

Arbitraje seguido entre

CONCYSSA S.A

(Demandante)

y

EMPRESA MUNICIPAL DE SANEAMIENTO DE PUNO S.A

(Demandado)

LAUDO

Tribunal Arbitral

Dr. Javier de Belaúnde López de Romaña

Dr. Jorge Santistevan de Noriega

Dr. José Luis Briones Tinoco

Secretario arbitral

Dr. Aldo Zela Villegas

Representante del demandante

Dr. Mauricio Antonio Caveró Blumenfeld Canta

Dra. María Isabel Aparicio Alcázar

Representantes del demandado

Ing. Percy Donato Aza Morales

Ing. Dino Medardo Loza Huarachi

Ing. Emilio Castillo Aroni

Dra. María Candelaria Morales Segura



ÍNDICE

I.	CONVENIO ARBITRAL.....	3
II.	DESIGNACIÓN DE LOS INTEGRANTES DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	4
III.	PRETENSIONES PLANTEADAS POR CONCYSSA ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS.....	5
IV.	POSICIÓN DE EMSAPUNO RESPECTO DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR CONCYSSA Y LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN.....	23
V.	PRETENSIONES PLANTEADAS POR EMSAPUNO EN SU ESCRITO DE RECONVENCIÓN DE DEMANDA, ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN.....	42
VI.	POSICIÓN DE CONCYSSA RESPECTO DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR EMSAPUNO EN SU RECONVENCIÓN.....	68
VII.	AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	84
VIII.	ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.....	90
IX.	AUDIENCIAS DE ILUSTRACIÓN PROGRAMADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL.....	91
X.	ALEGATOS Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES	92
XI.	CUESTIONES PRELIMINARES.....	93
XII.	CUESTIONES PREVIAS	93
XIII.	ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS	109
XIV.	CON RELACIÓN A CÓMO DEBEN LAS PARTES ASUMIR LOS COSTOS Y HONORARIOS DEL PRESENTE ARBITRAJE	231
XV.	LAUDO	232

Resolución N° 33

En Puno, a los 11 días del mes de octubre del año dos mil diez, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales y evaluando la prueba actuada, de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y en la contestación de demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 18 de febrero de 2008, CONCYSSA S.A. (en adelante, CONCYSSA) suscribió con EMSAPUNO S.A. (en adelante, EMSAPUNO) un Contrato de construcción de obra a precios unitarios, con la finalidad de que CONCYSSA ejecutara (con el financiamiento de la República Federal Alemana a través de la entidad KfW) las obras en el Lote 2: Galerías de Filtración Totorani, rehabilitación de la cámara de bombeo de desagüe El Floral, colectores secundarios Urbanización Vallecito y Machallata y las redes de alcantarillado del proyecto del sistema de agua potable y alcantarillado de Puno (en adelante El Contrato).
2. De conformidad con la cláusula vigésimo tercera de El Contrato, cualquier controversia que pudiere surgir desde la celebración de

El Contrato, sería resuelta de manera definitiva mediante un Arbitraje.

II. DESIGNACIÓN DE LOS INTEGRANTES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3. Al surgir una controversia entre las partes en relación a El Contrato, CONCYSSA designó como árbitro al doctor Augusto Ferrero Costa. A su turno y dentro del plazo de ley, EMSAPUNO designó como árbitro al doctor José Luis Briones Tinoco.
4. Posteriormente, ambos árbitros llegaron a un acuerdo sobre la designación del Presidente del Tribunal Arbitral, nombrándose como tal al doctor Javier de Belaunde López de Romaña.
5. Con fecha 19 de octubre del 2009, el Dr. Augusto Ferrero Costa renunció a su cargo como árbitro del presente proceso, siendo sustituido por el Dr. Jorge Santistevan de Noriega, quien suscribe el presente laudo, de conformidad con lo señalado en la Resolución N° 22, de fecha 26 de noviembre del 2009.
6. Con fecha 25 de abril de 2008, se instaló el Tribunal Arbitral con presencia y participación de ambas partes. Los árbitros ratificaron la aceptación del cargo declarando no tener ningún tipo de incompatibilidad ni compromiso con las partes. En este acto también se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios de los árbitros y del secretario arbitral.

7. En el numeral 3 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se dispuso que en virtud de El Contrato y, en concordancia con lo establecido por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM (en adelante, LCAE) y su Reglamento (en adelante El Reglamento), el presente arbitraje fuera de derecho.
8. Asimismo, en El Contrato se estableció que el laudo emitido en el presente proceso sería vinculante y pondría fin al proceso de manera definitiva, siendo inapelable.
9. Además, de acuerdo con el punto 4 del Acta de Instalación, el presente arbitraje debe regirse de acuerdo con las reglas establecidas en ella y, en su defecto, por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante, La Ley) y El Reglamento, así como por la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA).
10. Asimismo, se dispuso que en caso de deficiencia o vacío de las mencionadas reglas, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva del modo que considerase apropiado, velando por el derecho de ambas partes a un debido proceso.

III. PRETENSIONES PLANTEADAS POR CONCYSSA ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS

11. Con fecha 14 de mayo de 2008, CONCYSSA presentó su escrito de demanda formulando las siguientes pretensiones:

- **Pretensiones formuladas por CONCYSSA**

a) Primera pretensión principal: *"Que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO el pago inmediato de los S/. 211,428.73 (doscientos once mil cuatrocientos veintiocho con 73/100 Nuevos Soles) que hasta la fecha EMSAPUNO adeuda a CONCYSSA, como liquidación final de EL Contrato, incrementados con el interés respectivo, considerando que EL Contrato ha sido ejecutado con sujeción a los términos establecidos en el mismo, así como a los acuerdos posteriores, celebrados voluntariamente entre las partes".*

b) Segunda pretensión principal: *"Que el Tribunal Arbitral ordene la inejecución y declare la extinción de la Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79 otorgada por el Banco Continental como garantía de Buen Funcionamiento de las obras ejecutadas por CONCYSSA".*

c) Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: *"Que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO devolver a CONCYSSA la mencionada carta fianza N° 0011-09010-9800109234-79, en un plazo máximo de 24 horas contadas a partir de la notificación del laudo arbitral, y que, en su defecto, se asuma de pleno derecho que, vencido el plazo establecido, la carta fianza ha sido devuelta para todos sus efectos".*

d) Tercera pretensión principal: *“Que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO el pago de una indemnización ascendente a la suma de S/. 500,000.00 (quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) por el daño emergente y el daño a la imagen ocasionados a CONCYSSA”.*

