

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



“Informe jurídico sobre el laudo CCI N° 201513/ASM: Controversia
entre el Consorcio Nippon Koei-Oist y el Programa Nacional de
Saneamiento Urbano”

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

Lesly del Pilar Pacheco Chavarría

Asesor:

Lenin William, Mayorga Elías

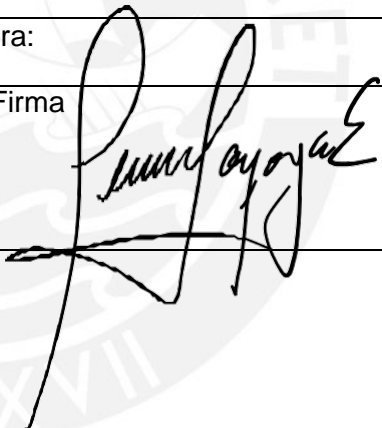
Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, MAYORGA ELIAS, LENIN WILLIAM, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre el laudo CCI N° 201513/ASM: Controversia entre el Consorcio Nippon Koei-Oist y el Programa Nacional de Saneamiento Urbano", del/de la autor/a PACHECO CHAVARRIA, LESLY DEL PILAR, de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 03/06/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 03 de junio del 2024.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>MAYORGA ELIAS, LENIN WILLIAM</u>	
DNI: 44109914	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1637-8318	

RESUMEN:

El presente informe consiste en el análisis de lo resuelto en el laudo arbitral emitido en el expediente N° 20513/ASM. Este arbitraje se originó a raíz de la suscripción del Contrato de Préstamo JBIC/PE-P25, entre el Programa Nacional de Saneamiento Urbano (en adelante, PNSU) y el Consorcio Nippon Koei -Oist (en adelante, el Consorcio) para la ejecución del contrato de consultoría de obra para la implementación del proyecto “Mejoramiento y Expansión de los Sistemas de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de las ciudades de Piura- Castilla y Chimbote” (en adelante, el Contrato de Consultoría), en marco de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, LCAE) y el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, RLCAE) aprobado por Decreto Supremo N° 039-98-PCM, normas vigentes en ese momento.

La controversia radica en que, tras la culminación de sus prestaciones, el Consorcio presentó su liquidación del Contrato de Consultoría; sin embargo, la Entidad remitió un pronunciamiento por medio de la cual rechazaba dicha liquidación; no obstante, el Consorcio consideraba que no resulta válida la mencionada liquidación, ya que no habría cumplido con los requisitos para conformar un acto administrativo. Por su parte, el PNSU consideró que sí cumplió con los requisitos de validez, en tanto, estimaba que se trataba de un acto administrativo válido, oportuno y eficaz.

Según lo expuesto, en el presente informe jurídico se pretende analizar la naturaleza de la liquidación realizada por el PNSU, si es un acto administrativo o no, y determinar los requisitos de validez para su emisión, si la Entidad cumplió o no con elaborar la liquidación conforme a la normativa aplicable al caso. Para ello se contrastará los alegatos presentados por parte del Consorcio, la Entidad y el Tribunal Arbitral. Además, se abordará la implicancia de la liquidación respecto a la aplicación de las penalidades, sobre su naturaleza y procedimiento en el contrato. Finalmente, se abordará lo concerniente a la emisión del certificado de conformidad de servicio

ABSTRACT:

This report consists of an analysis of the arbitration award issued in Case No. 20513/ASM. This arbitration arose from the execution of Loan Agreement JBIC/PE-P25, between the National Urban Sanitation Program (hereinafter, PNSU) and the Nippon Koei -Oist Consortium (hereinafter, the Consortium) for the execution of the works consultancy contract for the implementation of the project "Improvement and Expansion of the Drinking Water Supply and Sewerage Systems of the cities of Piura-Castilla and Chimbote" (hereinafter, the Consultancy Contract), within the framework of Law No. 26850, Law of Contracts of the National Urban Sanitation Program (hereinafter, the Consultancy Contract), The Consulting Contract), under Law No. 26850, State Contracting and Procurement Law (hereinafter, LCAE) and the Regulations of the State Contracting and Procurement Law (hereinafter, RLCAE) approved by Supreme Decree No. 039-98-PCM, rules in force at that time.

The controversy lies in the fact that, after the completion of its services, the Consortium submitted its settlement of the Consulting Contract; however, the Entity sent a pronouncement rejecting said settlement; however, the Consortium considered that said settlement was not valid, since it did not comply with the requirements to constitute an administrative act. On the other hand, the PNSU considered that it did comply with the requirements of validity, since it considered that it was a valid, timely and effective administrative act.

According to the above, the purpose of this legal report is to analyze the nature of the settlement made by the PNSU, whether it is an administrative act or not, and to determine the validity requirements for its issuance, whether the Entity complied or not with the preparation of the settlement in accordance with the regulations applicable to the case. To this end, the allegations presented by the Consortium, the Entity and the Arbitral Tribunal will be contrasted. In addition, the implications of the liquidation regarding the application of penalties, their nature and procedure in the contract will be discussed. Finally, the issue of the certificate of conformity of service will be discussed.

ÍNDICE

n ÍNDICE DE FIGURAS:	4
n MARCO JURÍDICO APLICABLE AL CASO:	4
I. INTRODUCCIÓN:	8
1.1. Justificación de la elección de la resolución:	8
1.2. Presentación del caso:	9
1.3. Antecedentes:	11
1.4. Hechos relevantes del caso:	13
LÍNEA DEL TIEMPO DEL CASO:	16
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	17
n Problema principal	17
n Problemas secundarios	17
n Problemas complementarios	17
III. POSICIÓN DE LA CANDIDATA:	17
3.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios:	17
3.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución:	20
IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS:	22
4.1 Sobre si la emisión de liquidación es un acto administrativo o un acto administrativo contractual:	22
CUADRO DE DIFERENCIAS DE ACTO ADMINISTRATIVO Y ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL:	28
4.2 Sobre el procedimiento de liquidación:	30
4.3. Sobre la aplicación de penalidades:	35
4.4 Sobre el certificado de conformidad:	39
5. Conclusiones:	40
BIBLIOGRAFÍA:	40

D CUADRO DE DATOS PRINCIPALES DEL CASO:

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	Arbitraje CCI N° 20153/ASM
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho administrativo, Arbitraje, Contrataciones con el Estado
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	A-26
Demandante / Denunciante	Consorcio Nippon Koei- Oist
Demandado / Denunciado	Programa Nacional de Saneamiento Urbano (PNSU)
Instancia administrativa o jurisdiccional	Cámara de Comercio internacional de París Corte internacional de arbitraje
Terceros	No se presentan
Otros	-

▣ ÍNDICE DE FIGURAS:

Línea del tiempo	16
Diferencia de acto administrativo y acto administrativo contractual	28

▣ MARCO JURÍDICO APLICABLE AL CASO:

1. Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (vigente y aplicable al momento de ocurrida la controversia): ”

- “Artículo 41.-
Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

a) Garantías: La Entidad establecerá en el contrato las garantías que deberán otorgarse para asegurar la buena ejecución y cumplimiento del mismo, sin perjuicio de las penalidades aplicables que serán establecidas en el Reglamento de la presente Ley. A falta de estipulación expresa en el contrato, se aplicarán las penalidades establecidas en el Reglamento”.

- “Artículo 43 - Liquidación. -

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 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”.

2. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 039-98-PCM (vigente y aplicable al momento de ocurrida la controversia):

- “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 una delegación por parte de la más alta autoridad de la Entidad; llámese ésta Gerente, Gerente General, Secretario General, Secretario Ejecutivo, Director General o similares”.

- “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 hubieran multas, penalidades u observaciones hasta que sean absueltas o canceladas”.

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

En el caso de que existan observaciones, se levantará un Acta de observaciones, en las 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”.

- “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”.

3. Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (vigente y aplicable al momento de ocurrida la controversia):

- “Artículo IV del Título preliminar- 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.
 - 1.2. Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.
 2. Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo”.
- “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 habilitársele 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". .
- "Artículo 14.-
 - 14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.
 - 14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:
 - 14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.
 - 14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.
 - 14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.
 - 14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.
 - 14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial
 - 14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución.

I. INTRODUCCIÓN:

1.1. Justificación de la elección de la resolución:

Las contrataciones públicas son el principal mecanismo del Estado para cumplir sus objetivos, ya que son una fuente para dinamizar la economía, puestos de trabajo, entre otros, por lo que deben ser eficientes y eficaces en beneficio del interés público. En efecto, dichas contrataciones representan aproximadamente el 41% del presupuesto global, por lo que, es esencial que se asegure una correcta asignación de los recursos, esto puede ser con la provisión de bienes y servicios públicos en relación con la necesidad de la sociedad (Contraloría General de la República, 2023).

En esa línea, para salvaguardar ello, el arbitraje en las contrataciones públicas se presenta como una herramienta con grandes ventajas, frente a la administración de justicia, por ser más oportuno y expeditivo para solucionar las controversias que se presentan en la fase de la ejecución contractual.

En ese sentido, mediante la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del 30 de julio de 1997, se dio un gran avance porque ordenaba las normativas de los sistemas de contrataciones, esto es, la regulación respecto a los procedimientos para contratar la adquisición de bienes, servicios y contratos de obras con el Estado todo ello sintetizado en un solo instrumento.

Asimismo, se introdujo el arbitraje como el medio de solución de controversias para la fase contractual, cuyo ejercicio y desarrollo ha sido fundamental en materia de Contrataciones del Estado, el que se mantiene en las distintas modificatorias hasta el vigente Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019 (en adelante, TUOLCE).

Ahora bien, en el presente informe jurídico se analizará el arbitraje relacionado al expediente N° 20513/ASM, el cual desarrolla la controversia originada entre el PNSU y el Consorcio Nippon Koei -Oist en el marco de un contrato de consultoría de obra. Se plantea discutir sobre la naturaleza y las condiciones para la validez de la liquidación elaborada por la Entidad. En esa línea, el presente informe evaluará los distintos argumentos aportados por las partes y que dieron lugar a declarar como inválida la liquidación presentada por la Entidad.

Sumado a ello, otro de los principales propósitos del informe es plantear una posición respecto a la naturaleza de las decisiones de la Entidad en una relación contractual, siendo que se tratarían de actos administrativos contractuales. Al respecto, esto ha sido objeto de gran debate hasta la fecha, más aún cuando nuestro ordenamiento jurídico no ha planteado su reconocimiento jurídico. Por último, se tratarán temas secundarios como la aplicación de las penalidades, su naturaleza y el procedimiento de estas, al igual que, lo referido al certificado de conformidad que solicitaba el Consorcio.

1.2. Presentación del caso:

En el presente estudio se analizarán las posturas jurídicas de las partes expuestas en el proceso arbitral en cual el Consorcio Nipon Koei- OIST interpuso la demanda arbitral en contra del PNSU, en tanto no consideraba válida la liquidación emitida por dicha Entidad, debido a que no fue expedida conforme a la formalidad señalada en el artículo 43 de la LCAE. En ese sentido, el problema principal de la controversia radica respecto a la validez de la referida liquidación realizada por el PNSU, pues se cuestiona su naturaleza, el procedimiento y los efectos de dicho acto.

La controversia se suscitó cuando el Consorcio presentó su liquidación mediante Carta N° 147, tras la culminación de sus obligaciones derivadas del Contrato de Consultoría, este remitió dicha comunicación con el fin de que la Entidad emitiera su pronunciamiento y procediera con el pago. No obstante, la Entidad se pronunció por medio del **Oficio N° 4247**, declarándola improcedente; al igual que presentó un recálculo de las valorizaciones; la imputación de penalidades por la supuesta demora en la ejecución de sus obligaciones; y, por último, solicitó la indemnización por daños y perjuicios hacia el PNSU.

Por su parte, el Consorcio manifestó que la liquidación de la Entidad resultaba inválida, debido a que no habría sido emitida **por un acuerdo o resolución correspondiente a lo dispuesto en el artículo 43 de la LCAE**, pues fue notificada vía oficio. Además, señalaba que dicho acto no se encontraba debidamente motivado, porque, no se habrían adjuntado las pruebas que sustentaban los cálculos realizados por la Entidad. Por lo tanto, el Consorcio consideraba que su liquidación habría quedado aprobada y la Entidad debía cumplir con el pago correspondiente.

En atención a dicha controversia, el Consorcio sometió a arbitraje la aprobación de la liquidación efectuada por este, así como se determine el pago del saldo a favor por un total de US\$ 29,749.40 (Veintinueve Mil Setecientos Cuarenta y Nueve con 40/100 dólares americanos). Asimismo, solicitó que se ordene la emisión y entrega al Consorcio del certificado de conformidad de servicios del contrato; el pago de resarcimiento por la demora en el pago de la prestación; y, la devolución de las cartas fianzas.

Por otra parte, el PNSU presentó su reconvencción por medio de la cual solicitaba al Tribunal Arbitral que se reconozca la liquidación realizada por la Entidad, en tanto resultaba oportuna, válida y eficaz. Así también, solicitó que se declare válida la aplicación de penalidades; se le reconozca el pago de una indemnización por incumplimiento contractual de las obligaciones del Consorcio; y, la ejecución de las cartas fianzas.

