, por lo que entiende que bajo la LCAE la liquidación es también un *"cálculo técnico efectuado, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar el costo total del contrato y su saldo económico"*.

344. No sobra anotar que en la Opinión No 104-2009/DTN⁸⁰ se incluye una definición similar a la ya mencionada⁸¹.

345. Por consiguiente, no es lo propio de la liquidación determinar si las prestaciones fueron o no correctamente ejecutadas y determinar la responsabilidad consiguiente.

346. Ahora bien, en este punto debe observarse que el artículo 97° del RLCAE establece:

"Artículo 97°.- Recepción y conformidad de bienes y servicios
La recepción y conformidad de bienes y servicios es responsabilidad de la unidad encargada de la administración, o a falta de ella, de los servidores designados por la Entidad. Estos deberán verificar la calidad, cantidad, y cumplimiento

⁸⁰ Citada por la Demandada en su Contestación, párrafo 44, página 18

⁸¹ Expresa la Opinión mencionada: "En primer lugar, debe indicarse que, una vez realizada la recepción de la obra, procedimiento que se inicia cuando culmina la ejecución de la misma, corresponde iniciar el procedimiento de liquidación del contrato de obra, el mismo que puede definirse como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad." (se subraya)

de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias, para dar su conformidad.

"En el caso que existan observaciones, se levantará un Acta de observaciones, en la que se indicará claramente en qué consisten éstas, dando al Proveedor un plazo prudente para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. "Dicho plazo no podrá exceder de un quinto del plazo de entrega, ni ser menor de dos (2) días, siempre que las observaciones no constituyan obligaciones esenciales del Contratista. La conformidad de recepción de los servicios requiere de previo informe de los servidores del área usuaria.

"Si pese al plazo de subsanación otorgado, la Entidad considera que el Contratista no ha cumplido a cabalidad con la subsanación, podrá resolver el contrato.

"La recepción conforme no enerva el derecho a reclamo posterior por defectos o vicios ocultos.

"En el Acta de Recepción se debe consignar las referencias necesarias, incluyendo: número de contrato u orden de compra y servicio, fecha y lugar de entrega y comprobante de pago válido. Una vez establecido el cumplimiento de la prestación, se devengará la obligación, de acuerdo a los procedimientos de presupuesto y tesorería vigentes." (Se subraya y se resalta)

347. Como se puede apreciar, el RLCAE contempla que la Entidad debe proceder a la recepción; para ello debe verificar la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales y a dejar constancia de las observaciones para que se subsanen. Debe destacarse que la norma establece claramente que la recepción no

enerva la posibilidad de reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos. Lo anterior implica, *a contrario sensu*, que si la Entidad recibe a satisfacción no podría posteriormente formular reparos sobre los defectos en la ejecución de la prestación que no puedan catalogarse como defectos o vicios ocultos.

348. Por consiguiente, si el defecto en la ejecución de la prestación es oculto, la Entidad podrá reclamar posteriormente, e incluso podrá hacerlo después de la liquidación del contrato, pues ella por su naturaleza no tiene por objeto establecer responsabilidades sino determinar el costo total del Contrato y su saldo económico.

349. Vale la pena señalar que igualmente si se otorga una garantía, por ejemplo de buen funcionamiento, el recibo de la Entidad no puede impedir que posteriormente se reclame si se presenta el supuesto que da lugar a que opere la garantía.

350. A este respecto, considera pertinente el Tribunal Arbitral hacer referencia a la Opinión N° 020-2016/DTN expuesta por el OSCE por ser relevante, pues aun cuando se refiere a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, dichas normas consagran reglas semejantes a las contempladas en la LCAE.

351. En efecto, el artículo 42° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, dispone al igual que la LCAE que *"El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato"*.

352. Ahora bien en la Opinión que se cita dicha Entidad expresó:

"2.1. ¿Se puede incluir en la Liquidación del Contrato los montos que la Entidad considera por motivo de daños y perjuicios?" (sic).

"2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que, una vez realizada la recepción de la obra, procedimiento que se inicia cuando culmina la ejecución de la misma, corresponde iniciar el procedimiento de liquidación del contrato de obra, el mismo que puede definirse⁸² como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad.

"Así, la liquidación del contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también puede incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.

"En esa medida, la liquidación de obra solo puede incluir conceptos que forman parte del costo de la obra y otros que han sido autorizados expresamente por la normativa de contrataciones del Estado.

"...

"2.2 "¿La Entidad puede reservar el trámite de Liquidación de Contrato hasta que se culminen las acciones legales a efectos de conseguir el resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados a la entidad?" (sic).

⁸² SALINAS SEMINARIO, Miguel. *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*, Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003, 2ª edición, pág. 44.

"Sin perjuicio de ello, es necesario precisar que, si bien el último párrafo del artículo 211 del Reglamento señalaba que "No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver", dicha disposición solo era aplicable cuando existían controversias sobre los conceptos que debían integrar la liquidación y no sobre conceptos ajenos a ésta.

"En esa medida, la Entidad no podía paralizar el procedimiento de liquidación de obra ante la existencia de controversias que sean ajenas a los conceptos que la normativa de contrataciones del Estado estableció que deben integrar la liquidación de obra (como sería el caso de otros conceptos resarcitorios no señalados expresamente).

"Finalmente, debe indicarse que en caso la Entidad considere que existen otros conceptos resarcitorios (los mismos que deberán acreditarse según los criterios y elementos de la responsabilidad civil), estos se debían solicitar fuera del procedimiento de liquidación de obra, pudiendo requerirse antes, durante o con posterioridad a dicho procedimiento"⁸³.

353. Así las cosas, considera el Tribunal Arbitral que a pesar de la liquidación, la Entidad puede reclamar por los defectos en la ejecución de la prestación, cuando quiera que no pudo establecerlos en la recepción.

354. Partiendo de lo anterior procede entonces, el Tribunal Arbitral a examinar si en el presente caso existe responsabilidad del Consorcio para lo cual deberá analizar la concurrencia de los siguientes presupuestos de la responsabilidad civil: (i) la antijuridicidad; (ii) el daño causado; (iii) la relación de causalidad; y (iv) el factor de atribución.

⁸³ Luego de la liquidación final de obra, la Entidad podría solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de vicios ocultos.

355. Respecto al primer presupuesto: antijuricidad, el Tribunal Arbitral deberá determinar si existió o no un cumplimiento defectuoso de una obligación contractual por causa imputable al Consorcio.