• **Fundamentos de hecho de la demanda**

CONCYSSA sustenta sus pretensiones en los siguientes fundamentos de hecho:

12. Con fecha 4 de junio de 2004, CONCYSSA y EMSAPUNO suscribieron un Contrato de construcción de obra a precios unitarios, con la finalidad de que CONCYSSA ejecutara (con el financiamiento de República Federal Alemana a través de la entidad KFW) las obras en el Lote 2: Galerías de Filtración Totorani, rehabilitación de la cámara de bombeo de desagüe El Floral, colectores secundarios Urbanización Vallecito y Machallata y las redes de alcantarillado del proyecto del sistema de agua potable y alcantarillado de Puno. La retribución total por las obras a ejecutarse se pactó en S/. 19'250,117.65.
13. En El Contrato se establecieron tres (3) garantías bancarias que fueron oportunamente entregadas por CONCYSSA. Estas garantías fueron:

- (i) **Garantía de Anticipo:** prevista en el numeral XIII-III de El Contrato en respaldo del monto otorgado anticipadamente por la KFW.

(ii) **Garantía de Cumplimiento:** prevista en el numeral XIII-III de El Contrato, que conforme al mismo se mantuvo vigente hasta 30 días después de producida la Recepción Provisional de la Obra.

(iii) **Garantía de Buena Ejecución:** prevista en el numeral XIII-III de El Contrato, que fue otorgada por CONCYSSA una vez devuelta la Garantía de Cumplimiento y que se mantuvo vigente hasta el 30 de Julio del 2007, fecha en la que se habría cumplido un año calendario contado a partir de la Recepción Provisional de la Obra.

14. En la cláusula décima de El Contrato, se estableció que en tal oportunidad, EMSAPUNO debería proceder a la Recepción Definitiva de la Obra entregando el "Certificado Final de Terminación de la Obra Construida", en la medida que no existieran fallas o desperfectos en la obra construida que no hubiesen sido reparados por CONCYSSA a requerimiento de EMSAPUNO.

15. EL Contrato habría previsto la entrega de tres garantías distintas, en respaldo de 3 tipos de obligaciones diferentes. En tal sentido, mientras que la Garantía de Anticipo respaldaba el uso adecuado del dinero otorgado de manera anticipada como adelanto; la Garantía de Cumplimiento respaldaba la ejecución de las obras y el cumplimiento de las obligaciones de EL Contrato; y la Garantía de Buena Ejecución garantizaba la conservación de la obra, sirviendo de respaldo para aquellos casos en los que se presentara alguna falla no advertida en la obra ya terminada o algún

vicio oculto por repararse.

16. Durante la vigencia de El Contrato, CONCYSSA habría ejecutado las obras conforme a lo pactado, siendo que con fecha 7 de diciembre del 2004, EMSAPUNO procedió a la Recepción de parte de la Obra contratada (la Galería Filtrante de Totorani) planteando 14 observaciones, que habrían sido subsanadas, procediéndose el 15 de agosto del 2006 a la Recepción de dicha Obra sin observaciones, y suscribiéndose un Acta de Acuerdo Amigable entre EMSAPUNO y CONCYSSA, mediante la cual se pretendió superar de mutuo acuerdo, las observaciones que fueron planteadas en su oportunidad por EMSAPUNO.
17. Con fecha 5 de abril de 2006, EMSAPUNO procedió a la Recepción de la otra parte de la Obra planteando determinadas observaciones, que habrían sido de igual manera subsanadas, procediéndose a la Recepción de dicha Obra sin observaciones, mediante acta de fecha 31 de julio del 2006.
18. Entre la fecha en la que se plantearon las observaciones por EMSAPUNO y la fecha en que dichas observaciones fueron levantadas a través de la suscripción del Acuerdo Amigable, habría transcurrido un plazo considerable, en el que las partes habrían negociado, de acuerdo a consideraciones técnicas y no políticas, una solución a las divergencias existentes.
19. Habiéndose cumplido con ejecutar a satisfacción de EMSAPUNO las obras materia de El Contrato, se dio inicio al periodo de conservación de la obra (de un año contado a partir de la

Recepción sin observaciones). Para ello, CONCYSSA entregó la Garantía de Buena Ejecución como respaldo de las obligaciones de conservar la obra y responder ante fallas o vicios ocultos que pudieran presentarse y que le fueran imputables.

20. Durante esta etapa, CONCYSSA habría atendido a los requerimientos planteados por EMSAPUNO con arreglo a El Contrato, no existiendo ninguna obligación vinculada a la conservación de la obra que se encuentre pendiente.
21. A poco tiempo de cumplirse con el plazo de conservación de la obra (prevista para julio 2007) y esperando que EMSAPUNO cumpliera con efectuar la Recepción Definitiva de ella, con fecha 20 de junio de 2007, CONCYSSA recibió la Carta Notarial N° 018-2007-EMSAPUNO, a través de la cual se le comunicó la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG.
22. Mediante la mencionada Resolución, EMSAPUNO declaró la "nulidad" de cuatro actos ejecutados por ella misma, en su administración anterior, a saber:

(i). La Resolución N° 037-2006-EMSAPUNO/GG que modificó la composición del Comité de Recepción Provisional de la obra "Galería de Filtración Totorani" originalmente nombrado por EMSAPUNO.

(ii). El Acuerdo Amigable de fecha 15 de agosto de 2006 en el que se levantaron las observaciones originalmente planteadas a la obra y se recibió la obra sin observaciones.

(iii). El Acta de Recepción Provisional de fecha 31 de julio de 2006 donde se recibieron sin observaciones las obras del "Lote 2".

(iv). La Resolución N° 069-2006-EMSAPUNO en la que se aprobó la liquidación final de las obras del "Lote 2".

23. La nueva Gerencia General de EMSAPUNO declaró la nulidad de los referidos actos argumentando que ellos se habrían generado irregularmente por las anteriores autoridades; y que el Acuerdo Amigable de fecha 15 de agosto de 2006 no se encontraba permitido.