Luego de llevadas a cabo las correspondientes actuaciones arbitrales, el Tribunal Arbitral resolvió aprobar la liquidación efectuada por el Consorcio y ordenó el pago de la suma correspondiente al saldo por parte del PNSU, y demás pretensiones que fueron declaradas fundadas, como la emisión y entrega del certificado de conformidad, el pago de resarcimiento y la devolución de las cartas fianzas. Por otro lado, se ordenó

también el pago de la indemnización por el incumplimiento contractual de las obligaciones del Consorcio a favor del PNSU.

Cabe señalar, que la postura del Tribunal Arbitral se sustentó únicamente en la denominación del documento, pese a que se pudo acreditar que el oficio fue emitido por el director ejecutivo del PNSU, siendo la autoridad competente acorde a lo señalado en el artículo 2 de la RLCAE. Así también, el Tribunal manifestó que dicha liquidación sí se encontraba debidamente motivada puesto que el PNSU expresó las razones por las que rechazaba la liquidación del Consorcio.

En ese orden de ideas, el Tribunal Arbitral señaló que al no ser válida dicha liquidación del PNSU, no surtía efecto alguno, por lo tanto, no consideró que hubiera un pronunciamiento por la Entidad, de modo que, se aplicó **el silencio administrativo positivo en favor del Contratista**, esto es, se confirmó la liquidación realizada por el Consorcio.

Como se afirmó, el Tribunal Arbitral determinó que la liquidación efectuada por la Entidad no era válida, por ende, había quedado aprobada la liquidación por parte del Contratista, en la que no se incluía la existencia de penalidades, no obstante, éste profundizó acerca de las penalidades en tanto resultaba relevante para la pretensión de la emisión del certificado de conformidad.

Habiendo explicado dicho aspecto, a criterio del Consorcio, las penalidades relacionadas a las observaciones que pretendía imponer el PNSU no se respaldaron con pruebas fehacientes, además que se presentaron por medio de un documento que carecía de la formalidad pertinente.

Por otro lado, el Contratista aludió a que la cláusula 9 numeral 5 literal 1 del contrato, establecía que si el Consorcio incurría en algún retraso, de forma automática se imponía la mora, también, establecía que se restarían las penalidades **en cada valorización**. No obstante, el Contratista manifestó que la Entidad le hizo entrega de los certificados de recepción provisional y de servicio de consultoría, los cuales acreditaron la conformidad del servicio prestado por el Consorcio.

Tales penalidades, debían ser aplicadas como parte del procedimiento del pago conforme a lo señalado en la cláusula 9 numeral 4 literal 2.2. De modo que, el PNSU habría generado la confianza legítima respecto a la conformidad del servicio, sin embargo, la Entidad pretendía inobservar su conducta y aplicar las penalidades en la liquidación final, no obstante, tomando en cuenta las condiciones del contrato, la Entidad estaría fuera de plazo para tal fin.

Por su parte, la postura de la Entidad fue rechazar que su actuación hubiera creado la presunción de que en caso de retraso por parte del Contratista no le correspondía alguna penalidad. Por lo que, expuso que los certificados emitidos por esta se otorgaron porque el Consorcio habría cumplido con las especificaciones de la prestación. Empero, a criterio de la Entidad, ello no confirmaba que considerase que estos serían aprobados o no. Por ende, ninguna de las certificaciones proporcionadas

al contratista significaba una renuncia para la aplicación de las penalidades de forma posterior, es decir, en la liquidación.

Al respecto, el Tribunal Arbitral indicó que la disposición 9 numeral 5 del contrato precisaba la oportunidad para que la Entidad efectuará la deducción de las penalidades era en la factura del siguiente mes. No obstante, se habría evidenciado que la Entidad realizó el pago de las valorizaciones sin la aplicación de las penalidades, por lo que, su atribución se habría efectuado fuera de plazo.

Del mismo modo, el Tribunal Arbitral verificó que se habría emitido certificados por parte de la Entidad que confirmaron la verificación por parte de esta sobre las prestaciones y que los mismos acreditaron el cumplimiento y la correcta ejecución por el Consorcio. Por tanto, se hubiera corroborado la aprobación de la ejecución de actividades, sin mayores inconvenientes.

Por otro lado, en relación al certificado de conformidad, el Consorcio señaló que solo se podía retener la entrega del certificado de prestación, cuando hubiera multas, penalidades u observaciones hasta que fueran absueltas o canceladas, acorde con el artículo 84 de la LCAE. Por tanto, si su liquidación estaba aprobada, se requería dicho certificado.

No obstante, el PNSU manifestaba que mientras que hubiera penalidades pendientes por retrasos del Consorcio, no cabía el otorgamiento del certificado de conformidad. Finalmente, el razonamiento del Tribunal fue que, al no ser válida la notificación del oficio N° 4247 y en tanto, no se hubiera comunicado las penalidades, correspondía la emisión del certificado de conformidad de servicios del Consorcio.

Habiendo abordado las cuestiones más relevantes del presente laudo, en cuanto a las posiciones de los sujetos, en la siguiente sección se abordarán los hechos más relevantes de la presente investigación.

1.3. Antecedentes:

El antecedente inmediato del presente arbitraje, lo constituye el Contrato de Préstamo PE-25 de fecha 09 de abril de 1999, que suscribieron el Estado y el Japan Bank for International Cooperation (JBIC), hoy nombrado Japan International Cooperation Agency (JICA) para el financiamiento para las obras del proyecto de Mejoramiento y Expansión de los Sistemas de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de las localidades de Castilla y Chimbote en Piura.

En atención a ello, el PNSU convocó el Concurso Internacional de Méritos N° 01-99/PRES/VMI/PRONAP, teniendo como ganador de la Buena Pro al Consorcio Nippon Koei-Oist. El 26 de junio del 2000 el PNSU y el Consorcio Nippon Koei-Oist firmaron el Contrato para la Supervisión de obras del mencionado proyecto por el monto de ¥ 305'120,354.00 (Trescientos Cinco Millones, Ciento Veinte Mil, Trescientos Cincuenta y Cuatro y 00/100 yenes japoneses) y US\$ 8'167,564.00 (Ocho Millones,

Ciento Sesenta y Siete Mil, Quinientos Sesenta y Cuatro y 00/100 dólares americanos).

El Consorcio estaba integrado por Nippon Koei- Oista, empresa dedicada a la consultoría y la prestación de servicios de asistencia técnica e ingeniería y la Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A., empresa dedicada a la ingeniería de consultoría que realiza la elaboración de estudios de ingeniería, supervisión de obras en las especialidades de hidráulica, saneamiento, entre otros.

El contrato comprendía el servicio de consultoría que se ejecutaría en cuatro etapas: i) revisión de los diseños definitivos del proyecto, al igual que un plan detallado de operación de los servicios y el expediente técnico final completo del proyecto, ii) apoyo al PNSU en la etapa de licitación, iii) la supervisión de la ejecución de las obras y iv) la supervisión de la puesta en marcha del proyecto. El contrato de consultoría tenía un plazo de ejecución de cuarenta (40) meses desde de la fecha de inicio, no obstante, se extendió hasta el período de diez (10) años.

Ahora bien, en la última fase de la ejecución de la prestación se originó la controversia en relación con la liquidación del contrato, dado que el Consorcio remitió su liquidación a fin de que el PNSU se pronuncie respecto a esta y proceda con el pago. Sin embargo, mediante el **Oficio N° 4247**, el PNSU declaró la improcedencia de la mencionada liquidación, así como realizó la suya.

Respecto a esta, el Consorcio consideró que el pronunciamiento que cuestionaba su informe de liquidación, no se encontraba de acuerdo a lo señalado en el **artículo 43 de la LCAE**. De modo que, solicitó un arreglo amigable con el PNSU, que finalmente no prosperó.

Así, el 23 de septiembre de 2014 el Consorcio presentó su Solicitud de Arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI acorde a lo dispuesto en la cláusula 11 numeral 2 del Contrato de Consultoría, esta mencionaba que ante una controversia que no pudiera ser resuelta amigablemente dentro de los treinta (30) días después de dicha solicitud, las partes acudirían al arbitraje internacional conforme al Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio.

El 27 de julio de 2015 el Consorcio presentó el memorial de la demanda arbitral. Por su parte, el 07 de octubre 2015 el PNSU presentó su contestación de la demanda arbitral y formuló reconvencción. En ese sentido, el 16 de diciembre de 2015 el Consorcio entregó su contestación a la reconvencción del PNSU. Tras ello, el 10 de octubre de 2016, la Entidad remitió sus alegatos post-audiencia, al igual que el 17 de octubre de 2016, el Consorcio presentó sus respectivos alegatos finales. Por último, el 30 de enero de 2017 se dictó el laudo arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje.

1.4. Hechos relevantes del caso:

De acuerdo con lo señalado por el Consorcio, el 12 de noviembre de 2012 remitió la **Carta N° 147-2012/L/NK-OIST** al PNSU, por medio de la que presentó su informe de

liquidación del Contrato de Consultoría, en el que sustentaba con documentación y cálculos detallados los servicios de Consultoría, concluyendo que se le adeudaba el monto de \$ 29,749.40 (Veintinueve Mil Setecientos Cuarenta y Nueve con 40/100 dólares americanos).

En respuesta a ello, el 21 de diciembre de 2012 la Entidad se pronuncia por medio del **Oficio N° 4247-2012/VIVIENDA/VMCS/PNSU/1.0** en el que declaró la improcedencia de la liquidación del contrato realizada por el Consorcio, a su vez, remite su propia liquidación. En esa línea, el PNSU solicitó lo siguiente: (i) el pago de las penalidades; (ii) la restitución de pagos indebidos de las valorizaciones; y, (iii) la indemnización por daños y perjuicios por el incumplimiento en la presentación de la verificación de los terrenos para la instalación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Martín (PTAR San Martín) por el monto de US \$ 4,738,559,20 (Cuatro Millones Setecientos Treinta y Ocho Mil, Quinientos Cincuenta y Nueve con 20 /10 dólares americanos).

Ante dicha controversia, el Consorcio acudió a arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional. El 27 de julio de 2015 presentó su Demanda, basada en las siguientes pretensiones: (i) la aprobación de la liquidación del contrato y, en consecuencia, se ordene el pago del saldo a favor; (ii) la emisión y la entrega del certificado de conformidad; (iii) el pago del resarcimiento por la demora del pago de la liquidación y la devolución de las cartas fianza; y, (iv) el reembolso de los costos, honorarios y gastos arbitrales.

La demandante alegó que el Oficio N° 4247, es decir, la liquidación realizada por la Entidad, se trataba de una manifestación del PNSU que no resultaba válida, debido a que **no habría cumplido con la formalidad establecida en los artículos 43 de la LCAE y 98 del RLCAE, esto es, que la liquidación de la Entidad sea expedida por medio de una resolución o acuerdo.**

De tal modo que, manifestaba que la notificación **vía oficio** era un documento simple **que no cumplía con los requisitos para ser un acto administrativo**. En esa línea, se cuestionaba elementos como la competencia, indicando que no habría sido realizado por la autoridad competente, es decir, **el director ejecutivo del PNSU no habría contado con las facultades para emitir la liquidación.**

Así también, cuestionaba el procedimiento de dicha actuación pues manifestaba que no se incluyó el análisis de áreas como la unidad de asesoría jurídica, intervención técnica o de la unidad de estudios. Además, se alegaba que el informe de liquidación no se habría encontrado debidamente motivado, puesto que no había documentación ni pruebas que sustentarán que se hubieran realizado de forma oportuna las observaciones por parte de la Entidad. Por último, respecto a la formalidad, se indicó la vulneración al principio de legalidad por la Entidad, ya que correspondía realizarse mediante un acuerdo o resolución según lo establecido en los artículos mencionados.

En tal sentido, a opinión del Consorcio, ante la falta de un pronunciamiento válido por el PNSU, se produjo **el silencio positivo administrativo a favor del Consorcio**, no habiendo originado alguna oposición por parte de la Entidad. En consecuencia, habría

quedado aprobada la liquidación del Consorcio con una suma a favor del mismo y, por consiguiente, los correspondientes intereses por el retraso en el pago.

Por su parte, el 07 de octubre de 2015 la Entidad presentó su Contestación de la demanda y formuló reconvencción en los siguientes términos: (i) que se declare la validez de la liquidación del PNSU presentada mediante el Oficio N° 4247; (ii) la existencia de penalidades imputables al Consorcio; y en consecuencia se ordene el pago de la penalidad máxima aplicable por USD 1'509,076.44 (Un Millón Quinientos Nueve Mil Setenta y Seis con 44/100 dólares americanos); (iii) la existencia y el pago de un saldo a favor del PNSU por el reajuste de las valorizaciones; (iv) el pago de una indemnización por el incumplimiento contractual de las obligaciones; (v) la ejecución de las cartas fianzas vigentes en garantía de fiel cumplimiento; y finalmente, (vi) el reembolso de los costos, honorarios y gastos del proceso arbitral.

La Entidad manifestó que la liquidación notificada al Consorcio era válida, en tanto cumplía con los requisitos para el surgimiento del acto administrativo, es decir, los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), norma aplicable al momento de surgida la controversia.

Al respecto, esta alegaba que se habría acreditado que dicho acto fue emitido por la máxima autoridad del Programa, es decir, el director ejecutivo del PNSU, de igual forma, se encontraba motivada pues se habría adjuntado el archivo de los cálculos, los que indicaban la aplicación de penalidades y el reajuste de las valorizaciones. Asimismo, en contraposición con lo indicado por el Consorcio, señalaba que se habría ejecutado el procedimiento para cursarla, lo que se habría acreditado con los visados por parte de la unidad legal y área técnica que avalaron el contenido de ésta, de modo que se cumplió con el procedimiento para dicha actuación.