356. A este respecto se advierte que los términos de referencia modificados⁸⁴ (Anexo D-003) en sus numerales 3.2(a)(1) y 3.3.1.1(b), establecieron las obligaciones del Consorcio para la Etapa I de Elaboración de Expedientes Técnicos de Obras de la siguiente manera:

"3.2(a)(1) Expedientes Técnicos y/o Bases y Documentos de Licitación (...) En tal sentido, (el Consultor) deberá realizar las verificaciones de campo así como la Corrección, Adecuación, si hubiera cambio de trazo, Actualización y Completado de los Diseños existentes, a que hubiera lugar

(...)

"3.3.1.1(b)

"El CONSULTOR deberá efectuar levantamientos topográficos o estudios de Mecánica de Suelos sólo en las nuevas estructuras que se requieran y aquellas que sean reubicadas

"(...)

"b.2) Diseños hidráulico-sanitarios Sistema de Alcantarillado:

El Proyecto del sistema de alcantarillado deberá contener los siguientes documentos o Planta de Tratamiento de aguas residuales:

Plano de ubicación con sus coordenadas,

Catastro de las unidades con su localización

Planos del lay-out general de la planta de tratamiento para las condiciones de la Primera Etapa de obras

(...)

⁸⁴ Los términos de referencia fueron modificados en la Adenda 22 en la cual acordaron incorporar el servicio de elaboración del expediente técnico del lote 3 A que inicialmente no se encontraba comprendido en el servicio de consultoría a cargo del consorcio.

Planos de expropiación, incorporando la información proporcionada por la EPS."

357. Ahora bien, la Adenda N° 22 dispone lo siguiente:

"e. El Consultor es responsable de realizar una verificación de campo de los trazos de las obras lineales y no lineales, para descartar la existencia de obstáculos o interferencias físicas, visibles o detectables para la ejecución de la obra.

"f. En el Lote 3A el Consultor asume la responsabilidad sobre los diseños que proyecte, tomando en cuenta lo señalado en el ítem 1.6.2 de los Términos de Referencia Modificados del Contrato, en cuanto sea aplicable. Además es responsable por aquellas omisiones de diseño que fueran necesarias por variación de las condiciones físicas previstas y presencia de obstáculos visible y detectables que den lugar a adicionales de obra y/o ampliaciones de plazo, excepto los cambios físicos posteriores a la entrega de los Expedientes Técnicos" (Se subraya y se destaca)

358. De las disposiciones contractuales transcritas se desprende claramente que entre las obligaciones del Consorcio se encuentra la de realizar verificaciones de campo. Esta responsabilidad es más clara ya que las partes acordaron literalmente que el Consorcio es responsable de realizar una verificación de campo de los trazos de las obras lineales y no lineales para descartar la existencia de obstáculos o interferencias físicas, visibles o detectables para la ejecución de la obra.

359. Ahora bien, no hay discrepancia entre las partes acerca de que inicialmente el Consorcio señaló por comunicación del 13 de abril de 2007 que era "necesario verificar la disponibilidad del terreno" (Anexo D-073), lo que dio lugar a que se suspendieran las

actividades de consultoría (Anexo D-074). Igualmente está claro que se le consultó al Consorcio si los terrenos que quería adquirir la Entidad pública para superar el problema eran suficientes, a lo cual respondió positivamente el 30 de junio de 2008 (Anexo D-077). Igualmente está acreditado que se le solicitó el expediente técnico al Consorcio el 10 de octubre de 2008, y se le indicó (Anexo D-80) que *"El levantamiento topográfico deberá abarcar todos los detalles posibles, estar bien referenciado y enmarcado en la realidad de las áreas a intervenir"*. Por su parte, el Consorcio informó por comunicación del 5 de febrero de 2009 que había *"culminado con éxito la elaboración de la Topografía"* y remitió el informe final Anexo (D-81). Por comunicación del 11 de febrero de 2009 se le solicitó al Consorcio poner énfasis en el levantamiento topográfico (Anexo D-082). El 18 de enero de 2010, se realizó el Acta de Entrega del emplazamiento, por parte del PNSU al Contratista Consorcio Piura, en la cual se dejó *"constancia de la no existencia de obstáculos físicos evidentes en los terrenos entregados"* (Anexo D-084). Por comunicación del 22 de junio de 2010 (Anexo D-091), el Consorcio Piura, después de haber recibido las coordenadas, señaló que una *"vez replanteada la obra, pudimos constatar la ocupación efectiva (viviendas habitadas en el lugar de las obras y establos)"*. A lo anterior se agrega que obran en el expediente las fotos satelitales de los años 2005, 2006 y 2007 que no han sido contradichas por la Demandante, en las que se puede establecer la presencia de esas propiedades en la fecha en que el Consorcio realizó el levantamiento.

360. Desde esta perspectiva se aprecia que si el Consorcio hubiera realizado la verificación de campo correctamente hubiera encontrado las propiedades que se encuentran allí desde el año 2005.

361. El Tribunal Arbitral deja claro que no se está limitando o excluyendo de la responsabilidad que corresponda al PNSU y a la EPS GRAU por no haber saneado los terrenos que se entregaron al Consorcio, sino que se está analizando la obligación que tuvo el Consorcio de realizar una verificación idónea, pues con la normal diligencia y el normal desarrollo de sus actividades era posible y lógico que se diera cuenta de la existencia de los obstáculos que afectaban el desarrollo de la obra.

362. Por todo lo señalado, el Tribunal Arbitral concluye que el Consorcio cumplió defectuosamente su obligación. Este incumplimiento constituye en sí misma una conducta antijurídica.

363. En relación al segundo elemento de la responsabilidad civil, esto es, el daño, debe recordarse que para que proceda el pago de la indemnización ante un incumplimiento contractual por causa imputable a una de las partes, resulta menester que se verifique la existencia del daño, pues el solo incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho de una indemnización; sino tiene que haber un daño cierto.

364. En tal sentido, los daños ocasionados por el acto ilícito, deben ser probados y cuantificados por la parte que los padece, esto es, el Consorcio. Más aun cuando en el artículo 1331° del Código Civil se señala que *"la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*.

365. Conforme se puede advertir, el PNSU solicita una indemnización por:

1. El Expediente técnico defectuoso por el que el PNSU pagó US\$ 145,444.22 (Ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y cuatro con 22/100 Dólares Americanos).