24. Con fecha 5 de julio de 2007, CONCYSSA había remitido la Carta de Respuesta N° 024-2007-GC, manifestando que la mencionada Resolución de EMSAPUNO carecía de todo sustento y que por ende no podía generar ningún efecto frente a ella ni frente a terceros. Asimismo, EMSAPUNO no habría dado respuesta a dicha comunicación.

25. Con fecha 10 de agosto de 2007, EMSAPUNO remitió al Banco Continental la Carta Notarial N° 034-2007-EMSAPUNO/GG solicitando la ejecución de la garantía de buena ejecución de El Contrato por Las siguientes consideraciones: (i) al no haberse producido la recepción definitiva; y, (ii) ante la necesidad de mantener vigente la citada garantía, señalándose además que, por tales consideraciones, EMSAPUNO determina que CONCYSSA no habría cumplido El Contrato en forma debida.

26. Frente a ello, CONCYSSA solicitó al Tercer Juzgado Civil de Puno

una medida cautelar genérica que ordene la suspensión de la ejecución de la mencionada garantía. Así, mediante Resolución N° 1 de fecha 28 de agosto de 2007, se concedió la medida cautelar solicitada, ordenándose renovar la mencionada garantía.

27. Posteriormente, habiéndose desistido CONCYSSA de la medida cautelar concedida, con fecha 30 de octubre del 2007, EMSAPUNO remitió al Banco Continental la Carta Notarial N° 038-2007-EMSAPUNO-GG mediante la cual solicitó nuevamente la ejecución de la carta fianza emitida como Garantía de Buena Ejecución, aduciendo esta vez que CONCYSSA no habría cumplido con EL Contrato en la forma debida, negándose a reparar o corregir defectos de la obra. Así, CONCYSSA presentó nuevamente una solicitud cautelar requiriendo la suspensión de la nueva solicitud de ejecución de carta fianza presentada por EMSAPUNO. Dicha medida cautelar fue otorgada con fecha 8 de noviembre de 2007.

- **Fundamentos de derecho esgrimidos por CONCYSSA**

En el escrito de demanda se señalan los siguientes fundamentos de derecho:

28. EMSAPUNO estaría desconociendo unilateralmente un Contrato (el Acuerdo Amigable) y; sobre la base de tal desconocimiento, pretende ejecutar una carta fianza y hacer suyo su valor.
29. Las obras materia de EL Contrato habrían sido ejecutadas íntegramente por CONCYSSA y recibidas en su totalidad por EMSAPUNO. La recepción de las obras se hizo bajo el esquema de

recepción de obra con observaciones en un primer momento, y luego las partes procuraron una solución amigable que se materializó en el Acuerdo Amigable suscrito el 15 de agosto de 2006. Este Acuerdo Amigable sería un Contrato que contendría la aceptación de EMSAPUNO y la correspondiente recepción de las obras materia de El Contrato.

30. Posteriormente, EMSAPUNO desconoció el Acuerdo Amigable y dejó de pagar a CONCYSSA la liquidación final de El Contrato, exigió la ejecución de la carta fianza otorgada como garantía de buena ejecución. EMSAPUNO no habría considera lo siguiente:

- a. Que de acuerdo a El Contrato, la ejecución de las cartas fianza es el último remedio y que EMSAPUNO no tiene constancia que acredite el cumplimiento del requisito de requerimiento formal hacia CONCYSSA.
- b. Que la carta fianza vigente al momento de la solicitud es una de garantía de buena ejecución, en respaldo exclusivo de vicios ocultos o desperfectos nuevos propios de la etapa en que se encontraba la obra. La carta fianza vigente no respaldaba la ejecución de EL Contrato (que fue en su época respaldada por otra garantía que a la fecha no tenía vigencia).
- c. Que de acuerdo a El Contrato, la ejecución de las garantías no es un mecanismo de enriquecimiento arbitrario, sino un mecanismo para suplir incumplimientos determinados en función a cada etapa de la obra. EMSAPUNO consecuentemente con su actuación arbitraria de no precisar el

incumplimiento, tampoco se preocupó en precisar el importe que en todo caso se requería para corregir las obras, sino que habría buscado la ejecución del íntegro del importe garantizado. Asimismo, habría solicitado que el pago se efectuara en una cuenta propia de EMSAPUNO, y no en aquella prevista en El Contrato (cuenta KfW), considerando que fue la KfW la que financió íntegramente la obra. Esto último evidenciaría las intenciones de EMSAPUNO, cuales no parecerían ser otras que las de apropiarse arbitrariamente del importe de la carta fianza.

31. Mediante Carta Notarial N° 005-2007-EMSAPUNO, EMSAPUNO manifestó que a su entender CONCYSSA ha incumplido en la ejecución de El Contrato, básicamente en los siguientes puntos:

- (i) EMSAPUNO señaló que CONCYSSA habría incumplido El Contrato, puesto que habría utilizado para ejecutar las obras, un material distinto al requerido. Al respecto, no sólo el cambio de material habría sido aceptado y aprobado expresamente por EMSAPUNO a través del Consultor Supervisor de la Obra (GITEC SERCONSULT) de acuerdo a la cláusula décimo novena de El Contrato (como lo revelaría la carta de fecha 19 de agosto de 2004 en la que se otorga conformidad al nuevo material), sino que además esta observación fue absuelta de manera expresa en el Acuerdo Amigable.

- (ii) EMSAPUNO señala que el rendimiento y caudal de la Galería Filtrante Totorani no alcanzaría el considerado en el expediente técnico y que el defecto en dicho rendimiento constituye un incumplimiento imputable a CONCYSSA. Respecto de este punto, y al igual que el anterior, la discusión acerca del rendimiento y caudal de la Galería Filtrante, se produjo anteriormente entre las partes y fue resuelto mediante el Acuerdo Amigable (observación 13) en el que las partes reconocieron que si bien el rendimiento es de 20 l.p.s. y no de 35,6 l.p.s., esto no se debe a una causa imputable a CONCYSSA sino al diseño de la obra que fue elaborado por otro proveedor.
- (iii) EMSAPUNO señala que hay un incumplimiento de CONCYSSA en realizar la sectorización de las obras ejecutadas. Al respecto, CONCYSSA habría hecho una pregunta formal al Supervisor de la Obra (GITEC SERCONSULT), que fue anotada en el respectivo Cuaderno de Obra (asiento 238), sobre quién debería realizar la verificación de la sectorización, para que, en caso requiriese ser efectuada por CONCYSSA, se procediera a la aprobación del adicional correspondiente (en tanto no estaba contemplado en El Contrato, las bases y las condiciones técnicas). Frente a dicha consulta, el Supervisor de la Obra designado por EMSAPUNO señaló expresamente que la puesta en operación y funcionamiento de la sectorización no correspondía ser efectuada por CONCYSSA, tal

y como se constaría en el último párrafo del Asiento 239 del Cuaderno de obra.