En lo relativo a las penalidades, la Entidad afirmaba que al Consorcio le correspondía la aplicación de las mismas por la demora en la entrega de los informes de los 5 lotes del proyecto, correspondiente a lo establecido en la cláusula 9 numeral 5 del Contrato que señala que se incurre de manera automática, en el caso de retraso injustificado de la presentación de los informes. En consecuencia, tampoco se podía emitir el certificado de conformidad, en tanto hubiera penalidades pendientes.

Por el contrario, el Consorcio aducía que dichas penalidades no estarían acreditadas pues carecen de pruebas, fundamentos, así como el procedimiento para aplicarla, ya que, según establece la cláusula 9 numeral 4 inciso 2 del Contrato en relación con el procedimiento del pago, de forma previa, la Entidad debía emitir informes de conformidad de la prestación, así como certificados de ejecución con el fin de acreditar la ejecución del servicio y posterior a ello se realizaría el pago al Contratista.

En ese sentido, la Entidad habría emitido certificados de ejecución y certificado de conformidad de acuerdo con lo dispuesto en el contrato, en consecuencia, **habría ratificado la conformidad de las prestaciones**. A ello se suma que, en caso de

aplicación de las penalidades, la cláusula 9 numeral 5 dispone que debía ser deducida de cada valorización, lo que no fue realizado por el PNSU.

Tras las diligencias respectivas en el proceso arbitral, el 30 de enero de 2017 se emitió el laudo arbitral en el que la posición del Tribunal Arbitral fue aprobar la liquidación del Consorcio y ordenar el pago a favor del Consorcio la suma correspondiente al saldo a favor de US\$ 29,749.40 (Veintinueve Mil Setecientos Cuarenta y Nueve con 40/100 dólares americanos).

Así también, ordenó la emisión y entrega del certificado de conformidad de servicio, así como el pago del resarcimiento por demora en el pago mencionado y dispuso la devolución de las cartas de fianzas. Por último, se ordenó el pago de una indemnización en favor del PNSU por el incumplimiento contractual por la suma de US \$145,444.22 (Ciento Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Cuarenta y Cuatro con 22/100 dólares americanos).

Respecto a la liquidación efectuada por la Entidad el Tribunal señaló que, al momento de los hechos, el director ejecutivo del PNSU **sí contaba con las facultades para poder pronunciarse sobre la liquidación, pero únicamente por medio de una resolución directoral**. En ese sentido, según el razonamiento del Tribunal, no habría algún supuesto para que se hubiera emitido bajo un documento distinto, por lo que, se inobservó el principio de legalidad, conforme a lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, que indica que las autoridades deben cumplir con lo establecido en la norma.

De modo que, el Tribunal Arbitral **basó únicamente en la denominación del documento para su desestimación**, pese a que el funcionario que lo emitió sí contaba con las competencias para hacerlo; y que, en la práctica, como este bien refiere, contenía las observaciones del PNSU **debidamente motivadas**. Pese a ello, ante la aparente falta de respuesta de la Entidad (hecho que no ocurrió pues el PNSU sí emitió un pronunciamiento), concluyó que se aplicaba el silencio positivo en favor del Consorcio.

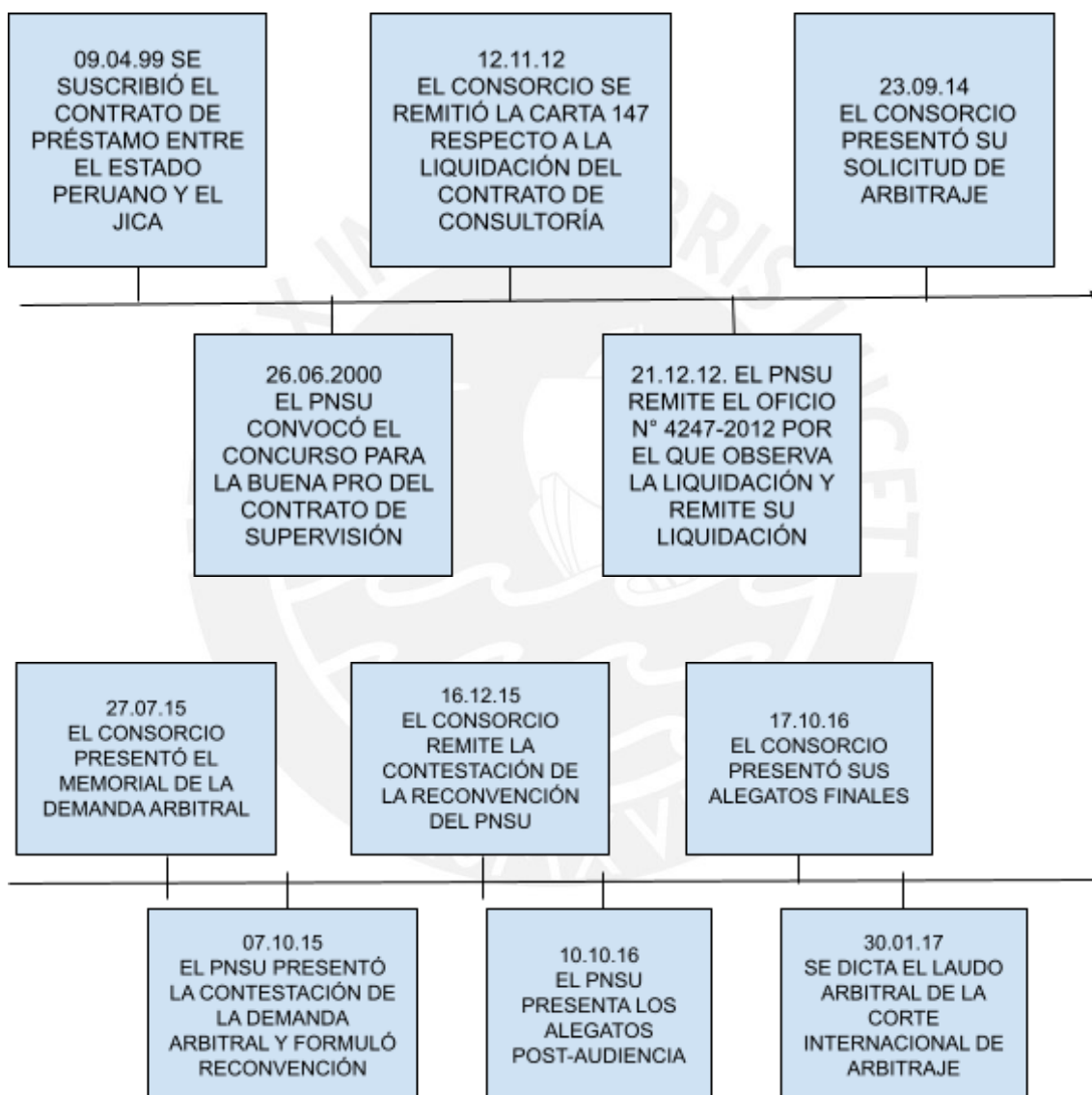
Ahora bien, habiendo desestimado la liquidación del PNSU, el Tribunal Arbitral manifestó que no correspondía que se pronunciara sobre las penalidades, no obstante, este ha hecho referencia a **que no correspondía la aplicación de las penalidades**, puesto que la Entidad había emitido constancias de cumplimiento de los servicios de consultoría y autorizado al pago de las valorizaciones, y tampoco realizó ninguna deducción en las valorizaciones tal como se establece en las condiciones del Contrato.

En ese orden de ideas, en relación con el certificado de conformidad de los servicios del Contrato, el Tribunal indicó que en base a lo establecido en el artículo 84 del RLCAE, la Entidad sólo podría haber negado la emisión de dicho certificado, cuando hubiera penalidades, observaciones y multas pendientes. Siendo desestimadas estas, correspondía la emisión y la entrega de este al Consorcio.

Por último, en relación con el pago de indemnización por parte del Consorcio, el Tribunal sostuvo que el PNSU debía ser indemnizado por perjuicios en relación con las obras realizadas en el lote 3a, al haber quedado acreditado el incumplimiento de obligaciones por parte del Consorcio.

Para una mejor comprensión de los acontecimientos, se detalla a continuación la siguiente línea de tiempo:

LÍNEA DEL TIEMPO DEL CASO:



A partir de lo expuesto se verifica que el tema central en cuestión es que el Consorcio afirma que la liquidación efectuada por el PNSU no tendría injerencia en la liquidación elaborada por este, mientras que la Entidad sostiene que sí cumplió con remitir las observaciones a la liquidación del Contratista.

En dicho sentido, en el presente informe se pasará a desarrollar los problemas jurídicos que se presentan en la mencionada controversia.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

▣ Problema principal

1. ¿En el marco de la ejecución del Contrato JBIC/PE-P2, cuál es la naturaleza jurídica de la liquidación, se trata de un acto administrativo o acto administrativo contractual? ¿Cuáles son las diferencias entre ambas figuras?

▣ Problemas secundarios

2. ¿Cuáles son los requisitos de validez de la liquidación de acuerdo a lo establecido en la LCAE y su Reglamento?
3. ¿Cuál es el procedimiento y formalidad de la liquidación de acuerdo a lo establecido en la LCAE y su Reglamento?

▣ Problemas complementarios

4. ¿Cuáles es la naturaleza y procedimiento de las penalidades en el presente caso?
5. ¿Cuáles son los requisitos para la emisión de certificado de conformidad en el presente caso?

III. POSICIÓN DE LA CANDIDATA:

3.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios:

- **En relación a la liquidación:**

Respecto al problema principal, sobre la naturaleza de la liquidación, considero que siendo esta parte de aquellas decisiones y/o actos que se emiten durante la ejecución contractual, se trata de un **acto administrativo contractual y no de un acto administrativo propiamente dicho**. Por lo que, no se comparte las posturas jurídicas adoptadas por el Tribunal Arbitral y las partes concurrentes en el litigio arbitral, que concluyó que la liquidación del contrato de consultoría propuesta por la Entidad es un acto administrativo común y, por consiguiente, se aplicaría lo expuesto en la LPAG.

En esa línea, para que la liquidación del PNSU fuera válida se sostuvo que los requisitos de validez eran los establecidos en el artículo 3 de la LPAG, siendo estos: la competencia, objeto, finalidad pública, motivación y procedimiento regular, entendiendo así a esta como un acto administrativo. Respecto a ello, se discrepa de lo expuesto por las partes intervinientes en el caso, debido a que, se considera

erróneamente que toda actuación de la administración se trata de un acto administrativo, en el que las partes serían la Entidad y el administrado.

Contrario a ello, se propone analizar que algunas de las decisiones por parte de la Administración Pública en el marco de una relación contractual vienen a ser actos administrativos contractuales, sobre ello, el laudo arbitral no ha buscado aproximarse ni ha planteado dicha categoría en relación con la materia de contrataciones del Estado.

Ahora bien, se debe precisar que en nuestro ordenamiento jurídico ha habido una resistencia por el reconocimiento de dichos actos, no obstante, en la regulación actual, la normativa en materia de Contrataciones del Estado, ha dado cierto alcance al tratamiento de estos, en tanto se menciona que el bloque de legalidad de dichos actos dispone en los casos que no prevea la Ley y el Reglamento, **son de aplicación supletoria las normas de derecho público y de derecho privado**, esto en la segunda disposición complementaria del TUOLCE. Incluso, en diversas Opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante OSCE), se prioriza la aplicación del Código Civil, por encima de la LPAG.

Así pues, se discrepa de la conclusión a la que arriba el Tribunal respecto a la invalidez de la liquidación, ya que alegaba que no se habría cumplido con el procedimiento regular, es decir, que la liquidación debió ser emitida por una resolución y no por un oficio. Por tanto, **se cuestiona que la validez de la liquidación estuviera sometida únicamente a la denominación del documento que contenía las observaciones planteadas por el PNSU**, respecto a la liquidación del Consorcio y los nuevos supuestos como el incumplimiento de obligaciones, las penalidades, entre otros.

Se considera que dicho acto **sí contaba con los requisitos para su validez**, debido a que su contenido sustentaba una serie de observaciones que debieron ser examinadas a fondo y no únicamente en la forma, sobre todo, en un contrato en el que el Estado es parte, por lo tanto, tiene una finalidad pública y se procura la satisfacción del interés general.

En ese sentido, resultaba contraproducente que el Tribunal Arbitral indicara que siendo una actuación de la Administración Pública, que no fue cumplida en base a lo que expresaba la norma, se configuraba la aplicación del silencio administrativo positivo, por ende, se tenía por aprobada la liquidación efectuada por el Consorcio. Sin embargo, no estamos ante una actuación de la Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo, como se expresa el Tribunal Arbitral, sino que las actuaciones de la Entidad Contratante en el marco de la ejecución contractual, se tratarían de actos administrativos contractuales.

Por lo tanto, se pretende abordar el concepto de acto administrativo contractual el cual plantea que se trata de una categoría distinta, en tanto, se aplica en primer lugar, la LCAE y su Reglamento, siendo que se regula dentro del derecho público, por lo que, mantendrán ciertos elementos del acto administrativo al tratarse de actos que se

emiten dentro de un contrato administrativo, esto es, en el que se reconocen las prerrogativas públicas por parte de la Administración Pública.