2. El monto de S/. 374,321.07 (Trescientos setenta y cuatro mil trescientos veintiún con 07/100 Nuevos Soles) pagados al Consorcio Piura por las partidas de trazo y replanteo de las obras de la laguna y limpieza de deforestación del terreno que jamás debieron ser autorizadas por el Consorcio.
3. El monto de S/. 43,500.00 (Cuarenta y tres mil quinientos con 00/100 Nuevos Soles) pagados al Consorcio Piura por el plan de manejo ambiental del estudio de impacto ambiental de la PTAR que resulta inservible debido a la imposibilidad de construir la PTRAR.

366. El Tribunal Arbitral se pronunciará respecto a cada uno de los montos solicitados por el PNSU con la finalidad de evaluar si en cada evento el daño se encuentra o no probado.

367. Respecto al pago realizado al Consorcio por el expediente técnico no existe duda de que se haya realizado, puesto que las partes han coincidido en aceptar que dicho servicio fue pagado por el PNSU⁸⁵. Lo que se confirma si se tiene en cuenta que en la liquidación que se acompaña a la Carta No 147 del 12 de noviembre de 2012⁸⁶, y en la cual hace referencia a todos los pagos recibidos en virtud del contrato se señalan las sumas pendientes de pago y se no incluye la correspondiente a la elaboración del expediente técnico referido.

368. Respecto a los montos de S/. 374,321.07 (Trescientos setenta y cuatro mil trescientos veintiún con 07/100 Nuevos Soles) y S/. 43,500.00 (Cuarenta y tres mil quinientos con 00/100 Nuevos Soles) pagados al Consorcio Piura, no se encuentra en el

⁸⁵ En su Reconvención la Demandada afirma que pagó dicha suma (párrafo número 146) y en su Contra Memorial sobre Reconvenciones del 6 de junio de 2016, la Demandante señala (párrafo 273) al oponerse a la posición de la Demandada, que no corresponde realizar ningún descuento al Consorcio por el costo de elaboración del Expediente Técnico e indica el mismo valor de US145.444,22.

⁸⁶ Anexo A-9 de la Demanda.

expediente la prueba del pago ni la cuantía de los servicios, por lo que el daño y la cuantía -en este extremo- no ha quedado probado.

369. De esta manera solo se ha probado el daño generado respecto del expediente técnico defectuoso por el que el PNSU pagó US\$ 145,444.22 (Ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y cuatro con 22/100 Dólares Americanos), por lo que corresponde continuar con el análisis de los elementos de la responsabilidad civil respecto a este extremo.

370. Corresponde mencionar que la relación de causalidad o nexo causal supone que el daño es consecuencia de la inejecución de la obligación del deudor, es decir, que debe existir vínculo entre el evento lesivo y el daño generado.

371. Al respecto, advierte el Tribunal Arbitral que el daño sufrido por PNSU es consecuencia directa del cumplimiento defectuoso del expediente técnico. En efecto, la Demandada pagó por una prestación que no fue ejecutada de acuerdo a la Adenda N° 22 ni a los numerales 3.2(a)(1) y 3.3.1.(b) de los términos de referencia modificados⁸⁷ (Anexo D-003) y por ello no fue posible realizar la obra prevista en el terreno objeto del levantamiento por parte de la Demandante. De esta manera, las sumas erogadas por la Demandada como pago constituyen un daño para ella, pues no recibió la contraprestación respectiva.

372. Finalmente, en relación al cuarto elemento, esto es, el factor de atribución, el mismo supone que la parte incumplidora de su obligación haya procedido con dolo o culpa, dado que su ausencia la exoneraría de responsabilidad. En tal sentido, en el presente arbitraje se advierte que el Consorcio con una falta de diligencia en

⁸⁷ Los términos de referencia fueron modificados en la Adenda 22 en la cual acordaron incorporar el servicio de elaboración del expediente técnico del lote 3 A que inicialmente no se encontraba comprendido en el servicio de consultoría a cargo del consorcio.

la realización de sus obligaciones no realizó la verificación de campo en la Laguna San Martín.

373. De esta manera, respecto al pago realizado por el expediente técnico se puede concluir que se ha cumplido con todos los requisitos de (i) la antijuridicidad, (ii) el daño causado, (iii) la relación de causalidad y (iv) el factor de atribución que se exige para atribuir responsabilidad civil al Consorcio y, en consecuencia, otorgar una indemnización a favor del PNSU por el incumplimiento defectuoso en la elaboración del expediente técnico.

374. Consecuentemente, el Tribunal Arbitral reconoce a favor del PNSU el pago de intereses legales moratorios con base en la tasa de interés legal que establezca el Banco Central de Reserva del Perú⁸⁸ desde la fecha de la presentación de la absolución de la petición arbitral el 17 de noviembre de 2014 hasta la fecha efectiva de pago. Aclara el Tribunal Arbitral que la fecha a partir de la cual se causan los intereses no es el 4 de febrero de 2013, como ocurre con los que se reconocen a la Demandante, por cuanto aquellos intereses se calculan tomando en cuenta las reglas pactadas en el Contrato para su pago, en tanto que lo que en este caso se reconoce corresponden a una indemnización por incumplimiento del Contrato, que considera el Tribunal Arbitral solo genera intereses desde la absolución de la petición arbitral. Asimismo, el Tribunal Arbitral precisa que respecto a los intereses que en este apartado se reconocen, no se liquida parte de ellos debido a que el PNSU no lo ha solicitado. Para determinar los intereses legales moratorios que debe pagar el Consorcio al PNSU se deberá acudir a la calculadora de intereses legales del Banco Central de Reserva

⁸⁸ La tasa de interés que se aplicará será aquella que el Banco Central de Reserva del Perú fije para el día en que efectivamente se realice el pago.

del Perú⁸⁹ en la misma forma indicada en el párrafo 290 de este Laudo.

375. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral considera que procede declarar fundada en parte la pretensión D de la Reconvención en cuanto solicita se ordene al Consorcio pagar al PNSU una indemnización por una suma a US\$ 145,444.22 (Ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y cuatro con 22/100 Dólares Americanos) como indemnización por el incumplimiento contractual de las obligaciones del Consorcio en el diseño y elaboración del expediente técnico, más los intereses legales moratorios que se devenguen desde el 17 de noviembre de 2014 hasta la fecha efectiva de pago, que calculados en la forma ya indicada hasta la fecha del Laudo, ascienden a US\$1.082,12. Los interés posteriores se determinarán en la forma ya indicada usando la calculadora del Banco Central de Reserva del Perú.

10.1.6 Cuarta pretensión principal de la Demanda y pretensión F. de la Reconvención

376. En la cuarta pretensión principal de la Demandante se solicitó:

"Que el Tribunal Arbitral ordene al PNSU asumir y reembolsar la integridad de los costos, honorarios de abogados, costas y gastos y gastos (administrativos de la Cámara de Comercio Internacional – Corte Internacional de Arbitraje y honorarios de los árbitros) vinculados a este procedimiento arbitral)".