- (iv) EMSAPUNO reclama a CONCYSSA el uso de la tecnología sin zanja que involucraba que en algunos sectores se realizara una labor de mantenimiento a las tuberías de fierro fundido existentes, en lugar de efectuar el cambio por otras nuevas tuberías de PVC. Sobre este punto, si bien en un inicio el expediente técnico originalmente planteado contemplaba la sustitución de todas las tuberías, CONCYSSA sustentó técnicamente que existían tuberías de fierro fundido que presentaban características de calidad muy superiores a las de PVC. En virtud a ello, CONCYSSA sugirió que en esos casos se empleara, sin costo adicional alguno, una tecnología para rehabilitar dichas tuberías mediante acciones de limpieza y revestimiento con mortero cemento. Esta sugerencia habría sido acogida en su oportunidad por EMSAPUNO con la no objeción de la KfW, toda vez que no hacerlo hubiese implicado causar un perjuicio al pueblo de Puno sustituyendo unas tuberías (que requerían solo un mantenimiento especializado) por otras de menor calidad. Por ello, esta sugerencia habría sido incorporada en la cláusula novena de El Contrato.

32. Respecto de la resolución unilateral de Contratos a través de la emisión de actos administrativos.- La nulidad de oficio es una

prerrogativa excepcional con la que cuenta la administración para que, bajo los parámetros de la legalidad, interés público y respeto al orden jurídico, pueda corregir errores en la emisión de actos administrativos.

33. Desde un punto de vista formal y de acuerdo a lo establecido en el artículo 202° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG sería ilegal e incapaz de producir efectos legales por las siguientes consideraciones:

- (i) El Acuerdo Amigable es un Contrato y no se encontraría sujeto al poder de *ius imperium* de la administración pública. En tal sentido no podría ser objeto de una acción de nulidad de oficio.
- (ii) La acción de nulidad de EL Contrato tiene sus propias causales establecidas en el Código Civil y la vía sería la judicial.
- (iii) En cualquier caso, no existe contravención al artículo 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General.
- (iv) La Resolución fue emitida por la Gerencia General de EMSAPUNO y el Acuerdo Amigable fue también suscrito por la Gerencia General, por lo que no se cumple con el requisito de emisión por el superior jerárquico.
- (v) La Resolución carecería de motivación.
- (vi) La Resolución vulneraría los principios de legalidad, debido procedimiento y predictibilidad previstos en el artículo IV de la Ley de Procedimiento Administrativo

General.

34. La resolución mencionada habría tenido como único móvil el desconocer un Contrato previamente celebrado y con ello ejecutar la carta fianza otorgada y hacer suyo su valor.
35. Respecto de la responsabilidad de EMSAPUNO en los daños ocasionados a CONCYSSA.- CONCYSSA habría sufrido una serie de daños patrimoniales y extrapatrimoniales cuyo resarcimiento estaría justificado.
36. Para que exista responsabilidad civil contractual o extracontractual, deberán necesariamente confluir cuatro presupuestos básicos: la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución de responsabilidad.
37. **Antijuricidad:** En el presente caso, encontraríamos diversas conductas antijurídicas que se podrían agrupar en: (i) conductas violatorias al deber contractual de colaboración y buena fe contractual; (ii) conductas contrarias a la buena fe como principio general; y (iii) conductas difamatorias y de agravio directo a la imagen.
38. La conducta de EMSAPUNO de no respetar el deber de colaboración que el derecho impone a todos los contratantes, se pondría de manifiesto en todo el periodo de conservación de la obra, resultando evidente en los siguientes casos:
- a) Cuando EMSAPUNO desconoció unilateralmente la recepción de las obras efectuada por ella misma

imputó un incumplimiento general a CONCYSSA.

- b) Cuando EMSAPUNO exigió la ejecución de una carta fianza sin advertir la existencia de algún vicio o desperfecto, así como requerir la subsanación de dicho vicio o desperfecto particular en caso de haber existido, violando El Contrato.
- c) Cuando EMSAPUNO se rehusó a pagar a CONCYSSA el importe que le debe conforme a El Contrato.
- d) Cuando EMSAPUNO se rehusó a reunirse con CONCYSSA, para que, dentro del marco establecido en El Contrato, pudiesen solucionar sus diferencias.
- e) Cuando EMSAPUNO requirió que el pago del importe de la carta fianza se haga en una cuenta propia y no en la prevista en El Contrato (cuenta KfW).

39. En cuanto a las actuaciones contrarias a la buena fe como principio general señalan las siguientes:

- a) Abusar de las prerrogativas legales con que cuenta la administración pública para procurar oponer una resolución ilegal.
- b) Engañar para obtener una ventaja que llevó a CONCYSSA a desistirse de la primera medida cautelar obtenida.
- c) Dilatar todo intento de solución de una diferencia, postergando y trabando la instalación del Tribunal Arbitral.

40. En cuanto a las conductas difamatorias señalan las siguientes:

- a) Citar al Congreso de la República a CONCYSSA para difamarla públicamente, imputándole incumplimientos y la comisión de ilícitos penales tales como la estafa y la colusión.
- b) Publicar en medios masivos de comunicación como son la página web de acceso al público de EMSAPUNO, y diversos diarios que CONCYSSA ha incumplido dolosamente El Contrato en desmedro de la población puneña.
- c) Difundir verbalmente en toda la comunidad de Puno que CONCYSSA ha incumplido sus obligaciones, ha estafado al Estado y ha malversado sus fondos.

41. **El daño:** CONCYSSA habría sido víctima de dos clases de daño: El primero de carácter patrimonial -daño emergente- y el segundo de carácter extrapatrimonial -daño a la imagen y la reputación-.