De igual manera, se considera que el acto administrativo contractual, al tratarse de una modalidad del acto administrativo, no se produce en una relación entre administrado y Administración, pues no se está en marco de un procedimiento administrativo común, esto es, cuando se trata del simple ejercicio de una potestad administrativa. Si no, tiene lugar en una relación de bilateralidad, con ciertas particularidades en beneficio de la Administración Pública, a fin de cuentas, es un vínculo contractual entre Entidad contratante y Contratista, en el que deben primar las normas correspondientes y especiales en la materia.

La finalidad práctica de establecer la diferencia entre acto administrativo y acto administrativo contractual radica reconocer que, al ser actos relacionados a un contrato administrativo existe un régimen de potestades y prerrogativas públicas ajenas al régimen del derecho privado; no obstante, ello no enerva la facultad de negociación que prevalece mediante algunas actuaciones en la ejecución contractual y la aplicación de instituciones que corresponden al derecho privado.

- **En relación a la aplicación de penalidades:**

Como bien se ha venido mencionando, el Tribunal Arbitral desestimó la aplicación de las penalidades realizadas por medio del oficio, no obstante, sí se pronunció sobre estas, debido a la pretensión del certificado de conformidad. Este indicaba que tampoco las penalidades hubieran sido aplicadas, puesto que la Entidad inobservó el procedimiento para su aplicación, según lo que se establecía en la cláusula nueve numeral cinco del Contrato de Consultoría.

Esta cláusula establecía que se debía deducir la penalidad, esto es, hacerla efectiva en relación con el monto de la factura del siguiente mes que emitiera el Consorcio; sin embargo, hasta la culminación del contrato no se dedujeron de las valorizaciones, las supuestas penalidades que se habrían dado en razón de la penalidad por retraso.

Sobre dicho aspecto, el Consorcio alegaba que no hubiera tenido conocimiento de estas, más aún, cuando la Entidad emitía una **serie de certificados de prestación y de conformidad**, lo que suponía el correcto desempeño del Contratista, pues se entendía que cumplía con el servicio, al igual que por parte de la Entidad se encontraba conforme con su desempeño, por lo que, habría efectuado los pagos de las valorizaciones.

En ese sentido, se consideraba que las condiciones del contrato habían establecido que la Entidad **debía hacer efectivo el cobro de la penalidad en la factura siguiente**; sin embargo, la Entidad no habría realizado ello, por lo que, manifestaba que se debía aplicar las penalidades en la liquidación, las que habrían alcanzado el monto máximo de la penalidad, esto es, el 10% del monto del contrato.

- **En relación al certificado de conformidad:**

Respecto al certificado de la conformidad del servicio, la LCAE y su Reglamento indicaban que se debía otorgar tras la aprobación de la ejecución de la prestación cumplida por el Consorcio. Es así que, la Entidad debía emitir dicho certificado, si se constataba que hubo un adecuado cumplimiento de las condiciones contractuales, siendo que la actuación del PNSU no supuso lo contrario, **al haber emitido los certificados y con el pago de las valorizaciones.**

Si bien, se considera válida la liquidación por parte de la Entidad, no obstante, como se ha desarrollado las penalidades no fueron aplicadas de acuerdo a las condiciones del contrato, por lo tanto, no debían ser aplicadas y correspondía que la Entidad emitiera el certificado de conformidad.

3.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución:

Considero que no resulta acorde a derecho el fallo del Tribunal Arbitral puesto que no se han considerado algunos conceptos que pudieron haber sido de suma relevancia para que se propiciará un resultado distinto a la resolución del presente caso. En primer lugar, este considera que la liquidación emitida por la Entidad se concibe únicamente según las formalidades mencionadas en los artículos 43 de la LCAE y 98 de su Reglamento, para este resultaba exigible que la liquidación sea notificada como una resolución o un acuerdo.

En esa línea, si bien el documento emitido por el PNSU, no fue realizado bajo la denominación de resolución, **no puede obviarse el contenido del mismo**, pues efectúa las observaciones que se realizaron respecto a la liquidación propuesta por el Consorcio, al igual que rechaza su procedencia. En esa línea, presentó una argumentación que contradecía dicha liquidación en tanto señalaba que se debía examinar las valorizaciones, así como las penalidades por retraso.

La premisa principal por parte del Consorcio era que durante la emisión de la liquidación surgieron una serie de falencias por parte del PNSU, no obstante, según el análisis del Tribunal Arbitral se observaría que los alegatos manifestados por el Consorcio fueron desestimados, excepto el de la denominación del documento, **que se dio bajo el título de oficio y no resolución o acuerdo.**

Siguiendo esta línea, el Tribunal consideró que **sí se trataba de un acto motivado, emitido por la autoridad competente** pues se contaba con la firma del director ejecutivo del PNSU; del mismo modo, **hubo un procedimiento correcto para la emisión del acto administrativo, es decir, según lo establecido en los requisitos de la validez de la LPAG, aunque no la formalidad, la cual, como demostraremos no era esencial.**

No obstante, dicho aspecto resulta subsanable para conocer lo expuesto por la Entidad, tan es así que el Tribunal Arbitral ha examinado supuesto por supuesto, concluyendo que no habría algún vicio como la competencia, objeto, motivación, finalidad, procedimiento para su emisión. Por ende, el Tribunal Arbitral debió ponderar

que la denominación del acto no impedía o hubiera cambiado el contenido de la resolución que era contradecir la liquidación del Consorcio.

En esa línea, resulta cuestionable la desestimación de la liquidación de la Entidad hubiera dado lugar a la aplicación del silencio administrativo positivo, esto es, que ante la supuesta falta de manifestación por parte del PNSU, quedaba por aprobada la liquidación emitida por la Entidad. De tal manera que, **al no haber sido declarada como consentida la liquidación emitida por el Consorcio**, en consecuencia, sí ameritaba profundizar acerca de la liquidación efectuada por el PNSU.

De otra parte, en relación a las penalidades impuestas por dicha Entidad, que se relacionaban a la supuesta demora de entrega de los informes correspondientes a los lotes que conforman el proyecto, considero adecuada la opinión del Tribunal Arbitral respecto a que la Entidad no habría cumplido con las condiciones del Contrato en tanto el PNSU habría ratificado los servicios a través de los certificados de conformidad y ejecución, siendo que este era el procedimiento para realizar los pagos, tal como se menciona en la cláusula 9 numeral 4, inciso 2 del contrato. Asimismo, en el caso de que hubiera penalidades, la Entidad no las aplicó ni las descontó, tal como se indicaba en la cláusula 9 numeral 5, que indicaba que se debía realizar en la valorización del siguiente mes.

En efecto, considero que las condiciones del contrato establecieron la oportunidad para que la Entidad manifieste su disconformidad respecto al retraso en la presentación y subsanación de los informes, pues de lo argumentado por ambas partes, **no hubo alguna notificación respecto a la aplicación de la penalidad sino hasta el final de la prestación**. Lo mismo que tampoco se vio aplicado en el pago de las valorizaciones, siendo que en la liquidación la Entidad pretende la aplicación del máximo de la penalidad por mora.

En ese orden de ideas, respecto al certificado de la conformidad del servicio, el Consorcio argumentaba que no había penalidades ni motivo para su retención, contrario a ello, la Entidad había manifestado su conformidad sobre las prestaciones. No obstante, ésta indicó que se notificó la existencia de penalidades pendientes por medio de la liquidación, por lo que, en tanto la norma señalaba que no **podía si se encontraban multas o penalidades pendientes**.

En esa línea, tras el razonamiento del Tribunal Arbitral respecto a determinar que no era válida la liquidación del PNSU, éste consideró que correspondía la entrega del certificado de conformidad. Si bien no correspondía el análisis sobre liquidación del PNSU, los árbitros estimaron pronunciarse sobre si las penalidades eran aplicables o no, de modo que concluyó que debían ser desestimadas, debido a su inadecuada aplicación. Conuerdo con la decisión del Tribunal Arbitral respecto a pronunciarse sobre las penalidades, por su relación con el certificado de conformidad, consecuentemente, bajo dicho criterio, la Entidad debía emitir el certificado de conformidad.

IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS:

4.1 Sobre si la emisión de liquidación es un acto administrativo o un acto administrativo contractual:

El Estado cumple un rol estratégico en la economía de nuestro país, esto se evidencia en que es innegable que sea considerado como el mayor cliente en ciertos sectores, lo cual se constata en actividades como la construcción de obras, la compra de bienes en sectores como salud, educación, seguridad, entre otros (Martin, 2013 p. 41). En este sentido, se entiende la existencia de la necesidad del Estado de contratar bienes, servicios y obras, para el cumplimiento de sus actividades con el fin de satisfacer el interés público.

Una de las manifestaciones de la Administración Pública será la contratación pública que se trata de una negociación en la cual intervienen dos partes, en este caso el Estado y el sujeto privado, los cuales deben ser tutelados por el ordenamiento jurídico lo cual se da por medio de un vínculo contractual en el que ambos buscan la satisfacción de sus propios intereses.

Sobre las fases de la contratación estatal, estas tienen una naturaleza diferente, se dividen en dos, sobre, la primera está relacionada con la etapa preparatoria, así como, respecto al procedimiento administrativo de selección, en otros términos, se trata sobre aquellas etapas anteriores a la vigencia del contrato administrativo, esto es, el otorgamiento de la buena pro. Es así que, ante los cuestionamientos o reclamos, estas evidencian un carácter esencialmente administrativo que será cuestionado por medio de los procedimientos administrativos (Franco, 2015, p.398).

Con respecto a la segunda fase, se trata de aquellos actos durante la ejecución contractual, en los que se evidencia un cambio de carácter relacionado al ámbito contractual entre la interacción del Contratista y la Entidad, en el que también se manifiestan las prerrogativas específicas del ordenamiento jurídico de Contrataciones del Estado, por lo que, no es posible atribuir que la Entidad contratante emita actos administrativos en la que se considere una relación Administración- administrado, es decir, dentro de un procedimiento ordinario (Linares, 2020 p.46).

Ahora bien, sobre la noción del contrato administrativo existen varias teorías respecto a su naturaleza y los elementos que lo componen, de los cuales se destacan dos teorías. La postura más rígida proveniente de la vertiente alemana indica que: "Las relaciones jurídico-públicas son presididas por la noción de carácter unilateral y fundadas por la exclusiva voluntad del estado, es decir, la administración se relaciona con el ciudadano a través de una relación de superioridad y no de coordinación" (Morón y Aguilera, 2017 p.22). Por tanto, existe una imposibilidad jurídica de tratar de un contrato administrativo con particulares porque supone un contexto de igualdad.

Por otro lado, la tendencia más prevaleciente, de la doctrina francesa, es que el concepto del contrato administrativo que se caracteriza por la presencia del Estado como sujeto de la relación contractual que ejercerá función administrativa y recurrirá al instrumento contractual ante la necesidad de satisfacer finalidades públicas. Sobre

ello, Cassagne, destaca que el fin público es el elemento de relevancia, dentro de un régimen jurídico dotado de prerrogativas que emanan del poder público que se integran con garantías que tienen a mantener el equilibrio contractual, el *pacta sunt servanda* y la buena fe (2015,p.20).

En ese sentido, este tipo de contratación cuenta con características propias como la limitación de la voluntad de las partes en tanto prevalece la sujeción al principio de legalidad, la desigualdad innegable entre las partes, el fin de la utilidad pública, el objeto del servicio, el ejercicio de prerrogativas exorbitantes, entre otros. Sobre dicha teoría resulta pertinente resaltar la existencia residual de contratos administrativos sujetos al derecho privado.

En efecto, el contrato administrativo será definido como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, en la cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública (Salazar, 2004 p.37). En base a lo expuesto, las partes involucradas manifiestan la *consensualidad* que impera en el contrato administrativo en el que el acuerdo de voluntades, en gran parte, está compuesto por actos administrativos que tendrán efectos unilaterales, pero en su mayoría se evidenciará esta bilateralidad entre las partes (Barra, 2022 p. 43).

Este acuerdo resulta distinguible con el contrato privado, el que es un acuerdo entre dos o más partes por medio del cual regulan sus intereses que se conforma como acto de su autonomía privada (Vásquez, 2013 p.222). En el caso de los contratos administrativos, se sigue lo expuesto por la norma, es decir, en el que se realiza una convocatoria, por lo que, los privados presentarán su oferta, esto variará dependiendo de la modalidad de contratación, y se adjudicará al postor que obtenga un mejor puntaje en la evaluación de propuestas.

De manera que, los contratos con el Estado implican la coexistencia entre el régimen privado que regula las relaciones entre los privados, siendo que la figura del Contrato es originaria de la rama civil, al igual que también se referirá al régimen administrativo debido a que uno de las partes en la relación contractual es una entidad pública y la implicancias que ello conlleva. En efecto, en la ejecución contractual, los actos están regulados por la norma especial de contratación pública, no obstante, cuando no existan supuesto en dicha norma, deberá distinguirse entre la aplicación supletoria de otras normas de Derecho Público y las disposiciones del Código Civil.

En el presente caso, se trata de un Contrato de Consultoría siendo una categoría del contrato administrativo, este tiene por objeto la prestación de servicios altamente calificados con la finalidad de cumplir obligaciones respecto al cumplimiento de obligaciones en relación con proyectos de inversión o de desarrollo (Morón y Aguilera, 2017 p. 66). Este implica la prestación de servicios especializados para el desarrollo de infraestructura, en el contrato en cuestión se desarrollaron los servicios de revisión de los diseños definitivos del proyecto, apoyo en la etapa de licitación, supervisión de ejecución de obras y la puesta en marcha del proyecto.