377. En la pretensión F. de la Reconvención se pidió:

⁸⁹ <http://www.bcrp.gob.pe/apps/calculadora-de-intereses-legales/>

"F. Que el Tribunal Arbitral ordene al Demandante reembolsar al PNSU los costos, honorarios de asesoría legal, costas y gastos derivados del presente proceso arbitral."

378. Dado que ambas pretensiones versan sobre los gastos del proceso arbitral, el Tribunal Arbitral las analizará en conjunto y determinará la forma cómo las partes asumirán los gastos del presente proceso.

10.1.6.1 Posición de la Demandante

379. El Consorcio señala que el Tribunal Arbitral puede tomar en consideración el grado en que cada parte ha llevado a cabo el arbitraje de una manera rápida y rentable, por lo que tendrá en cuenta la conducta de cada parte y sancionará cualquier comportamiento irracional de una parte, al decidir sobre los costos.

380. A tal efecto señala que el PNSU desde el inicio de este arbitraje ha mostrado una actitud procesal perniciosa; toda vez que ha incurrido en prácticas dilatorias. Ello se refleja en las dos ocasiones en que el PNSU se opuso a los árbitros designados por el Consorcio sustentándose en argumentos de mala fe y disonantes con la realidad de la práctica arbitral en el Perú, país que constituye la sede de este arbitraje.

381. Asimismo, expresa que en respuesta a la solicitud de arbitraje, el PNSU procedió a formular una demanda reconvenzional solicitando una cuantía exagerada y que no ha sido mérito de mayor sustento que justifique la razonabilidad de su pedido; razón por la cual, la Demandante se vio en la necesidad de solicitar la provisión separada de los gastos arbitrales.

382. Indica que el comportamiento ilegal y negligente del PNSU respecto tanto de la aprobación de la liquidación del Consorcio como por la negativa a llegar a consensos en las reuniones del acuerdo amigable, ocasionaron que el Consorcio tuviera que acudir a la jurisdicción arbitral de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional para dar una solución definitiva a las controversias suscitadas.

383. Por lo anterior, el Consorcio solicita al Tribunal Arbitral condenar al PNSU a asumir y reembolsar la integridad de los costos, honorarios de abogados, costas y gastos (administrativos de la Cámara de Comercio Internacional – Corte Internacional de Arbitraje y honorarios de los árbitros) vinculados a este procedimiento arbitral.

10.1.6.2 Posición de la Demandada

384. Por su parte, la Demandada señala que los argumentos del Consorcio carecen de sustento debido a que la cuantía solicitada en vía de Reconvención no es exagerada como señala la Demandante ni ha tenido por objeto impedir este procedimiento arbitral.

385. Afirma que esa imputación carece de todo sentido, pues como se ha evidenciado desde el momento de la liquidación del Contrato, el PNSU solicitó dichos conceptos. Por lo tanto, no se han creado sumas artificiales para obstaculizar el presente arbitraje, como desliza el Consorcio. Por el contrario, el PNSU en su Reconvención ajustó su pretensión disminuyéndola, por considerarlo adecuado para su defensa y para la finalidad y eficacia del presente arbitraje. No existe por lo tanto comportamiento procesal impropio como sostiene el Demandante.

386. Agrega que el PNSU no objetó la provisión separada de los costos del procedimiento y sin ninguna dilación ha cumplido con el pago de lo que le corresponde.
387. La Demandada señala tres hechos objetivos que el Tribunal Arbitral debería tomar en consideración respecto de la conducta del Consorcio en lo que va del procedimiento.
388. Primero, el Consorcio incumplió injustificadamente la regla procesal de numeración consecutiva de anexos establecida en la regla número 8 de la Orden Procesal N° 1.
389. Segundo, el Consorcio convirtió la etapa de Solicitud y Exhibición de Documentos en una etapa de discusión de los méritos, cuando esa claramente no era la oportunidad para hacerlo.
390. Tercero, la insistencia y el facilismo con que la Demandante ha recurrido a imputar de mala fe al PNSU, lo que a opinión del PNSU debe ser tomado en cuenta. Estas acusaciones se han repetido en todas y cada una de las secciones de todos los escritos del Consorcio en lo que va de este arbitraje. La frecuencia de acusación es particularmente delicada pues alude indirectamente a los asesores legales y representantes del PNSU en este arbitraje.

10.1.6.3 Consideraciones del Tribunal Arbitral

391. Teniendo en cuenta que en el convenio arbitral celebrado entre el PNSU y el Consorcio no existe pacto expreso de las partes sobre la decisión que deba tomarse en materia de costos del arbitraje⁹⁰, el

⁹⁰ Artículo 11.2 del Contrato:

Si se origina una controversia entre las partes que no pueda ser resuelta amigablemente dentro de los treinta (30) días después de recibida por una de las partes la solicitud de la otra para un arreglo amical, esto podrá ser definido en Arbitraje Internacional conforme al Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio.

Tribunal Arbitral considera que corresponde aplicar lo dispuesto en el Reglamento de la ICC⁹¹.

392. El artículo 37° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional dispone lo siguiente respecto de la decisión sobre los costos del arbitraje:

"1. Los costos del arbitraje incluirán los honorarios y los gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos de la CCI determinados por la Corte de conformidad con el arancel vigente en la fecha de inicio del arbitraje, los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el Tribunal Arbitral y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

"...

"4. El laudo final fijará los costos del arbitraje y decidirá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.

"5. Al tomar decisiones sobre costos, el Tribunal Arbitral podrá tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo la medida en la que cada parte haya conducido el arbitraje de forma expedita y eficaz en término de costos".

393. En función al artículo que precede y tomando en consideración los criterios que establece la ICC⁹² en relación con el control de tiempos y costos en el arbitraje, el Tribunal Arbitral considera que al fijar la forma como se asignan los costos debe tomar en cuenta

⁹¹ Regla 9 del Acta de Misión de fecha 19 de mayo de 2015:

«Por acuerdo de la Partes, las reglas de procedimiento aplicables son las contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el cual será el Reglamento en vigor a partir del 1° de enero de 2012, y en las órdenes o directivas procesales que sean emitidas por el Tribunal Arbitral

Las decisiones, directivas y órdenes procesales podrán ser suscritas y emitidas por el Presidente del Tribunal Arbitral en representación del Tribunal Arbitral».