42. **Daño emergente:** El daño emergente se vincula a la idea de gasto, derogación, empobrecimiento. Es la consecuencia inmediata e inminente de la conducta antijurídica.

43. En el presente caso, dentro del concepto de daño emergente, CONCYSSA habría sufrido los siguientes daños:

- a) CONCYSSA, durante todo el proceso de conservación de la obra, se habría visto obligada a asumir una serie de gastos de viajes, viáticos, gastos de asesoría legal, entre otros que ascenderían a la suma de S/.

79,864.19.

- b) CONCYSSA se habría visto obligada a contratar informes técnicos de primer nivel para evaluar de manera imparcial y objetiva las características y el funcionamiento de las obras ejecutadas, pagando a los ingenieros responsables la suma de S/. 26,901.95.
- c) CONCYSSA se habría visto obligada a mantener vigente la carta fianza de buena ejecución hasta la fecha, aun cuando de acuerdo al Contrato solo debía mantenerla vigente hasta el 30 de julio de 2007. Mantener dicha carta fianza hasta la fecha, habría significado un costo financiero ascendente a la suma de S/. 22,465.82.
- d) Para mantener vigente la carta fianza, CONCYSSA habría tenido que inmovilizar sus cuentas hasta por casi dos millones de soles, con la consecuente pérdida de utilidad y costo de oportunidad de este capital. Ello significaría una pérdida por costo de oportunidad del orden de entre el 10% y 15% anual, que se debería reconocer. En tal sentido, el costo de oportunidad por inmovilización del dinero oscilaría entre S/. 192,501.17 y S/. 288,751.76.

44. **Daño a la imagen:** Las conductas de EMSAPUNO habrían generado importantes daños a la imagen y reputación de CONCYSSA. Así, CONCYSSA tendría un valor que excede aquel que pueda obtenerse de la simple lectura de sus balances y estados financieros. Ese activo intangible está compuesto por su marca, su prestigio, su imagen y su reputación. Las difamaciones de las que CONCYSSA habría

sido objeto han determinado que ésta vea menoscabada su imagen. Esta pretensión indemnizatoria, con relación al perjuicio generado a la imagen de CONCYSSA se valora entre S/. 80,000.00 y S/. 170,000.00.

45. **El nexó causal:** En el presente caso las conductas antijurídicas señaladas constituirían causa adecuada de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales invocados por CONCYSSA.
46. **El factor de atribución de responsabilidad:** En el presente caso quedaría evidenciado que EMSAPUNO ha actuado dolosamente, ya que su conducta habría sido intencionada y dirigida a perjudicar a CONCYSSA.
47. La confluencia de los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil ampararían la tercera pretensión principal de la demanda, por lo que se debería ordenar a EMSAPUNO el pago de una indemnización ascendente a S/. 500,000.00 por todos los daños y perjuicios (daño emergente y daño a la imagen).

• **Medios probatorios ofrecidos por CONCYSSA**

48. En calidad de medios probatorios, CONCYSSA ofreció en su escrito de demanda los documentos y pruebas correspondientes al acápite IV. denominado "MEDIOS PROBATORIOS" y que se identifican como anexos del 1-C al 2-K.

IV. POSICIÓN DE EMSAPUNO RESPECTO DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR CONCYSSA Y LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN

49. Mediante escrito presentado el 29 de mayo de 2009, EMSAPUNO contestó la demanda, solicitando que sea declarada infundada en todos sus extremos.

50. Sustentó su posición en los siguientes fundamentos:

- **Pronunciamiento sobre los hechos expuestos en la primera pretensión demandada:**

51. La pretensión de pago de saldo por concepto de Liquidación Final resultaría infundada; puesto que mediante Carla Notarial N° 018-2007-EMSAPUNO/GG, recepcionada por CONCYSSA en fecha 18 de junio del 2007, se notificó la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG del 14 de junio del 2007, por la que se declaraba la "nulidad" de la aprobación de la correspondiente Liquidación Final de Obra; resolución que, si bien mereció comentarios y apreciaciones por parte de CONCYSSA, no habría sido cuestionada en forma expresa ante el Tribunal Arbitral; deviniendo en un acto administrativo firme. En tal sentido, resultaría jurídicamente errado refutar un acto administrativo firme cuya validez o invalidez no forma parte de ninguna de las pretensiones demandadas, tentado la emisión de un Laudo, que devendría en "extrapetita".

52. Al ser aplicable -según la Base Legal establecida en el Cláusula Segunda de El Contrato- la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444); resultaría que CONCYSSA no tendría la facultad de poder inferir la ineficacia o nulidad de los Actos Administrativos contenidos en la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG; puesto que -tal como lo preceptuarían los Artículos 9° y 10° de la mencionada Ley- todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por órgano competente (en este caso el Tribunal Arbitral, en aplicación de la Cláusula Vigésimo Tercera de El Contrato); nulidad que no habría sido pretendida.
53. Si bien es cierto que la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG es unilateral; ello se debería a que, a través de ella -ante el agravio del interés público (entendido como correcta y adecuada prestación de los servicios de saneamiento de esta ciudad), y en ejercicio del derecho de "autotutela" que ostentaría la administración pública- se ha materializado la institución jurídica administrativa de la "nulidad de oficio", por medio de la "función administrativa revisora del estado" de diversos actos administrativos que habrían sido emitidos contraviniendo el Artículo 62° de la Constitución Política del Estado, el Acuerdo Separado al Contrato de Préstamo Aporte Financiero y Ejecución del Proyecto -suscrito entre el KfW, el MEF, y EMSAPUNO-, las Normas para la Contratación y Adquisiciones en el Marco de la Cooperación Financiera Oficial Con Países en Desarrollo, El Contrato (Cláusulas Tercera: las especificaciones técnicas del proyecto no habrían sido cumplidas; Quinta: No se han

aplicado los deductivos correspondientes en las respectivas valorizaciones; Octava: los plazos de ejecución no han sido cumplidos, y Décima: no se cumplió con el procedimiento de recepción de obras), la Ley N° 27444 (puesto que los actos administrativos declarados nulos no se sujetaron a los principios de legalidad, debido procedimiento, imparcialidad; así como tampoco cumplieron con los requisitos de competencia, motivación, procedimiento regular, y la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su respectivo Reglamento (artículos 147, 149, 152, 163, y 164); función que por su propia naturaleza no requeriría de consenso o aceptación previa de los administrados; sin que tal circunstancia implique arbitrariedad.