Ahora bien, la liquidación debe entenderse como aquel proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que pueda existir a favor o en contra de alguna de las partes (OSCE, 2019). Esta puede ser aprobada de manera expresa o no, y en casos de controversia, será por parte del Tribunal Arbitral (Morón y Aguilera, 2017 p.156). En efecto, **con el procedimiento de liquidación se culmina el contrato**, esta puede ser elaborada y presentada, ya sea por el Contratista o por la Entidad, según los requisitos y plazos previstos en la norma y reglamento aplicables de la contratación pública.

Dicho lo anterior, la normativa aplicable al caso en concreto, la LCAE y RLCAE, en los artículos 43 y 98 respectivamente, indicaban que tras la última prestación por parte del Contratista, el Consorcio debía elaborar y presentar su liquidación dentro de un plazo de 30 días, por lo que, en el mismo plazo la Entidad debía pronunciarse sobre dicha liquidación, es decir, podía consentir la liquidación efectuada por el Consorcio o de considerarlo podía observarla, por medio de una resolución o acuerdo, debidamente fundamentado.

No obstante, en el caso que no se presentaran observaciones o la Entidad no remitiera su propia liquidación, se comprendía que la liquidación remitida por el Contratista estaba aprobada, es decir, se le atribuyen los efectos legales correspondientes, tal como se refiere el Reglamento de la norma en cuestión.

Como se ha mencionado, el Consorcio remitió su liquidación con un saldo a favor dentro del plazo establecido. Por su parte, la Entidad remitió las observaciones a la liquidación mediante el **Oficio N° 4247**. Respecto a ello, es que el Consorcio, así como el Tribunal Arbitral, concluyeron que dicho documento no cumplía con la **formalidad** establecida para dicha decisión, conforme dispone la norma aplicable al caso, pues se acogió la postura de que se trataba de un acto administrativo, por lo que, le era aplicable la LPAG.

Los árbitros concluyeron que dicha liquidación sí se encontraba debidamente fundamentada; ya que la falta de motivación no habría sido uno de los requisitos de validez que habría infringido la Entidad tal como hubiera alegado el Consorcio. Tampoco lo fue la competencia del funcionario encargado, pues se acreditó que sí habría sido emitida por el director ejecutivo de la Entidad.

No obstante, la problemática surge a raíz de que no se habría consignado una correcta denominación, siendo la formalidad exigida para estos casos la emisión de un acuerdo o resolución, siendo que se comunicó por medio de un **oficio**. Sin embargo, ello no debería haber generado que no se produjeran los efectos jurídicos establecidos. Pese a ello, de acuerdo al Tribunal, la liquidación de la Entidad no fue oponible al Contratista, así pues, debía entenderse por aprobada y consentida la liquidación del Consorcio.

En esa línea, las posiciones del Consorcio y del Tribunal Arbitral dedujeron que la liquidación elaborada por el PNSU, bajo la denominación de oficio, **no se encontraba**

conforme a la formalidad propuesta. Al ser considerada como un acto administrativo no cumplía con los requisitos de validez **como es el caso del procedimiento regular** establecido en la norma de la LPAG, en relación con la formalidad del acto administrativo y debido procedimiento.

En ese sentido, la concepción adoptada tanto por el Contratista y el Tribunal Arbitral es que el procedimiento de liquidación de dicho contrato culmina con la emisión de un acto administrativo. De modo que, resulta necesario pronunciarnos acerca de los conceptos de acto administrativo, así como acto administrativo contractual, puesto que como se evidencia en el laudo arbitral, la naturaleza del acto tiene implicancias en el resultado de la controversia.

Siguiendo esta línea, el concepto general sobre el acto administrativo es el que se establece en el artículo 1 de la LPAG, conforme al cual se tratan de las declaraciones de las entidades que, en el marco de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Es decir, se trata de una declaración unilateral, ya sea el caso como una declaración de voluntad, declaración de haber tomado conocimiento, entre otros, emitido por la administración Pública que produce efectos jurídico-individuales que afecta a situaciones jurídicas bajo su potestad administrativa (Salazar: 2009, p. 25). Asimismo, la validez de dichas actuaciones puede ser cuestionada en vía administrativa o jurisdiccional.

En ese sentido, es importante no perder de vista lo establecido en el artículo 3 de la LPAG que lista los requisitos de validez que debe cumplir cualquier acto administrativo, pues a criterio del Tribunal Arbitral, se estaría ante un acto administrativo propiamente dicho, pues se trata de una decisión unilateral de la autoridad administrativa que recae en la situación de un administrado, esto es, el PNSU frente al Consorcio. Sin embargo, estaríamos ante un contexto distinto, pues entre las partes no hay una relación Administración y Administrado, sino una **relación contractual** en la que la Entidad contratante, en algunos supuestos, impone su voluntad a través de las potestades exorbitantes que se regulan por la normativa aplicable al contrato en cuestión, la LCAE y el RLCE. Sobre este aspecto ahondaremos en los siguientes párrafos

Ahora bien, acerca de los requisitos del acto administrativo, respecto al elemento de la competencia se indica que el acto debe ser emitido por el órgano facultado para ello, ya sea por materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, esto es, a través de la autoridad competente para su emisión. Por tanto, la autoridad administrativa que resulta competente estaría facultada para conocer los asuntos determinados y las prerrogativas propias de su cargo.

Con respecto al objeto, el acto administrativo debe expresar un objetivo para determinar los efectos jurídicos, lo cual debe ser conforme al ordenamiento jurídico aplicable. Es decir, la decisión determinada que se concluye de la declaración de la voluntad que comprende el acto, con el propósito que el administrado pueda conocer

el despliegue de esta, de modo que, no le produzca duda alguna sobre sus efectos (Martín, 2009, p. 135).

En cuanto a la finalidad pública, el acto administrativo debe adaptarse a propósito del interés público conforme a las normas respecto a quienes están facultados para ejercer como órgano emisor. De modo que, se prohíbe cualquier desviación a un interés particular, ajeno o a favor de un tercero u otra finalidad distinta.

En relación con la motivación del acto administrativo, esta debe estar relacionada con el contenido y conforme a la normativa correspondiente. Por lo que, la motivación debe dar a conocer las razones de la decisión de la Administración Pública. La motivación viene a ser un elemento sustancial del acto que forma parte del contenido, en su ausencia, el acto sería incorrecto e inespecífico que se sanciona con nulidad (Zegarra, 2003, p.24). Por último, sobre el procedimiento regular, está referido a que antes de emitirse el acto administrativo, debe conformarse mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo para su emisión. Por lo que, este comprende de aquellos actos o diligencias de la Administración para encaminar la generación del acto administrativo.

A mayor abundamiento, para declarar la invalidez de un acto administrativo, conforme a lo señalado por la LPAG, existen dos formas, estas son mediante los recursos administrativos y la revisión de oficio. Este último evidencia el régimen de autotutela de la Administración respecto a la alteración y ejecución de las actuaciones frente a los administrados (Rodríguez p. 160). En efecto, ocurre previamente a la participación de un juez, esto es el proceso contencioso administrativo.

En ese orden de ideas, los administrados tendrán el derecho a contradecir aquellas decisiones que lesionen su interés, ya sea en la vía administrativa o la jurisdiccional. Este último es el proceso contencioso administrativo como medio de control sobre la administración pública cuya finalidad es garantizar el sometimiento de ésta respecto a la legalidad, así como la tutela de los administrados.

Si bien, se podrán someter a dicha vía, al tratarse de las actuaciones de la administración pública, lo cierto es que conforme al artículo 63 de la Constitución y el artículo 41 de la LCAE, que incorporó la cláusula arbitral en los contratos con el Estado, la vía para resolver este tipo de controversias es el arbitraje. En efecto, el Estado ha dispuesto el arbitraje como mecanismo de solución de las controversias que se susciten en los contratos, por lo que, estos se pronunciarán sobre cuestiones como la inexistencia, ineficacia o invalidez de los actos de la administración en la ejecución contractual.

Dicho esto, nos enfocaremos en la figura del acto administrativo contractual, la cual es una manifestación, si bien dada de forma unilateral por parte de la Entidad, se origina con relación al contrato entre la Administración Pública y el agente privado. No obstante, el Tribunal Arbitral ha concluido erróneamente que se está ante actos administrativos propiamente dichos de la Entidad, en el que regirá el Derecho Administrativo y nada más. Por tanto, la postura que se pretende desarrollar es que se

trata de un acto administrativo contractual, siendo dichos actos manifestaciones de la voluntad en el marco de un contrato administrativo, que se caracteriza por su especialidad, en tanto existe una convivencia de sistemas diferentes que se complementan, estos son el público y el privado.

Según León, un acto administrativo contractual son aquellos actos que se producen por la entidad pública contratante como consecuencia de la ejecución de un contrato y durante el desarrollo de este, es así que uno de estos será el acto que contiene la liquidación del contrato (2018, p. 40-41). En efecto, dichos actos se originan en el marco contractual y se restringen a este.

En esa línea, se ha definido a los actos administrativos contractuales como aquellos que son emitidos en el marco de la ejecución de los contratos administrativos por parte de la Entidad; asimismo, también se menciona la reciprocidad como parte de su naturaleza, pues ciertas manifestaciones requieren del acuerdo de voluntades de las partes o la aceptación de una de estas, tal es el caso de la liquidación de obra (Herrera, 2018).

También, Barra menciona que en efecto estamos ante un acuerdo de voluntades que inicia, en primer lugar, con la convocatoria a ofertar, luego en la presentación de la oferta, siendo que las partes otorgan un recíproco consentimiento definitivo en el momento de la firma del contrato (2022, p.45). Cabe señalar, que dicho acuerdo si bien crea una norma propia entre las partes, no obstante, también se somete a un régimen jurídico especial, propio del derecho público por su naturaleza de contrato administrativo, es decir, se refiere a la LCE y el RLCE.

Sobre la normativa, conforme a la doctrina comparada, el acto administrativo contractual se materializa con reglas especiales propias, por ejemplo, en los casos de la aplicación de penalidades, la prestación adicional, el acto administrativo resolutorio aprobado u observando una liquidación o practicando una distinta a la presentada por el Contratista (Linares, 2022, p.409).

A ello se agrega que la existencia de dichos actos administrativos contractuales se basa en la propia estructura del contrato, esto es, que existen para y por el contrato. Por lo que, los actos administrativos contractuales, cada uno de estos, tiene una distinta causa, objeto y finalidad inmediata. Estos se encuentran en el contrato, los elementos estructurales, la razón de su validez y desarrollo efectivo (Barra, 2022 p.52).

En esa línea, se concluye que las decisiones por parte de la Entidad contratante se encuentran relacionadas con el Contrato y demás instrumentos como las Bases Integradas del Contrato, la oferta técnica y económica del Contratista (Linares, 2022 p. 56). Por tanto, dichos instrumentos serán fuente y guía de los actos administrativos contractuales o no, así como la regulación específica de derecho público.

Ahora bien, para evidenciar las diferencias entre un acto administrativo y el acto administrativo contractual, se realiza el siguiente cuadro:

CUADRO DE DIFERENCIAS DE ACTO ADMINISTRATIVO Y ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL:

ACTO ADMINISTRATIVO	ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL
La relación se da entre administrado y administración pública.	En marco de una relación contractual, siendo Entidad Contratante y el Contratista.
Régimen público, aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo General.	Régimen mixto, se aplica la LCE y el RLCE, así como el Código Civil y la LPAG de forma supletoria.
Los efectos son únicamente al administrado.	Bilateralidad

Como se ha mencionado, la norma de Contrataciones del Estado no se manifiesta acerca de la naturaleza jurídica de los actos emitidos durante la ejecución contractual por parte de la Entidad, por lo que será objeto de interpretación por el marco de la relación contractual que supondría un plano de igualdad. Dentro de este contexto, un recurso que nos da cierto alcance sobre la naturaleza de dichas manifestaciones de la voluntad de la Entidad en una relación contractual es remitirse a las opiniones del OSCE.

En esa línea, mediante la opinión N° 107-2012/DTN¹, el OSCE resuelve la consulta respecto al procedimiento de notificación de la ampliación de plazo y liquidación sobre, si le resultaba aplicable de manera supletoria la LPAG. Este manifestó que en primer lugar, ante el carácter especial del contrato administrativo, la normativa que lo regula es la LCE y su reglamento, de modo que, deja en claro que **la LPAG en tanto no regula las relaciones contractuales de las partes**, sino las actuaciones de la Administración Pública, resulta contraria al razonamiento contractual, en otras palabras, en ausencia de regulación, se ciñe a lo dispuesto en el Código Civil.

Dicho razonamiento, se ha ido esclareciendo por parte del OSCE en otras opiniones como la opinión N° 130-2018/DTN, acerca el cuestionamiento de la improcedencia de la solicitud de ampliación de plazo, este desarrolla la naturaleza de dicho acto, así como la normativa que le resulta aplicable. En efecto, concluye que al ser una de las actuaciones dentro de la ejecución de los contratos de la administración pública, será, una actuación regulada con la gestión contractual, por lo que, **las ampliaciones de plazo no tienen calidad de acto administrativo**.