⁹² <http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2015/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration/>

cualquier comportamiento irrazonable de una de las partes. El comportamiento irrazonable podría incluir:

- Excesivas solicitudes de documentos.
- Argumentos jurídicos excesivos.
- Excesivo conainterrogatorio.
- Tácticas dilatorias.
- Reclamaciones exageradas.
- Incumplimiento de órdenes procesales.
- Solicitudes de medidas provisionales injustificadas.
- Incumplimiento injustificado del calendario procesal.

394. Analizando la actuación procesal de las partes el Tribunal Arbitral encuentra que no hubo excesiva solicitud de documentos. Así mismo, los argumentos expuestos por las partes fueron los necesarios para que defendieran sus posiciones.

395. En la Audiencia Oral se hizo uso del tiempo de forma prudente, correcta y proporcional para cada parte. Además, el Tribunal Arbitral -a solicitud de las partes- mediante cronograma fijó un tiempo para que las partes preguntaran e hicieran sus réplicas; por lo que no hubo un uso de excesivo del conainterrogatorio sino uno ajustado a lo solicitado por las partes y a las necesidades de la prueba.

396. Así mismo, no ha existido tácticas dilatorias. En este caso, las Partes han colaborado para un rápido y eficaz proceso arbitral cumpliendo todas las órdenes procesales dentro de los plazos otorgados.

397. Finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia del cumplimiento del calendario procesal establecido, habiéndose llevado en general cada etapa dentro de los plazos señalados.

398. Lo anterior lleva al Tribunal Arbitral a concluir que la conducta de las Partes en el presente proceso no debe tener consecuencias en la distribución de los costos.

399. Sin embargo, el Tribunal Arbitral sí considera que los costos deben distribuirse entre las dos Partes teniendo en cuenta la proporción en la que prosperaron sus pretensiones, y las que contra cada una de ellas formuló la parte contraria.

400. Para este efecto, encuentra el Tribunal Arbitral que el Consorcio indica lo siguiente en su escrito de declaración de costos⁹³:

Descripción	Monto
1. Cámara de Comercio Internacional	US\$ 26,000.00
2. Honorarios Arbitrales	US\$ 59,000.00
3. Asesoría Legal Estudio Navarro Sologuren, Paredes Gray	US\$ 239,308.11
4. Pericia del abogado Mario Linares	US\$ 17,934.78
TOTAL EN DOLARES	US\$ 342,242.89
Servicio de grabación Audiencia final	S/. 1,416.00
5. Courier para entrega de documentos al exterior	S/. 7,080.82
6. Servicios de impresiones y copias	S/. 423.30
TOTAL EN SOLES	S/. 8,920.12

401. Por su parte, el PNSU informa lo siguiente en su escrito de declaración de costos⁹⁴:

Descripción	Monto
1. Cámara de Comercio	S/. 1'019,050.00

⁹³ Escrito de Declaración de Costos del Consorcio del 24 de octubre de 2016, página 2

⁹⁴ Escrito de Declaración de Costos del PNSU del 17 de octubre de 2016, página 1

Internacional	
2. Asesor Técnico Ing. William Delgado	S/. 118,500.00
3. Asesoría Legal Estudio Paitan & Asociados S. Civil	S/. 550,000.00
4. Servicio de mensajería internacional	S/. 4,021.63
TOTAL	S/. 1'691,571.63

402. Partiendo de las cifras informadas por las Partes y el criterio que ha fijado el Tribunal Arbitral, el mismo procede a determinar la proporción en que cada parte debe asumir los costos fijados por la Corte.

403. Para efectos de la determinación de los costos debe señalarse que la Corte en su sesión del 23 de enero de 2017, fijó los costos del arbitraje en US\$ 284.000 (Doscientos ochenta y cuatro mil con 00/100 Dólares Americanos) y dispuso que de los US\$ 85.000 (Ochenta y cinco mil con 00/100 Dólares Americanos) recibidos de la Demandante se le reembolsarían US\$ 10.660 (Diez mil seiscientos sesenta con 00/100 Dólares Americanos), por lo que la suma pagada por ella equivale a US\$ 74.340 (Setenta y cuatro mil trescientos cuarenta con 00/100 Dólares Americanos), y de los US\$ 240.000 (Doscientos cuarenta mil con 00/100 Dólares Americanos) recibidos de la Demandada se le reembolsarían US\$ 30.340 (Treinta mil trescientos cuarenta con 00/100 Dólares Americanos), por lo que la suma pagada por ella asciende a US\$ 209.660 (Doscientos nueve mil seiscientos sesenta con 00/100 Dólares Americanos).

404. Teniendo en cuenta todo lo anterior, si bien ambas Partes han tenido una conducta apegada a la lealtad y buena fe procesal en este arbitraje, cierto es que la Demandante ha prevalecido en sus

pretensiones con creces. En efecto, se ha declarado fundada su primera pretensión principal y la mayoría de sus demás pretensiones. En cuanto al PNSU, ocurre al revés, la gran mayoría de sus pretensiones ha sido desestimada, excepto una (la de indemnización de daños y perjuicios relacionada a los defectos en las actividades de topografía del Consorcio) que fue parcialmente amparada.

405. A juicio del Tribunal Arbitral, independientemente de la buena o mala fe procesal, la sola existencia de un diferencial significativo en las decisiones a favor de una u otra parte en los temas de fondo y en los montos pretendidos o defendidos, debe ser causal relevante para una asignación de costos. Con ello, se busca incentivar a que las partes aprendan a negociar una solución antes de acudir a los mecanismos heterocompositivos como el arbitraje o un proceso judicial y se ponga a una parte lo más cerca de la situación anterior a que hubiese tenido si es que sus derechos se hubiesen respetado sin necesidad del proceso. En efecto, si la prevalencia es significativa, pero no se reconocen costos legales, ello haría que a los montos o derechos reconocidos a su favor se le debe deducir los costos legales para obtener dicho reconocimiento. Con ello, no se estaría cerca de reponer las cosas al estado anterior del incumplimiento de la obligación.