54. La Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG, no contravendría ningún Principio Administrativo; toda vez que habría sido emitida dentro del marco legal previsto y las facultades atribuidas a la Administración Pública (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento), y Ley del Procedimiento Administrativo General (Principio de Legalidad). Así, el procedimiento de formación y emisión de la precitada Resolución habría observado las garantías sustantivas y formales requeridas para su validez; derecho que sin embargo, no habría sido ejercido por la accionante al no haber sido pretendido en el presente proceso.

55. La Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG habría sido emitida por Órgano Competente; puesto que el artículo 48° de los Estatutos Sociales de EMSAPUNO preceptúa que el Gerente General es el ejecutor de todas las

disposiciones del Directorio; siendo que en el Acta de Continuación de Sesión Ordinaria de Directorio, de fecha 07 de mayo del año 2007, luego de escuchar los informes técnicos y legales sobre la ejecución de las obras del "Lote 02", el Directorio acordó por unanimidad, entre otros, encargar al gerente general declarar la nulidad de oficio de los siguientes actos administrativos: Acuerdo Amigable de fecha 15 de agosto del 2006, Resolución de Gerencia General N° 037-2006-EMSAPUNO-GG, Recepción Provisional Sin Observaciones de fecha 31 de Julio del 2006, y Resolución de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO-GG". Dicho Acuerdo estaría acorde con las atribuciones previstas para este Órgano en el artículo 45° del referido cuerpo estatutario. Por tanto, la resolución en cuestión, habría sido emitida por órgano competente.

56. Si bien es cierto que los precitados cuatro Actos Administrativos fueron emitidos por la anterior administración de EMSAPUNO; resultaría igualmente cierto que ellos sólo han beneficiado a CONCYSSA en desmedro de los intereses institucionales de EMSAPUNO e intereses públicos entendidos estos últimos como la necesidad de contar con una adecuada prestación de los Servicios Básicos de Saneamiento.

57. La Nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 037-2006-EMSAPUNO/GG habría sido declarada por contravención de los incisos 1 y 2 del Artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (referidas a la nulidad del acto administrativo), en base a los siguientes fundamentos:

a) Las 14 observaciones establecidas por el Comité en la

Recepción Provisional con observaciones de la obra debían ser levantadas o subsanadas por CONCYSSA (según lo establecido en la cláusula décima de El Contrato) en un plazo máximo de 30 días calendarios, plazo que venció el 18 de enero del 2005.

- b) Mediante Oficio N° 007-2005-EMSAPUNO-GP/CR, el Comité de Recepción dio a conocer que en la ejecución de la obra se ha colocado material de filtro distinto y de menor calidad a los establecidos en las especificaciones técnicas.
- c) Ante los informes y pronunciamientos del Comité de Recepción, de manera extemporánea e irregular, mediante la Resolución de Gerencia General N° 066-2005-EMSAPUNO-GG se aprobó el cambio de las especificaciones técnicas en la ejecución de la obra "Galería Filtrante de Totorani".
- d) Mediante Oficio N° 013-2006-EMSAPUNO/CR, el Comité de Recepción informó que se habría comprobado que la obra ejecutada no cumplía con lo requerido por EMSAPUNO, puesto que constituía una obra distinta a la prevista, siendo entonces que el cambio de material efectuado por CONCYSSA al ejecutar la Obra "Galería Filtrante de Totorani" habría incidido negativamente en el funcionamiento de la obra.
- e) El Comité de Recepción, mediante Informe N° 001-2006-EMSAPUNO/GP-CR de fecha 16 de enero del 2006 (al haber transcurrido más de 300 días desde la "Recepción Provisional con Observaciones de la Obra Galería Filtrante de Totorani") llegó a la conclusión de

que la obra "Galería Filtrante de Totorani no es recepcionable".

- f) Habiendo transcurrido ya 895 días desde producida la "Recepción Provisional Con Observaciones de la Obra", mediante Resolución de Gerencia General N° 037-2006-EMSAPUNO-GG de fecha 27 de junio del 2006, se designó a un nuevo Comité de Recepción de la referida obra.
- g) Mediante Informe N° 001-2006-EMSAPUNO/CR de fecha 17 de julio del 2006, el nuevo Comité de Recepción refirió que de las 14 Observaciones iniciales, han sido levantadas 12, quedando pendientes las observaciones "09" y "13", concluyendo por tanto que la empresa contratista no habría cumplido con las especificaciones técnicas consideradas en el plan de trabajo de su propuesta ni con las Bases Administrativas de la Licitación.
- h) El cambio de material en la ejecución de la obra estaría previsto expresamente en el correspondiente expediente técnico. Consecuentemente, el consultor supervisor carecía de competencia y legitimidad para aprobar, a nombre de EMSAPUNO, cualquier cambio de material.
- i) La Gerencia General de EMSAPUNO, excluyendo de sus funciones al Comité de Recepción de obra designado, mediante Resolución de Gerencia General N° 037-2006-EMSAPUNO-GG, y en forma contradictoria a lo establecido por el Artículo 163° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, procedió a ejecutar los

actos administrativos propios conducentes a la "Recepción Provisional Sin Observaciones de la Obra Galería Filtrante de Totorani", simulando para ello la formalidad de un Acuerdo Amigable.

58. La Nulidad del Acuerdo Amigable de fecha 15 de agosto del año 2006 (por el que se lleva a cabo la "Recepción Provisional Sin Observaciones" de la Obra "Galerías Filtrantes de Totorani" como obra Componente del "Lote 02"), fue declarada por contravención de los incisos 1 y 2 del Artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siendo además que tal instrumento constituiría un "acto administrativo" y no un Contrato por las siguientes razones:

- a) Según se tiene de la Cláusula Segunda del propio Acuerdo Amigable, éste fue suscrito con la finalidad de "levantar las observaciones" que fueran efectuadas por el correspondiente Comité de Recepción de Obras en el Acto Administrativo de "Recepción Parcial con Observaciones de la Obra Galería Filtrante de Totorani". En tal sentido, la recepción de obra no contendría las características intrínsecas de un Contrato, puesto que no se creó, reguló, modificó o extinguió una relación jurídica patrimonial, conforme al artículo 1351° del Código Civil.
- b) Una relación jurídica es patrimonial cuando versa sobre bienes o intereses que poseen naturaleza económica, cuando pueden ser objeto de valoración.