Recientemente, mediante la opinión N°001-2020/DTN en relación a la cuestión de la supletoriedad de LPAG relativa a la suspensión de plazo contractual, siendo una manifestación de la Entidad en la etapa de ejecución contractual, le será aplicable **de**

¹ Aclarar que si bien se tratan de opiniones posteriores a la controversia, estas son de suma utilidad para entender la lógica de la aplicación de las normas supletorias en la ejecución de contratos administrativos.

forma supletoria las disposiciones del Código Civil que le resulten compatibles en tanto se da en una lógica contractual, pues se refiere a lo señalado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil sobre su aplicación supletoria a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras normas, siempre cuando no sean opuestas. Sin embargo, ello no descarta la supletoriedad de la LPAG, cuando corresponda su aplicación, esto es, en las actuaciones internas de la formación de la voluntad de la Entidad.

Sin perjuicio de lo señalado, es objeto de atención lo manifestado en la opinión 099-2022/DTN, pues se hace referencia sobre aquellos actos que se dan en la fase de ejecución contractual sobre si resulta aplicable o no LPAG, señala que ante la ausencia de regulación de algún hecho en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la relación contractual entre Entidad y Contratista, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444 como se ha indicado, estas resultan incompatibles con la lógica.

Dicha opinión desarrolla que las decisiones de la Administración durante la gestión contractual deben cumplir con requisitos indispensables para que sean válidos. En ese sentido, las actuaciones deben ser emitidos por el órgano facultado para ello según sea su competencia, también, expresar su respectivo objeto de acuerdo con el ordenamiento jurídico, así como, estar debidamente motivados y tener una finalidad de interés público, entre otros aspectos, ello conforme al Principio de Legalidad. Cabe señalar que se precisa que dichas actuaciones no pueden ser consideradas como actos administrativos como tal, sino que son decisiones generadas en el ejercicio de la función administrativa.

Conforme a lo abordado, en la Opinión N° 065-2019/DTN, este ha sintetizado el criterio que, ante la falta de regularización en la norma especial, se tendrá que analizar el caso en concreto para que se aplique la supletoriedad del Código Civil o del régimen administrativo, siendo este último relacionado a **las actuaciones internas de las Entidades, previas a la toma de decisiones durante la etapa de ejecución contractual.**

En base a lo expuesto la relación jurídica que se desarrolla entre el Contratista y la Entidad Pública **no será considerada como una relación entre administrado y autoridad administrativa**, puesto que entre ambas partes existe una relación contractual, por lo que, no se está en un contexto en el que se rige por las normas del régimen administrativo, sino por la LCAE y su reglamento, no obstante, solo será aplicable de manera supletoria, el Código Civil y la LPAG, en las situaciones que resulten compatibles.

En ese sentido, en el caso de la liquidación al tratarse de una decisión dentro de la gestión contractual de la Entidad, esto es, un acto administrativo contractual no le resultaba exigible que esté sujeto a la rigidez empleada para calificar los actos administrativos en la LPAG, por lo que, no cabe señalar la supuesta contravención a tal norma y su consecuente nulidad. Y es que, los elementos de la liquidación se

deducen conforme a lo dispuesto en las normas de contrataciones del Estado, la LCAE y el Reglamento, porque dicha normativa regula las relaciones contractuales entre las entidades y contratistas. Por tanto, resulta irrelevante la denominación de dicho documento, en tanto, este contiene y desarrolla las observaciones que declararon improcedente la liquidación por parte del Consorcio.

En relación a lo anterior, resulta pertinente cuestionar que la emisión de la liquidación efectuada por el PNSU, se trate meramente de un acto administrativo unilateral, más aún en el contexto en que se origina dicho acto que es el de un contrato administrativo. Asimismo, se debe tener en cuenta que la misma normativa aplicable nos da **indicios de cierta bilateralidad puesto que se indica que tanto la Entidad como el Contratista pueden observar dicho producto, así como también, estas pueden aceptar dicha cuestión.**

Es decir, la normativa ha facultado al Contratista que pueda elaborar su liquidación y presentarla ante la Entidad, al igual que si por algún motivo este no pueda realizar dicha acción en el plazo establecido sea la Entidad quien elabore la liquidación. De igual forma, también habilita a que ambas partes puedan elaborar observaciones, de modo que, su contraparte, las absuelva o también, consienta o no la liquidación presentada por esta.

4.2 Sobre el procedimiento de liquidación:

Como se ha comentado, el Tribunal Arbitral y el Consorcio, contemplaban que la liquidación se trataba de un acto administrativo, por consiguiente, dicho acto estaría sujeto a lo establecido en el artículo 3 de la LPAG. En ese sentido, se evaluaron los requisitos del acto administrativo siendo estos, la competencia, objeto, motivación, finalidad pública y procedimiento regular para considerar la validez de dicho acto.

Por su parte, el Consorcio argumentó que no resultaba efectiva dicha comunicación ni le resultaba aplicable los efectos de la liquidación, esto, es declarar la improcedencia de su liquidación, al igual que las premisas contrarias a esta, pues en dicho documento se manifestaba que correspondía la aplicación de penalidades y el recálculo de las valorizaciones, entre otros. Dicho rechazo se sustentaba en que la Entidad no había remitido dichas observaciones por medio de una resolución o acuerdo, sino que se dio a través de un oficio, por tanto, se debía descartar en tanto lo consideraban como un documento simple.

En esa línea, parte de los argumentos del Consorcio, fue el cuestionamiento a la competencia del director ejecutivo del PNSU, instando a que este no sería el funcionario al que se le delegaron las facultades, pese a ser el sujeto competente, pues según refiere la norma el artículo 2 de la RLCAE, la autoridad máxima de la Entidad será responsable de las actuaciones de ésta, siendo así el Director Ejecutivo del PNSU. Por tanto, se acreditó que estaba facultado para emitir resoluciones directorales, en el presente caso, la emisión de observaciones a la liquidación del Consorcio, de modo que se cumplía con lo establecido en artículo 43 de la LCAE.

Respecto a la motivación de la liquidación, el Consorcio manifestó que no hubo una adecuada fundamentación por parte de la Entidad en tanto eran simples afirmaciones que no habrían estado debidamente sustentadas, esto es, con suficiente documentación y/o pruebas. Al respecto, el Tribunal Arbitral consideró que dicha liquidación sí estaba motivada, así como sí se dio por un sujeto competente.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral estuvo orientado a la aplicación del régimen administrativo, esto es, que se cumplan los requisitos de validez del acto administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 y del Título Preliminar de la LPAG. Esencialmente, expuso que **la falta de formalidad del acto administrativo**, es decir, que la liquidación se comunicó a través de un oficio y no de una resolución porque afectaba el principio del debido procedimiento, concebido como garantía del ciudadano o administrado, que debían ser cumplidas para proteger el principio de legalidad, de esta manera, evitar decisiones precipitadas y/o arbitrarias.

No obstante, como bien se ha señalado, no estamos frente a un acto administrativo como tal, sino ante un acto administrativo contractual, pues si bien existen ciertas prerrogativas públicas a favor de la Entidad, no se puede aplicar la supletoriedad de dicha norma, puesto que dichas disposiciones a favor de la Entidad son una excepción, dentro de un contrato que es ofrecer seguridad y garantías a los Contratistas en un régimen igualitario (Linares, 2020 p. 47). Esto en línea, a lo mencionado en párrafos anteriores, respecto a que se debe evaluar en función al caso si se aplica de manera supletoria otra norma.

Por lo tanto, dichos actos tendrán distintos elementos como causa, objeto, finalidad, no obstante, de forma mediata encuentran el contrato como la base de la totalidad de sus elementos estructurales, así como este encuentra su validez y efectividad en estos actos, por ello se alega que existe una relación recíproca entre estos y el contrato (Barra, 2022 p.52). Dentro de ese orden de ideas, los actos administrativos contractuales tendrán elementos como la motivación, el objeto, la competencia, finalidad pública y el procedimiento, no obstante, se debe enfatizar que será en base a lo expuesto en la LCE y el RLCE y el Contrato, y de forma supletoria, se puede aplicar lo expresado en el Código Civil y la LPAG.

Sobre el caso en particular, se debe restringir a lo estipulado en el artículo 43 de la LCAE, que indica que el contrato culmina con la liquidación, la misma que sería elaborada y presentada a la Entidad por el Contratista conforme a los plazos y requisitos en el Reglamento bajo la responsabilidad del funcionario correspondiente, es así que si la Entidad consideraba pronunciarse, lo haría por una resolución o acuerdo debidamente fundamentado, de lo contrario, la liquidación presentada por el Contratista se tendría por aprobada.

Como se ha mencionado, en relación con la competencia, se hace referencia si esta fue emitida por la autoridad competente, en tanto se tratase de una resolución, tal como alegaba la Entidad, debía ser emitida por el director ejecutivo del PNSU, siendo también conforme a lo señala el artículo 2 del RLCAE, la máxima autoridad de la

Entidad. Al respecto, se ha comprobado que sí fue emitida por dicho funcionario, puesto que consta su firma y sello en el documento.

Ahora bien, en la opinión 078-2017/DTN se, desarrolla los elementos de la liquidación, señala que en el caso de que la Entidad se pronuncie, observando la liquidación expuesta por el contratista o elabore otra liquidación, esta debía ser sustentada de forma adecuada, para ello se presentara la documentación y los cálculos detallados que justifiquen el contenido de esta.

En esa línea, se indica que la supuesta deficiencia o inexistencia del sustento técnico no tenía como consecuencia que las partes consideren como no presentada dicha liquidación, sino que correspondía que la parte interesada podía someterla a arbitraje. Asimismo, en el caso de la competencia, se señala que esta debe ser emitida por la autoridad competente, es decir, el funcionario que apruebe, autoriza y supervisa las contrataciones de la Entidad, es decir, el Titular de la Entidad.

Respecto a ello, se puede vislumbrar que la liquidación presentada por el PNSU, sí cumplía con dichos requisitos en tanto la causa de la liquidación era sustentar las razones sobre la improcedencia de la liquidación propuesta por el Consorcio, igualmente, se encontraba debidamente motivada pues habría presentado documentación que debía ser evaluada en tanto contradecía la versión del Consorcio, pues se señalaba la imputación de penalidades y el recálculo de las valorizaciones.

En ese sentido, en cuanto al procedimiento, el mismo se señala en la norma, que es la Entidad la que debía emitir una opinión argumentando cuáles eran los motivos para declarar improcedente la liquidación del Consorcio. En cuanto a la finalidad pública, dicho elemento resulta implícito, pues la Entidad se pronuncia en marco de la normativa de contratación pública, esto es, el contrato de consultoría de obra y el resguardo del interés general.

De otra parte, en cuanto a la forma en que se manifestaba la decisión de la Entidad de contradecir la liquidación se hace mención a que debía ser por una resolución o acuerdo, no obstante, el documento emitido por el PNSU cumple los requisitos de una resolución, siendo únicamente la denominación del documento, la formalidad para no generar contradicción a la liquidación realizada por el Consorcio. A pesar de que, dicha formalidad no habría impedido que el Contratista tuviera conocimiento de la improcedencia de su liquidación.

Como se observa a lo largo del caso, esta deficiencia no ha sido un error que no haya permitido que se conozca el contenido, tampoco, que no sea referente a las decisiones en marco de un Contrato de Consultoría, menos aún que haya sido emitida por un órgano incompetente, o la ausencia de argumentos en que se sustentaría su liquidación, si bien la norma no ha especificado el nivel de gravedad de la falta de alguno de estos requisitos, se puede inferir que no se podría avalar dicho acto.

Como se podrá haber advertido, dichos elementos comparten las características en tanto el acto administrativo contractual no deja de ser un acto administrativo, sin

embargo, en un contexto en que prevalece la regulación especial de contrataciones del estado, es decir, la LCE y el RLCE, y en caso, de ausencia **prevalecerá aquel régimen similar a la lógica contractual.**

En ese sentido, se considera que dicho acto sí resultaba válido en tanto la denominación del documento en la práctica era subsanable, ya que se podía discernir el contenido material del documento pese a la denominación que se emitió este. Al respecto, se señala **la irrelevancia del nomen iuris**, relacionado a la primacía de la realidad, que no es más que prima la verdad de los hechos sobre la apariencia de las cosas, de modo que, se debe considerar los hechos, las circunstancias y la común intención que tiene las partes (Torres, 2012, p. 117). Es decir, en el caso de que las partes realizarán un contrato, pero no tenga la denominación del mismo, **eso no exime de su naturaleza.**

Por lo que, se reconoce la aplicación del nomen iuris, se entiende que las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. De manera que, la denominación de la liquidación no sería concluyente para determinar un contenido distinto a lo expuesto en esta. Contrario a lo que refiere el Consorcio, el contenido de la misma ha sido claro en precisar la improcedencia de la liquidación presentada por éste.

Por otra parte, se debe resaltar que el ordenamiento con en el que se regula es por la normativa de la contratación estatal, así como, las bases del contrato y el contrato mismo, que en buena cuenta son las reglas que han sido aceptadas por ambas partes y propia de la naturaleza del acto, por lo que, sí se habría cumplido con presentar la liquidación dentro del plazo establecido. Cabe mencionar que de los argumentos esgrimidos tanto por el Consorcio como por el Tribunal Arbitral derivaron a la conclusión de que la denominación tenía mayor importancia que el contenido del acto en sí mismo, pese a que como se ha desarrollado, en la práctica, sí se está ante una liquidación.