406. En ese contexto, el Tribunal Arbitral considera razonable que PNSU asuma una mayor parte de los costos del proceso que la que asuma el Consorcio. Respecto de los costos arbitrales (US\$ 240.000 en total), se aprecia que de por sí, PNSU ya asumió una mayor parte, pues el monto fijado por razón de su reconvenición fue mayor que el monto de la demanda. De esta manera, no resulta razonable hacer que PNSU pague al Consorcio parte o todos sus costos incurridos en los honorarios de los árbitros y de los gastos de la CCI, pues lo pagado por el Consorcio no ha sido significativo

en este aspecto. A lo anterior se agrega que la distribución de costos que resulta de los montos que corresponden a cada una de las partes por honorarios y gastos de la CCI, según la decisión de la Corte a la que se hizo referencia en el párrafo 403 guarda correspondencia con el resultado económico del proceso, tomando en cuenta el monto de las pretensiones formuladas por cada una de las partes y las sumas que se reconocen por el presente Laudo. Por ello, en esta materia considera el Tribunal Arbitral que cada parte debe asumir los pagos por concepto de honorarios de los árbitros y los gastos administrativos de la CCI.

407. Sin embargo, si resulta conveniente reconocerle al Consorcio parte de los costos del estudio de abogados que lo patrocinó, pues al fin y al cabo, debe reconocerse que si el Consorcio litigó en este arbitraje fue a raíz de la emisión del Oficio N° 4247 por parte del PNSU, oficio que fue declarado como ineficaz por este Tribunal Arbitral. En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera justo reconocer únicamente parte importante de los costos de la defensa del Consorcio, costos de la defensa legal del Consorcio que no deben incluir los honorarios de éxito⁹⁵ (US\$ 42,000.00), por lo que el total de los costos de la defensa legal descontando el honorario de éxito es de US\$ 197,308.11 (Ciento noventa y siete mil trescientos ocho con 11/100 Dólares Americanos).

408. Aterrizando lo expuesto a este caso, el criterio de este Tribunal Arbitral es que PNSU pague al Consorcio el 50% de los siguiente costos:

Asesoría Legal Estudio Navarro Sologuren, Paredes Gray	US\$ 197,308.11
Total 100%	US\$ 197,308.11

⁹⁵ Página 2 del escrito de Declaración de Costos del Consorcio

50%

US\$ 98,654.06

409. Es pertinente señalar que el Tribunal no considera procedente tomar en cuenta para este reconocimiento la comisión de éxito de los abogados del Consorcio, por razón del carácter aleatorio de los mismos y los componentes que pueden incluirse para determinar una estipulación de esta naturaleza que no necesariamente guardan estricta relación con la labor realizada.

410. En suma, PNSU debe pagar al Consorcio US\$ 98,654.06 (Noventa y ocho mil seiscientos cincuenta y cuatro con 06/100 Dólares Americanos) de los costos que éste asumió en su estudio de abogados. Los demás costos serán asumidos por cada Parte, es decir, el Consorcio deberá asumir el costo que declara por Pericia, Courier para entrega de escritos al extranjero y servicios de impresiones y copias y costos de servicio de grabación de la audiencia, conforme lo declarado por ellos mismos, y el PNSU deberá asumir el costo que declara por Asesoría Legal, Asesor Técnico y servicio de mensajería internacional, conforme lo declarado por ellos mismos.

411. Con base a lo dispuesto sobre los gastos en el presente proceso, el Tribunal Arbitral declara que prospera parcialmente la cuarta pretensión principal de la Demanda en la que el Consorcio solicita que el PNSU sea condenada a asumir los gastos del presente proceso arbitral. De la misma forma, el Tribunal Arbitral declara que no prospera la pretensión F. de la Reconvención en la que el PNSU solicita que sea el Consorcio quien asuma todos los gastos del presente proceso y dispone que los gastos del proceso se distribuyan de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Arbitral en los numerales precedentes del presente laudo, es decir, que PNSU pague al Consorcio la suma de US\$ 98,654.06 (Noventa y ocho mil seiscientos cincuenta y cuatro con 06/100 Dólares Americanos)

10.2 Los puntos litigiosos

412. En relación con los puntos litigiosos señalados en el Acta de Misión el Tribunal llega a las siguientes conclusiones, cuyos fundamentos se exponen a lo largo de este Laudo:

413. ¿Existió silencio positivo frente a la liquidación presentada por la Demandante al PNSU?

Respuesta.- Efectivamente el Tribunal Arbitral ha encontrado acreditado que se produjo un silencio positivo frente a la liquidación presentada por la Demandante al PNSU, porque la Demandada no objetó la liquidación en la forma prevista en la LCAE.

414. ¿Existe un saldo a favor de la Demandante como consecuencia de la liquidación que debe ser pagado por la Demandada?

Respuesta.- Existe un saldo a favor de la Demandante como consecuencia de la liquidación cuyo pago se ordena en el presente Laudo por US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/200 Dólares Americanos) más IGV. En este sentido, el Tribunal Arbitral precisa que adicionalmente a la suma de US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos) reconocidos corresponde reconocer por concepto de IGV a favor del Consorcio – que de acuerdo al artículo 17° de la Ley del Impuesto General a las Ventas es el 18% del monto reconocido- la suma de US\$ 5,354.89 (Cinco mil trescientos cincuenta y cuatro con 89/100 Dólares Americanos). El Tribunal Arbitral precisa que los US\$ 5,354.89 (Cinco mil trescientos cincuenta y cuatro con 89/100 Dólares Americanos) es el 18% de US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos).

415. ¿Existe un incumplimiento de la Demandada al no entregar el certificado de conformidad de servicios del Contrato?

Respuesta.- Existe un incumplimiento de la parte Demandada al no entregar el certificado de conformidad de servicios del contrato, en la medida en que el mismo debía ser entregado una vez aprobada la liquidación.

416. ¿Incurrió la Demandante en costos financieros por los alegados incumplimientos de la Demandada?

Respuesta.- No se acreditaron costos financieros, entendidos como costos de emisión, renovación y mantenimiento de las cartas fianzas tanto de fiel cumplimiento como por pago adelantado, por razón de los incumplimientos de la Demandada. Tampoco tiene derecho a una compensación por la pérdida de oportunidad que no aparece acreditado. La Demandante en todo caso tiene derecho al pago de intereses legales moratorios por el no pago de la liquidación del Contrato.

417. ¿Tiene derecho la Demandante al reconocimiento de costos financieros en que haya incurrido por los alegados incumplimientos de la Demandada?

Respuesta.- La Demandante tiene derecho al reconocimiento de intereses moratorios, pero no tiene derecho a otros costos financieros, entendidos en la forma indicada, por los incumplimientos de la Demandada.

418. ¿Debe liquidarse el contrato en la forma que solicita la Demandada en su Demanda de Reconvención?

Respuesta.- No debe liquidarse el contrato en la forma que solicita la Demandada, pues el mismo quedó liquidado en la forma como lo señaló la Demandante por la aplicación del silencio positivo.