Esta valoración debe medirse de una manera objetiva, es decir, con independencia de cual sea la postura o actitud del sujeto con respecto a los bienes en cuestión.

- c) Las partes no podrían emplear El Contrato para celebrar operaciones que no tengan contenido patrimonial. Un Contrato destinado a satisfacer un interés no patrimonial se considera privado de protección por parte del ordenamiento y privado de efectos; se trataría, en todo caso, de un acaecimiento que ha tenido lugar entre los sujetos, que no tiene relevancia en el ordenamiento jurídico.
- d) Si bien el Acuerdo Amigable, deriva de un Contrato de Construcción de Obra a Precios Unitarios, el primero no ostentaría esta calidad, al no contener los elementos intrínsecos de todo Contrato. Se añade a ello que, en estricto sentido, la materialización del acto administrativo de "recepción parcial de obra sin observaciones", levantando y dando por subsanado y solucionado el entrapamiento surgido por discrepancias en la etapa inicial de recepción, discrepancias y recepción que tenían un trámite y procedimiento legal imperativamente previsto (Artículo 163° de El Reglamento).

En tal sentido se tiene que, de forma imperativa, el artículo 163° del Reglamento norma la forma de ejecución de los actos administrativos que se hallan

contenidos en el Acuerdo Amigable en cuestión, subsumiéndose para el particular que "en caso que CONCYSSA S.A. o su residente no hubiera estado conforme con las observaciones anotadas por el correspondiente Comité de Recepción de Obra, debían anotar su discrepancia en el acta. El Comité de Recepción, por su parte debió elevar a la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad debió pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta debe ser sometida a los mecanismos de solución de controversias establecidos en la Ley y el Reglamento. Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación (30 días según Contrato), la Entidad comprobase que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes para levantar las observaciones, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, debió dar por vencido dicho plazo, tomar el control de la obra, resolver EL Contrato y adoptar las medidas necesarias para la conclusión de la obra".

- e) El Acuerdo Amigable, deviene en un "acto administrativo" al considerar y aceptar que las decisiones administrativas no se expresan sólo a través de operaciones materiales, sino también mediante declaraciones intelectuales de origen unilateral o bilateral, de alcance individual o general.

y de efectos directos o indirectos, como ha ocurrido en el caso del tantas veces referido Acuerdo Amigable. Más aún, a esa conclusión se llega, si se tiene en cuenta que los Contratos son lo que su naturaleza determina que sean, y no así lo que las partes celebrantes refieren que son.

- f) EL Contrato de Construcción de Obra a Precios Unitarios está definido como un "Contrato de la Administración". Este Contrato es una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, es una especie dentro del género Contrato, cuya especificidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos; en suma, por su régimen jurídico.
- g) Los Contratos del Estado, "Contratos de la Administración", están regidos predominantemente por el Derecho Público y con un régimen jurídico único. Estrictamente no habrían Contratos civiles de la administración; pues todos serían de derecho público, sometidos a reglas especiales.
- h) El régimen jurídico de los Contratos que celebra la Administración es predominantemente de Derecho Público. Los Contratos de la Administración en la práctica no van titulados como "administrativos" o "privados". En este sentido los vicios en la competencia y voluntad administrativa se regirán por las normas propias del acto administrativo; los vicios

en la capacidad y la voluntad del contratista cuando éste fuere un particular, se regirán, en principio, por las normas del derecho privado.

- i) Los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en EL Contrato Administrativo. En este sentido puede decirse que la libertad de las partes queda circunscripta o limitada por la norma que fija un determinado procedimiento, la aprobación o autorización legislativa o administrativa, y la subordinación del objeto al interés público.
- j) En el presente, ha existido un mandato imperativo que ha pretendido ser burlado por las partes contratantes mediante el referido Acuerdo Amigable, ya que ante la continua discrepancia en las observaciones a la recepción de obra, se debió someter la controversia a una conciliación o arbitraje. En todo caso, el Artículo 163° de El Reglamento deviene en una norma taxativa, que es aquella que ordena por sobre la voluntad de las sujetos de la relación jurídica. Por tanto, el Acuerdo Amigable (al ser un Acto Administrativo que contraviene la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento) resulta ser anulable de oficio.

59. La Nulidad de la "Recepción Provisional sin observaciones de las Obras del Lote 02, con Excepción del Componente Galería Filtrante de Totorani" de fecha 31 julio del 2006 fue declarada

por contravención de los incisos 1 y 2 del Artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General por las siguientes razones:

- a) En el Acuerdo Separado al Contrato de Préstamo, de Aporte Financiero, y Ejecución de Proyecto se halla precisado el costo total del financiamiento por concepto de *"Rehabilitación y sectorización de redes"*.
- b) El Contrato, en sus Cláusulas Octava y Décima; así como el Punto 4 de la Memoria Descriptiva del Expediente Técnico de la Obra Rehabilitación y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de la Ciudad de Puno, el Literal F de la Oferta Económica del Contratista, el numeral 14.4 de la Propuesta Económica Negociada, el punto 1 de la cláusula 19 de las condiciones administrativas para las obras referido a la "Conclusión de las Obras" como integrante de las Bases Administrativas de la L.P.I N° 002-2003-EMSAPUNO, prevén que una vez concluida la ejecución de las obras, el Contratista procederá a efectuar la puesta en operación de las mismas. Inmediatamente después de la puesta en operación exitosa, el Contratista solicitará al Supervisor su participación en una prueba de funcionamiento de acuerdo a lo estipulado en las Especificaciones Técnicas; siendo ello así, se tiene que resulta ser obligación de CONCYSSA acreditar el funcionamiento independiente de los catorce sectores técnicamente definidos para establecer zonas independientes de

consumo con características propias en términos de abastecimiento y presión, a fin de alcanzar la dotación confiable de agua potable de manera continua y sostenible. Ello quería decir que le correspondería a CONCYSSA acreditar el funcionamiento de la denominada "sectorización", obligación refrendada y acreditada con el Informe N° 011-2007-EMSAPUNO-OCI por el que el Órgano de Control Institucional refiere que, si bien es cierto, no existe una partida presupuestaria específica para el funcionamiento de la "sectorización", se tiene que la totalidad de las "pruebas de funcionamiento" de las obras ejecutadas se halla a cargo del contratista, por lo que la acreditación del funcionamiento de la "sectorización" resulta ser obligación de CONCYSSA incluida en la partida presupuestaria de "Gastos Generales". Sin embargo, del Informe N° 004-2007-EMSAPUNO/UE, se colige que la demandante no ha cumplido con su obligación de "Probar el Funcionamiento de la Sectorización".