Al tratarse de un acto administrativo contractual no se considera aplicable lo establecido en la LPAG. Cabe mencionar que con dicha interpretación no se excluye la supletoriedad de dicha norma, puesto que en un caso en que resulte evidente la transgresión de alguna actuación por parte de la Entidad, como puede ser el caso en el que no se motivó el acto, ni fuera emitido por la autoridad competente, se podría haber argumentado la supletoriedad de dicha norma para respaldar la postura de que dicho acto no debería producir efectos.

Debido a que, no se considera que se debe excluir totalmente una norma de derecho público cuando se trate de una evidente vulneración de la legalidad que no resulte común, por ejemplo, una liquidación que tuviera componentes legales o fácticos irregulares, se entiende que no será posible sostenerse en el uso de la norma de contrataciones del estado, por lo que sí sería este un supuesto para la nulidad del acto administrativo, según lo establecido en la LPAG (Linares, 2022 p. 409).

En el supuesto negado que no se admitiera lo señalado, y que se considere la liquidación como un acto administrativo, debería haber operado la conservación del

acto administrativo conforme lo dispuesto en el artículo 14 de la LPAG que señala que cuando el vicio del acto administrativo no fuera trascendente prevalece la conservación del acto.

Al respecto, lo alegado por el Consorcio remite a que no se hubiera cumplido con el procedimiento regular, no obstante, se debe distinguir de las formalidades esenciales y no esenciales, ya que estas últimas no son necesarias para la formación del acto administrativo. Cuando se hace referencia a formalidades esenciales son aquellas cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso implica la nulidad del acto administrativo; mientras que en el caso de las no esenciales no comprometen la nulidad del acto administrativo, sino solo la enmienda de este al no tener algún error trascendente (Martín, 2009, p. 138).

En ese sentido, se descarta la aplicación del régimen administrativo para la evaluación de la liquidación, debido a que, esta es una decisión que se da en el marco de la ejecución contractual. Así, por su naturaleza bilateral, el Contratista y la Entidad pueden presentar su propia liquidación o rechazarla, siendo que no se trata únicamente de una prerrogativa de la Entidad. Al respecto, se pretende adoptar la invalidez de dicha actuación como la ausencia de manifestación de voluntad, en otros términos, el silencio administrativo positivo, siendo que no responde a la lógica contractual.

Se atribuye la inacción por parte de la Entidad, no obstante, el silencio en la contratación privada, éste interpretado como exteriorización de voluntad, cuando la norma o el contrato le atribuyen dicho significado (León, 2019, p.45). Dicho presupuesto no se habría cumplido, pues la Entidad sí presentó su rechazo a la liquidación del Consorcio, no obstante, dicho documento no hubiera supuesto una dificultad para conocer la desavenencia por parte del PNSU como las penalidades y el recálculo de valorizaciones.

Sobre esto, se presupone una falta de certeza originada por el silencio que no sería suficiente para justificar un hecho tan grave como lo es la afectación de la esfera jurídica de una persona (Cárdenas, 2012, p.155). En efecto, si trasladamos ello al caso en cuestión, no es correcta la práctica del silencio, debido a que la Entidad sí manifestó su voluntad por medio de un documento que el único reparo es la denominación que como se evidencia no resulta trascendente para el contenido y efectos de esta.

4.3. Sobre la aplicación de penalidades:

Siguiendo esta línea, se ha planteado la liquidación como aquel procedimiento donde se deben considerar los costos de la obra, que pueden incluir las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad, los impuestos, las penalidades aplicables al Contratista, entre otros, los cuales serán sustentados con documentación, así como cálculos (OSCE,2019). Es decir, la Entidad ha señalado que cabe la oportunidad de que en la liquidación se apliquen las penalidades por supuestos retrasos por parte del Consorcio, que no hayan sido realizadas anteriormente.

Al respecto, dichas penalidades se dividen en dos grupos, la penalidad por mora y otras penalidades, según la norma de contratación estatal. Siendo la penalidad por mora, obligatoria en los contratos administrativos y que es aplicada sin previa notificación ante un retraso injustificado. En cuanto a las otras penalidades, estas deben tener una naturaleza distinta a la mora, incluyendo distintos supuestos para que se configuren. Sobre estas, se debe procurarse la tipificación de los incumplimientos sean claros y precisos; también, que los montos de las penalidades se puedan determinar de forma objetiva, además se podría consignar un procedimiento o metodología para verificar la ocurrencia de los incumplimientos (Tafur, 2021, p. 151-152).

En tanto, las penalidades son una sanción económica imputable al Contratista en caso de incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales con la Entidad Contratante. En efecto, el objetivo de la aplicación de las penalidades es desincentivar la desobediencia de las obligaciones contractuales por parte del Consorcio, al igual que la imputación de estas forma parte de un posible resarcimiento con la Entidad ante un eventual daño.

Sobre el particular, la norma aplicable al caso, la LCAE, consideraba a la penalidad relacionada con el concepto de las garantías, de manera específica con la garantía de fiel cumplimiento, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 41, así como se menciona en lo establecido en el artículo 40 de su Reglamento, la garantía debía ser un monto suficiente para cubrir las penalidades previstas en el contrato (Tafur, 2021, p. 147- 148). De igual forma, la Opinión N° 151-2017/DTN desarrolla que estas podrían ser deducidas ya sea en los pagos a cuenta, las valorizaciones, el pago final o en la liquidación, según corresponda; e inclusive indica que si fuera necesario se cobrarán éstas del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Respecto a la liquidación emitida por la Entidad se solicitaba el pago del importe de US\$ 4,793,559.20 (Cuatro Millones Setecientos Noventa y Tres Mil Quinientos Cincuenta Nueve con 20/100 dólares americanos), es así que esta liquidación incluía distintos conceptos, siendo uno de ellos el recálculo de 389 valorizaciones del Contrato de servicio de Consultoría desde el año 2001 al 2012. Ello incluía el cálculo del perjuicio económico al PNSU por el incumplimiento en las labores del Consorcio en las obras de los lotes 3, 4 y 5, asimismo, las penalidades por parte de la Entidad.

En esa línea, la Entidad señalaba la existencia de penalidades imputables al Consorcio por la suma de US\$ 3,591,602.34 (Tres Millones Quinientos Noventa y Uno Mil Seiscientos Dos con 34/100 Dólares Americanos), siendo solo atribuible el monto máximo de la penalidad por mora, es decir, solo el 10% lo que equivale a un monto por US\$ 1,509, 076.44 (Un Millón Quinientos Nueve Mil Setenta y Seis con 44/100 Dólares Americanos), de acuerdo a lo indicado en la normativa aplicable.

En efecto, la Entidad afirmaba que el monto de las penalidades resultaba acorde al supuesto retraso en la entrega de los informes de los lotes que conforman el proyecto y por la subsanación de las observaciones a dichos informes. Por su parte, el

Consortio señaló el desconocimiento de dichas penalidades, puesto que no habría sido notificado, ni dicha imputación hubiera trascendido en sus pagos. En cambio, éste alegaba que carecía de fundamentos pues la Entidad había otorgado por cada entrega de lote, el correspondiente certificado de recepción provisional, al igual que el certificado de servicio de consultoría.

Por lo que, en su opinión, durante un largo período, la Entidad no habría aplicado ninguna penalidad, tampoco habría deducido estas respecto a las valorizaciones correspondientes, por ende, no hubo algún reclamo previo o disconformidad de la prestación de servicio realizada por el Consorcio. Por ello, este cuestionó la negativa a la entrega del certificado de conformidad en relación a la aplicación de las penalidades por los supuestos retrasos.

Respecto al hecho de que la Entidad haya manifestado su conformidad, en reiteradas ocasiones, el PNSU manifestó que se debió a la constatación de que los informes o la subsanación de estos, en tanto concordaba con lo especificado en el servicio. Asimismo, que la emisión de estos certificados no implicó la renuncia de la Entidad respecto a imputar penalidades al Consorcio.

Otro aspecto al que apuntó el Consorcio es acerca de que la Entidad señala supuestos retrasos que pudo haber advertido, debiendo así aplicar la penalidad por mora. No obstante, no se aplicaron las penalidades de manera oportuna, esto es, que tampoco las dedujo de los montos de las siguientes facturas, tal como se señalaba en las condiciones del contrato, **conforme a la cláusula 9 numeral 5.**

En ese orden de ideas, para el Consorcio, los actos de la Entidad propiciaron la certeza de que no tenía incumplimientos, es decir, que no hubiera incurrido en penalidades. Mientras que para el PNSU, la aplicación de estas en la liquidación no generaría alguna afectación.

Por último, la postura del Tribunal Arbitral consideró que efectivamente, las penalidades se regulaban por lo indicado en la cláusula nueve numeral cinco señalaba se haría efectiva en las valorizaciones. Sin embargo, ello no fue aplicado por la Entidad, pues según ambas refieren se habrían pagado todas las valorizaciones sin dicha deducción, tampoco hubiera algún acuerdo o comunicación de que se aplicarían en otra oportunidad, que no sea a la que se menciona en el contrato.

Por lo tanto, a su criterio, se habría creado una legítima expectativa de que las prestaciones fueron ejecutadas oportunamente, en tanto se emitieron una serie de certificados, que nuevamente, sustentarán la conformidad por parte de la Entidad. De modo que, la aplicación de las penalidades estaba fuera de plazo en base a lo señalado por las condiciones del contrato, ni se comprobó el incumplimiento manifestado por la Entidad.

Siguiendo este punto, en **el numeral 9.5 del contrato**, se regula el procedimiento de aplicación de las penalidades, y se indica que en caso de que el Consorcio registrara retrasos injustificados en la presentación de los informes y del levantamiento de

observaciones, incurriría de forma automática en mora. De ser el caso, la Entidad haría efectiva la penalidad, **en la valorización siguiente.**

Como se ha mencionado, los actos administrativos contractuales se rigen por lo estipulado en la regulación especial de contratación pública, así también lo señalado en las condiciones del Contrato, esto es, las bases y el Contrato de Consultoría, siendo esto una norma entre las partes. En ese sentido, lo que proponía dicha cláusula era la oportunidad en la que debía efectuarse la deducción, es decir, cuando la Entidad debió hacer efectivo el cobro respecto a la aplicación de penalidades, siendo que se haría efectiva dicha penalización deduciéndola de las valorizaciones que emita el Consorcio. En otras palabras, si la Entidad señalaba que había un retraso en las obligaciones del Consorcio, y por tanto, correspondía la aplicación de penalidades, estas debieron ser **deducidas del monto de los pagos del Consorcio, de forma previa a la liquidación**, tal como se indicaba en las condiciones del contrato.

En esa línea, tras la emisión de las valorizaciones por parte del Consorcio y el pago correspondiente de la Entidad, la Entidad generó la certeza de que se habría cumplido con sus obligaciones contractuales en plazo y modo oportuno, pues como se ha mencionado, se emitieron certificados de conformidad y ejecución del servicio. Por lo tanto, no resulta razonable que la Entidad de forma sistemática haya manifestado su conformidad al servicio, sino hasta el final de la prestación para aplicar las penalidades, siendo que tampoco hubo un acuerdo o manifestación de que se daría de dicha forma.

Con ello, se refiere a la doctrina de **los actos propios**, esta se configura cuando existe una conducta previa de la que se deriva confianza en un hecho por una de las partes, no obstante, luego esta misma realiza un comportamiento distinto al que realizó anteriormente (Fernández, 2017, p.54). Si bien, no se podría considerar la prescripción del derecho, se atribuye a que este ha sido demorado en ejercer, de modo que, atenta contra la buena fe y ello implica una renuncia tácita (Fernández, 2017 p. 53).

Por lo tanto, se considera que la Entidad suscitó una certeza sobre las actuaciones del Consorcio, pues en caso de que hubiera discrepancias, el PNSU se debió manifestar de forma previa y evidenciar dicho incumplimiento por parte del Consorcio. Siendo que la penalidad resulta un medio no solo para evidenciar ello, sino también para detener dicho comportamiento por parte del Consorcio.

Por otra parte, dicha conducta por parte de la Entidad no se encuentra dentro de lo contenido en los principios de la contratación estatal como el de transparencia y el de eficacia y eficiencia. En el caso del principio de transparencia, sobre este se señala que se debe proporcionar la información de forma clara y coherente en todas las etapas de la contratación, ello incluye en la etapa de ejecución contractual.

En esa línea, la Entidad debió imputar dichas penalidades para el conocimiento del Consorcio, así como realizar el cobro correspondiente, no solo cuando según lo manifestado por la Entidad el monto de las penalidades hubiesen superado el monto

máximo de aplicación de la penalidad, más sino también cuando cabía la posibilidad de que ello perjudicará sustancialmente al Consorcio, en tanto, este señalaba que efectivamente desconocía el monto que se le pretendía atribuir en atención al incumplimiento de sus obligaciones contractuales. En efecto, la Entidad no comunicó sobre estas, pues las penalidades se vieron reflejadas en la liquidación efectuada por el PNSU.

En relación al principio de eficacia y eficiencia, este trata acerca de las decisiones que se adoptan durante la ejecución del contrato, deben ser orientadas al cumplimiento de los objetivos, fines y metas propuestos por la Entidad. En ese sentido, lo que se ha suscitado contraviene dicho principio, en tanto no se cumplió con la finalidad que tiene la aplicación de la penalidad por mora, puesto que se efectuaron de manera posterior a la forma y oportunidad que las partes convinieron, así como también tras la recepción y conformidad de los servicios.