419. ¿Tiene derecho la Demandada al pago de la suma solicitada por recálculo de las valorizaciones del contrato de consultoría?

Respuesta.- La Demandada no tiene derecho al pago de la suma solicitada por recálculo de las valorizaciones del Contrato, como quiera que el mismo quedó liquidado en la forma propuesta por la Demandante en el Oficio N° 147.

420. ¿Tiene derecho la Demandada al pago de perjuicios por el incumplimiento de las funciones del Consorcio en las obras del lote 4, lote 5 y lote 3 A?

Respuesta.- La Demandada tiene derecho al pago de perjuicios por las obras en el Lote 3A, pues la liquidación no impide reclamar el pago de perjuicios por incumplimiento de las obligaciones que no pueden ser apreciados al recibo de la prestación y está acreditado el incumplimiento de sus obligaciones por el Consorcio.

421. ¿Deben aplicarse a la Demandante las penalidades según la cláusula 9.5 del Contrato?

Respuesta.- No hay lugar a aplicar las penalidades de conformidad con la cláusula 9.5 del Contrato, pues las mismas se fundan en la no entrega oportuna de los Informes, y en su momento el PNSU no formuló reparos en esta materia ni tampoco descontó la penalidad del siguiente pago.

422. ¿Qué decisión debe tomarse en materia de gastos de arbitraje?

Respuesta.- El Tribunal Arbitral ordena que cada parte asuma los pagos realizados a la CCI por concepto de honorarios de los árbitros y los gastos administrativos de la CCI y que el PNSU pague al Consorcio la suma de US\$ 98,654.06 (Noventa y ocho mil seiscientos cincuenta y cuatro con 06/100 Dólares Americanos) correspondiente al 50% de los costos legales del Estudio que los patrocina, suma que no incluye los honorarios de éxito. Finalmente,

el Tribunal Arbitral ordena que los demás costos sean asumidos por cada Parte, es decir, el Consorcio deberá asumir el costo que declara por Pericia, Courier para entrega de escritos al extranjero y servicios de impresiones y copias y costos de servicio de grabación de la audiencia, conforme lo declarado por ellos mismos y el PNSU deberá asumir el costo que declara por Asesoría Legal, Asesor Técnico y servicio de mensajería internacional, conforme lo declarado por ellos mismos.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

423. En función de lo expuesto, el Tribunal Arbitral adopta las siguientes determinaciones:

Primero: Declarar que prospera la primera pretensión de la Demanda y, por consiguiente, declarar que en aplicación del artículo 43^a de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se tiene por aprobada para todos los efectos legales la liquidación del Contrato de Servicios de Consultoría para la Supervisión de Obras del Proyecto de Mejoramiento y Expansión de los Sistemas de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de las ciudades Piura, Castilla y Chimbote, celebrado entre el Pronap, hoy Programa Nacional de Saneamiento Urbano - PNSU, y el Consorcio Nippon Koei -Oist, presentada por este último el 12 de noviembre del 2012 y; en consecuencia, ordenar al Programa Nacional de Saneamiento Urbano – PNSU el pago de la suma correspondiente al saldo a favor del Consorcio Nippon Koei -Oist, de US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos) más el Impuesto General a las Ventas - IGV suma que asciende a US\$ 5,354.89 (Cinco mil trescientos cincuenta y cuatro con 89/100 Dólares Americanos). El Tribunal Arbitral precisa que los US\$ 5,354.89 (Cinco mil trescientos cincuenta y cuatro con 89/100 Dólares Americanos) es

el 18% de US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos).

Segundo: Declarar que prospera la segunda pretensión de la Demanda y; en consecuencia, ordenar al Programa Nacional de Saneamiento Urbano – PNSU que emita y entregue al Consorcio Nippon Koei -Oist el Certificado de Conformidad de Servicios del Contrato de Servicios de Consultoría para la Supervisión de Obras del Proyecto de Mejoramiento y Expansión de los Sistemas de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de las ciudades Piura, Castilla y Chimbote entre el Pronap, hoy Programa Nacional de Saneamiento Urbano - PNSU, y el Consorcio Nippon Koei -Oist.

Tercero: Declarar que prospera la tercera pretensión de la Demanda, por lo que se ordena al Programa Nacional de Saneamiento Urbano - PNSU pague al Consorcio Nippon Koei -Oist a título de resarcimiento por la demora en pagar el saldo de la liquidación, los intereses moratorios calculados de conformidad con la tasa publicada por el Banco de Reserva del Perú sobre el monto de US\$ 29,749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos) desde el 4 de febrero de 2013 hasta la fecha en que se realice el pago. Dichos intereses legales moratorios hasta el 30 de enero de 2017 (fecha de emisión del laudo) ascienden a US\$ 608.90 (Seiscientos ocho con 90/100 Dólares Americanos), de acuerdo a la calculadora de intereses legales del Banco Central de Reserva del Perú⁹⁶. A pesar de haberse liquidado parte de los intereses legales moratorios hasta 30 de enero de 2017, el Tribunal Arbitral precisa que para cuando se liquide los intereses legales moratorios desde el 31 de enero de 2017 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, estos intereses deberán liquidarse usando la calculadora que establece el Banco Central de Reserva del Perú en su página web⁹⁷; para ello,

⁹⁶ <http://www.bcrp.gob.pe/apps/calculadora-de-intereses-legales/>

⁹⁷ <http://www.bcrp.gob.pe/apps/calculadora-de-intereses-legales/>

Arbitraje CCI N° 20513/ASM
CONSORCIO NIPPON KOEI – OIST (Perú) ("Demandante")
G/
PROGRAMA NACIONAL DE SANEAMIENTO URBANO – PNSU (Perú) ("Demandada" o
"PNSU")

deberán consignar el monto de la deuda, es decir US\$ 29'749.40 (Veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve con 40/100 Dólares Americanos); el día inicial desde que se computa los intereses legales moratorios, es decir, 31 de enero de 2017 y el día en que se haga efectivo el pago; de esta manera automáticamente, la calculadora de intereses legales del Banco Central de Reserva del Perú⁹⁸ mostrará el "intereses generado" en el periodo solicitado, siendo esa la cantidad que debe pagar el PNSU al Consorcio por concepto de intereses legales moratorios.. Además, el Tribunal ordena al Programa Nacional de Saneamiento Urbano PNSU devuelva al Consorcio Nippon Koei-Oit las Cartas Fianzas que se mantienen vigentes. Se niega el reconocimiento de los costos financieros y a la pérdida de oportunidad, por las razones explicadas en el parte considerativa del presente laudo.

Cuarto: Declarar que prospera parcialmente la pretensión D. de la Reconvención y por ello se ordena al Consorcio Nippon Koei-Oist pagar al Programa Nacional de Saneamiento Urbano - PNSU la suma de US\$ 145,444.22 (Ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y cuatro con 22/100 Dólares Americanos) como indemnización por el incumplimiento contractual de las obligaciones del Consorcio Nippon Koei -Oist respecto del diseño y elaboración del Expediente Técnico de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales San Martín correspondientes al Lote 3A, más los intereses legales moratorios con base en la tasa de intereses legal establecida por el Banco Central de Reserva del Perú que se causarán desde la fecha de interposición de la Absolución a la Petición Arbitral, es decir, desde el 17 de noviembre de 2014, hasta la fecha del pago. Dichos intereses ascienden hasta la fecha del laudo a la suma de US\$1,082.12. Los intereses posteriores se determinarán con la calculadora de intereses legales del Banco Central de Reserva del Perú⁹⁹

⁹⁸ <http://www.bcrp.gob.pe/apps/calculadora-de-intereses-legales/>

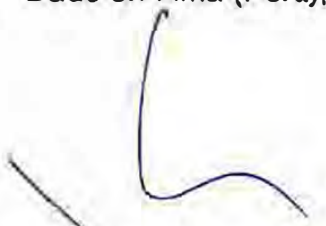
⁹⁹ <http://www.bcrp.gob.pe/apps/calculadora-de-intereses-legales/>

Quinto: Respecto de la pretensión de costos (Cuarta pretensión de la Demanda y pretensión F de la Reconvención) el Tribunal Arbitral determina que cada parte asumirá los pagos entregados a la Cámara de Comercio Internacional CCI y que el Programa Nacional de Saneamiento Urbano PNSU adicionalmente pagará al Consorcio Nippon Koei -Oist la suma de US\$ 98,654.06 (Noventa y ocho mil seiscientos cincuenta y cuatro con 06/100 Dólares Americanos) correspondiente al 50% de los costos legales del Estudio que los patrocina, suma que no incluye los honorarios de éxito . Finalmente, el Tribunal Arbitral ordena que los demás costos sean asumidos por cada Parte, es decir, el Consorcio deberá asumir el costo que declara por Pericia, Courier para entrega de escritos al extranjero y servicios de impresiones y copias y costos de servicio de grabación de la audiencia, conforme lo declarado por ellos mismos y el PNSU deberá asumir el costo que declara por Asesoría Legal, Asesor Técnico y servicio de mensajería internacional, conforme lo declarado por ellos mismos. En este sentido prospera parcialmente la cuarta pretensión de la Demanda.

Sexto: Declarar que no prosperan las pretensiones A., B., C y E. de la Reconvención presentada por el Programa Nacional de Saneamiento Urbano – PNSU.

Séptimo: Todas las demás pretensiones y solicitudes de las partes son rechazadas.

Dado en Lima (Perú), a los 30 días del mes de enero de 2017,


NATALE JUAN CAMILO AMPRIMO PLA

Coárbitro


CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

Coárbitro

Arbitraje CCI N° 20513/ASM
CONSORCIO NIPPON KOEI – OIST (Perú) ("Demandante")
c/
PROGRAMA NACIONAL DE SANEAMIENTO URBANO – PNSU (Perú) ("Demandada" o
"PNSU")



JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Presidente del Tribunal Arbitral



INDICE

1	DEFINICIONES	1
2	NOMBRES COMPLETOS, DESCRIPCIÓN Y DIRECCIÓN DE LAS PARTES	4
2.1	Demandante.....	4
2.2	Demandada.....	4
3	NOMBRES DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LAS PARTES Y DIRECCIONES A LAS CUALES SE CURSARÁN NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES EN EL PRESENTE ARBITRAJE:	6
3.1	Representantes de la Demandante.....	6
3.2	Representantes de la Demandada.....	6
4	TRIBUNAL ARBITRAL	8
4.1	Coárbitro designado por la Demandante.....	8
4.2	Coárbitro designado por la Demandada.....	9
4.3	Presidente del Tribunal Arbitral.....	9
5	ACUERDO DE ARBITRAJE	10
6	DERECHO APLICABLE	10
7	SEDE DEL ARBITRAJE	11
8	IDIOMA DEL ARBITRAJE	11
9	ANTECEDENTES PROCESALES	11
9.1	Los antecedentes de la controversia.....	21
9.1	Las pretensiones sometidas al Tribunal Arbitral.....	24
9.1.1	Pretensiones de la Demandante.....	24
9.1.2	Pretensiones de la Demandada.....	26
10	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LOS ASPECTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN	28
10.1	Examen de las pretensiones de las Partes.....	28
10.1.1	Primera pretensión de la Demanda y pretensión A de la Reconvención.....	29
10.1.1.1	Posición de la Demandante.....	30
10.1.1.2	Posición de la Demandada.....	39
10.1.1.3	Consideraciones del Tribunal Arbitral.....	45
10.1.1.4	Conclusión.....	67
10.1.2	Segunda pretensión principal de la Demanda y pretensión B de la Reconvención.....	67
10.1.2.1	Posiciones de las Partes.....	68
10.1.2.2	Consideraciones del Tribunal Arbitral.....	74

Arbitraje CCI N° 20513/ASM
CONSORCIO NIPPON KOEI – OIST (Perú) ("Demandante")

α'
PROGRAMA NACIONAL DE SANEAMIENTO URBANO – PNSU (Perú) ("Demandada" o
"PNSU")

10.1.3	Tercera pretensión de la Demanda y E de la Reconvención.....	80
10.1.3.1	Posición de las Partes.....	80
10.1.3.2	Consideraciones del Tribunal Arbitral.....	85
10.1.4	Pretensión C. de la Reconvención	92
10.1.4.1	Posición de las partes	93
10.1.4.2	Consideraciones del Tribunal Arbitral.....	94
10.1.5	Pretensión D. de la Reconvención.	97
10.1.5.1	Posición de la Demandada	98
10.1.5.2	Posición de la Demandante.....	101
10.1.5.3	Consideraciones del Tribunal Arbitral.....	105
10.1.6	Cuarta pretensión principal de la Demandante y pretensión F. de la reconvención	118
10.1.6.1	Posición de la Demandante	119
10.1.6.2	Posición de la Demandada	120
10.1.6.3	Consideraciones del Tribunal Arbitral.....	121
10.2	Los puntos litigiosos.....	129
	Decisión del Tribunal Arbitral.....	132