Por otro lado, se consideran otros principios que resultan aplicables a dicha problemática como la buena fe contractual y el principio de la seguridad jurídica. Respecto al primer principio, se refiere a que el contrato viene a ser una norma entre las partes con el fin de evitar algún abuso y/o arbitrariedad (Zusman, 2005 p.21). En esa línea, se comprende que las partes han acordado una serie de condiciones a través del contrato, entre estas la cláusula referida a las penalidades que menciona aspectos como el procedimiento y la deducción del monto, lo cual resulta vinculante para ambas partes.

Por otro lado, en cuanto al principio de seguridad jurídica consiste en “Las conductas de las personas, aunque principalmente del Estado, sus órganos y organismos, serán predecibles. Lo esencial de este principio es poder predecir la conducta de las personas y del poder a partir de lo que manda el Derecho” (Pérez, 2021 p. 33). En ese sentido, se espera la predictibilidad de la conducta por parte del Estado, siendo contradictorio, que se argumente por parte de la Entidad que el Consorcio hubiera incurrido en retrasos en sus obligaciones, por tanto, hubiera correspondido la aplicación de las penalidades, y no se hubiera procedido con las conformidades ni con las valorizaciones.

En tal sentido, este debió ser interpretado conforme a lo pactado, eso quiere decir que una conducta acorde a lo mencionado, hubiese sido que la Entidad hubiera imputado las penalidades y deducido dichas penalidades de las valorizaciones del Contratista, contrario a lo realizado puesto que inobservó el procedimiento para la deducción de la penalidad, tomando en cuenta que se establece un monto considerable de las penalidades como es el máximo de la penalidad aplicable al contrato.

4.4 Sobre el certificado de conformidad:

En relación con el certificado de conformidad, el Consorcio solicitó la emisión y la entrega de dicho certificado, y alegaba la indebida renuencia por parte del PNSU, no obstante, la Entidad denegó dicho requerimiento, en tanto, manifestaba la inobservancia a sus obligaciones contractuales por parte del Consorcio, en relación

con penalidades pendientes. Por tanto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 84 del Reglamento de la LCAE, la Entidad no estaba obligada a la emisión y la entrega de certificado de conformidad de prestación.

Al respecto, la conclusión del Tribunal Arbitral de no considerar como válida la liquidación emitida por la Entidad implicaba que en el proceso arbitral no se discutiera acerca de la procedencia de la aplicación de las penalidades imputadas por la Entidad, en concordancia con la postura adoptada por el Consorcio en su liquidación, la que no incluía penalidades. Sin embargo, aún cuando se hubiera aceptado el análisis de las penalidades, estas no fueron aplicadas en la oportunidad señalada en las condiciones del contrato, por lo que al no haber penalidades, correspondía la emisión del certificado de conformidad. Por lo tanto, se consideró que no había justificación por parte de la Entidad para retener el otorgamiento del certificado de conformidad, más aún cuando se habían cumplido los requerimientos del servicio, ya que la Entidad aprobó los pagos y tampoco manifestó la aplicación de las penalidades.

A ello se suma, que el Consorcio sustentó dicha postura al evidenciar que la Entidad emitió una serie de certificados tanto de ejecución como de conformidad. Por su parte el PNSU reconoció que dichos certificados obedecían a la verificación de la entrega de los informes o subsanaciones, al igual que dichos actos no pueden ser considerados una renuncia a la aplicación de las penalidades, es decir, que considera que con la emisión de estos certificados no se limitaba su facultad de aplicación de la penalidad cuando lo considere conveniente.

En relación a la conformidad, esta resulta ser el acto de control a cargo del área usuaria que manifiesta la comprobación favorable de la calidad de las prestaciones realizadas por el Contratista, asimismo, este produce efectos como la procedencia del pago del Contratista, la aprobación de las prestaciones realizadas a su favor, libera de los posibles vicios o defectos (Morón y Aguilera, 2017 p. 156).

Conforme lo señala el artículo 97 del RLCAE, se desprende que el acto de conformidad de la prestación viene a ser un acto administrativo contractual, en tanto la Entidad en su función administrativa debía brindar la conformidad constatando que el contratista había cumplido de forma efectiva con la prestación a su cargo, esto es, ejerciendo su discrecionalidad técnica, para evaluar las condiciones del servicio efectuado por el Consorcio, así como con ello se satisfaga el interés público, en marco de la normativa aplicable, esto es, la LCAE y su RLCAE. Si bien, el Consorcio alegaba que no había ningún impedimento para su otorgamiento, en tanto, se habría venido cumpliendo de forma idónea, lo cual se probaba con la emisión de una serie de certificados por parte de la Entidad.

Por otra parte, la Entidad indicó que dichas actuaciones por su parte no implicaban la renuncia a alegar posteriores incumplimientos sobre las prestaciones del Consorcio. Al respecto, en caso de que no prosperaran las penalidades, dicho contexto no impediera a la Entidad de exigir sobre incumplimientos de las obligaciones de parte del Consorcio, sobre supuestos defectos en la prestación, pues en caso de estos, serían

incumplimientos que no fueron observados por la Entidad en su momento bajo la premisa de vicios ocultos.

5. Conclusiones:

- El acto administrativo es una declaración unilateral realizada por la Administración Pública en el ejercicio de su potestad administrativa que genera efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones, derechos y cargas de los administrados, que se da en una relación Administración y Administrado.
- Sobre el concepto del acto administrativo contractual se trata de las actuaciones durante la ejecución contractual, en este caso por parte de la Administración, es decir, en el marco de la ejecución de un contrato administrativo. Asimismo, dichos actos se regularizan por la normativa de contrataciones del Estado, así como las Bases y el Contrato. No obstante, en caso de ausencia de regulación, se evaluará la supletoriedad de las normas de derecho privado y el régimen administrativo.
- En el caso de la liquidación, en tanto, se trata de un acto administrativo contractual no le es aplicable el régimen de derecho administrativo, por lo que, los elementos de validez de dicha actuación se dan en la norma especial para dichos actos. A ello se suma que se debe analizar caso por caso, para concluir que, si resulta conveniente a la lógica contractual, la aplicación de la LPAG.
- La aplicación de penalidades es una prerrogativa de la administración Pública en el marco de la ejecución de contrato administrativo, por lo que, al considerarse un acto administrativo contractual, le resulta aplicable lo expuesto en las Bases y el Contrato, así como la LCE y su reglamento. Sobre el particular, la Entidad no cumplió con las condiciones del contrato respecto a la forma y oportunidad de aplicación de la penalidad, por lo tanto, no le fueron aplicables.
- Sobre el certificado de la conformidad del servicio, la Entidad consideró la existencia de las penalidades como motivo para no emitir el certificado de conformidad, no obstante, al no haber sido aplicadas conforme a lo señalado a las cláusulas del contrato, no era posible retención de dicho certificado.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Barra, R. (2022). Los actos administrativos contractuales: un ejercicio doctrinario. En *Contratos del estado, arbitraje y derecho administrativo. Contratos del estado, arbitraje y derecho administrativo* (pp. 543-566). Editorial Tirant lo Blanch.
2. Cárdenas, L. (2012). Silencio en la contratación. Análisis del código civil peruano y de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. *Panorama*, 6(11), 151-165.

3. Cassagne, J. C. (2015). La Contratación Pública: Fronteras, Tensiones e Interrelación con el Derecho Privado en el Nuevo Escenario Contractual. *Derecho & Sociedad*, (44), 15-21. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14384>
4. Contraloría General de la República (2023). Análisis de la contratación pública en el Perú (2018-2022): una mirada desde el control gubernamental. Documento de investigación. Lima, Perú. Recuperado a partir de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4870766/An%C3%A1lisis%20de%20la%20Contrataci%C3%B3n%20P%C3%ABlica%20en%20el%20Per%C3%BA%20%282018-2022%29.pdf.pdf?v=1689790040>
5. Danós Ordóñez, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (2), 9-44. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330>
6. Danós Ordóñez, J. (2010). ¿Constituye el acto administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano? *Revista De Derecho Administrativo*, (9), 21-37. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/137>
7. Fernández, C. A. F. (2017). La teoría de los actos propios y su aplicación en la legislación peruana. *Lumen*, (13), 51-59.
8. Franco Arias, B. (2015). El Carácter Vinculante de las Opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. *Derecho & Sociedad*, (44), 391-402. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14420>
9. Herrera, J. (2018). Los actos contractuales administrativos <https://prometheo.pe/los-actos-contractuales-administrativos/>
10. León Gil, M. A. (2018). Arbitraje de Actos Administrativos Contractuales. Colombia: Universidad Externado.
11. León Hilario, L. (2019). Derecho privado. Parte general: negocios, actos y hechos jurídicos.
12. Linares Jara, M. (2006). El Contrato Administrativo en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (1), 285-308. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16358>
13. Linares Jara, M. (2020) Panorama Actual del Arbitraje 2015. *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre*. (32) 35-60.
14. Linares Jara, M. (2022). El arbitraje como medio de solución de controversias en los contratos administrativos: legalidad e ineficacia de los actos administrativos contractuales. En *Contratos del estado, arbitraje y derecho*

administrativo. Contratos del estado, arbitraje y derecho administrativo (pp. 543-566). Editorial Tirant lo Blanch.

15. Martín Tirado, R.J. (2009). Del régimen jurídico de los actos administrativos”, en: *Sobre la Ley de Procedimiento Administrativo General*, UPC, Lima. 127-171
16. Martín Tirado, R. J. (2013). El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Arbitraje PUCP*, (3), 41-77. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9386>
17. Morón Urbina, J. C. (2001). Los Actos Administrativos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. *Derecho & Sociedad*, (17), 242-257. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16889>
18. Morón Urbina, J. C., & Aguilera B., Z. (2017). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
19. Opinión OSCE N° 107-2012/DTN sobre el procedimiento de notificación durante la ejecución de una obra <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/738365-opinion-n-1-07-2012-dtn>
20. Opinión OSCE N° 078-2017/DTN sobre liquidación <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737425-opinion-n-0-78-2017-dtn>
21. Opinión OSCE N° 151-2017/DTN sobre la aplicación de las penalidades <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737498-opinion-n-1-51-2017-dtn>
22. Opinión OSCE N° 130-2018/DTN sobre la ampliación de plazo contractual https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2018/130-18-%20-%20T.D.13225240-%20-%20PROG.NAC.INFRAEST.EDU.%20-%20PRONIED.doc
23. Opinión OSCE N° 065-2019/DTN sobre aplicación de la ley de contrataciones del estado y su reglamento durante la fase de ejecución contractual https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2019/065-19-%20-%20TD%2014553660-%20-%20MUNI%20DIST%20DE%20SAMUEL%20PASTOR%20-%20APLIC.DE%20LCE%20Y%20SU%20REGLAMENTO%20DURANTE%20EJEC.CONTRACTUAL.doc

24. Opinión N°001-2020/DTN sobre la suspensión de plazo de ejecución <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1299375/001-20%20-%20UNIVERSIDAD%20NACIONAL%20AUTONOMA%20DE%20CHOTA%20-%20SUSPENSI%C3%93N%20DE%20PLAZO%20DE%20EJECUCI%C3%93N.pdf>
25. Opinión N°099-2022/DTN sobre la aprobación de prestaciones adicionales_ <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3856379/Opini%C3%B3n%20099-2022%20-%20PROG.AGUA%20SEG.LIMA%20CALLAO%20-%20APROB.PRESTs.ADICs..pdf.pdf?v=1669049188>
26. Pérez Huamaní, R. O. (2021) Análisis al Expediente No 1795-195-18-PUCP (Consortio Santa Rosa contra el Programa Sectorial de Irrigaciones–PSI).
27. Salazar Chávez, R. (2004). La Contratación de la Administración Pública en función a los Intereses Involucrados en cada Contrato. *Derecho & Sociedad*, (23), 36-42.
28. Salazar Chávez, R. (2009). Las Formas Jurídicas Administrativas y la Contratación Pública sobre Bienes, Servicios y Obras. *Revista De Derecho Administrativo*, (7), 24-35. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14011>
29. Tafur Solís, E. (2021) Las penalidades en la Ley de Contrataciones del Estado y un caso de análisis en la práctica arbitral. En *Temas de Contratación con el Estado. Perspectiva jurídica*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
30. Torres Maldonado, M. (2016) La irrelevancia del nomen iuris en la práctica contractual
31. Vásquez, W. (2013) Contrato, autonomía privada e intervención de la justicia constitucional. Algunos apuntes sobre una relación compleja. *Gaceta constitucional* (69), 221-234. Recuperado a partir de https://www.academia.edu/40208122/Contrato_autonom%C3%ADa_privada_e_intervenci%C3%B3n_de_la_justicia_constitucional_Algunos_apuntes_sobre_una_relaci%C3%B3n_compleja
32. ZEGARRA, D. H.(2003). La motivación del acto administrativo en la ley No. 27444, nueva ley de procedimiento administrativo general. En *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*. (pp. 173 - 219). LIMA. ARA.
33. Zusman Tinman, S. (2005). La buena fe contractual. *THEMIS Revista De Derecho*, (51), 19-30. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8787>

**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")

c/

**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 **subsanción 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 Reconvención 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 reciprocamente, 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 Resolución**¹⁴. 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 estas 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 reconvencción 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
"c) ...
"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 nótese 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 inejecución 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 reconventional 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 reconvención 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° 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/>

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")

^d
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