- c) Del Informe N° 014-2007-EMSAPUNO/UE se acreditaría que CONCYSSA no ha cumplido con subsanar las observaciones 25, 28, y 34, contenidas en el Informe de Auditoria Financiera de EMSAPUNO correspondiente al año 2005, que fue formulado por el Órgano de Control Interno de la Empresa, siendo que se habría recepcionado una obra inconclusa y no se habrían aplicado los "deductivos".

60. La nulidad de la resolución de Gerencia General N° 069-2006-GG/EMSAPUNO de fecha 21 noviembre del 2006, fue declarada por contravención de los incisos 1 y 2 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General por las siguientes razones:

- a) Durante el Acto Administrativo de "Recepción provisional con observaciones de la obra ampliación y rehabilitación de los sistemas de agua potable y alcantarillado de la ciudad de Puno" correspondientes al Lote 02, con excepción del componente "Galería Filtrante de Totorani" de fecha 05 de abril del 2006, se determinó una relación de observaciones que motivaron la anotación de las disconformidades por parte del Residente de Obras. Estas observaciones y disconformidades fueron elevadas a la entidad por parte del Comité de Recepción Obras para su correspondiente pronunciamiento. Luego de tal acto, no existe formalidad administrativa oficial referente al levantamiento o persistencia de las observaciones planteadas por el Comité de Recepción. En tal sentido, las observaciones planteadas no habrían sido levantadas, siendo inexistente pronunciamiento expreso que resuelva lo contrario. Sin embargo, mediante el documento "Levantamiento de observaciones de la obra construida", suscrito por los integrantes del Comité de Recepción, Residente de Obra, Supervisor de Obra, Representante Legal de CONCYSSA y la Unidad Ejecutora, se efectúa un levantamiento irregular (meramente declarativo y no

físico-técnico) de la mayoría de las observaciones, dejándose expresa constancia de la "no responsabilidad" del Comité de Recepción por aquellas observaciones absueltas unilateralmente por la Gerencia General de EMSAPUNO.

- b) Esta forma de levantamiento de observaciones contravendría las disposiciones establecidas en las normas técnicas de la Contraloría General de la República, que exigían y facultarían al Comité de Recepción la verificación de la subsanación y levantamiento de las observaciones planteadas.
- c) Por los hechos detallados y aquellos que comprenden el Componente de las Galerías de Filtración Totorani, que fueron expuestos en los puntos precedentes, habiéndose conculcado normas de carácter imperativo (Resolución de Contraloría General de la República N° 072-98-CG y los artículos pertinentes de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento), la Resolución de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO, sería nula.

• **Pronunciamento de EMSAPUNO sobre los hechos expuestos en la segunda pretensión demandada:**

61. Esta pretensión debería ser declarada infundada por el Tribunal, dado que ha dispuesto la no extinción de la carta fianza materia de la presente pretensión, ordenando además que la misma sea renovada por CONCYSSA por seis meses y

ampliable hasta el momento de emitirse el laudo.

62. De conformidad con la cláusula décimo tercera de El Contrato, las garantías tienen la calidad de renovables, irrevocables y de ejecución automática a favor de la entidad. En la misma cláusula y en el punto II, se establece que en caso el contratista se negara a reparar o corregir los defectos encontrados en la obra y que se deban a su deficiente ejecución, se harán efectivas las garantías de cumplimiento y buena ejecución. Sin perjuicio además, del ejercicio de cualquier otra acción para cubrir montos mayores.
63. Habiéndose declarados nulos los actos de recepción de obra provisionales sin observación, todo lo actuado se retrotrae, al estado de procederse a una recepción provisional sin observaciones de obra: etapa que concluida con la conformidad de la entidad, daría lugar recién a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento y generaría la emisión de una garantía de buena ejecución. En el caso materia de análisis no se contaría con la garantía de cumplimiento que tendría que estar vigente. CONCYSSA pretende la devolución de la única garantía que EMSAPUNO tiene para salvaguardar los defectos y omisiones encontrados en la obra, a través de diferentes procesos de revisión e incluso acciones de control de la Contraloría General de la República.
64. La única garantía con la que cuenta EMSAPUNO para exigir a CONCYSSA el cumplimiento de sus obligaciones es la garantía de Buena Ejecución. CONCYSSA debería haber generado una carta fianza de cumplimiento, por encontrarnos actualmente en

etapa de recepción de obra y no de conservación.

- **Pronunciamiento de EMSAPUNO sobre los hechos expuestos en la tercera pretensión demandada:**

65. La pretensión de pago de una indemnización ascendente a la suma de S/. 500,000.00, por el daño emergente y el daño a la imagen ocasionados a CONCYSSA, debería ser declarada infundada, toda vez que siendo su génesis el incumplimiento contractual y habiéndose demostrado que este incumplimiento no habría existido por parte de EMSAPUNO, no concurrirían los elementos de la responsabilidad civil sea contractual o extracontractual, al no existir el elemento de antijuridicidad.
66. CONCYSSA no habría definido si los supuestos daños y perjuicios ocasionados por EMSAPUNO se encuentran en el ámbito de una responsabilidad civil contractual o extracontractual, hecho trascendente para determinar la existencia de los cuatro requisitos de toda responsabilidad civil.
67. Las actuaciones referidas por CONCYSSA y que, a juicio de su defensa, serían conductas dolosas que habrían causado daños y perjuicios, serían actuaciones que a EMSAPUNO le están permitidas por ley le correspondería realizar dentro de su función administrativa como empresa de derecho público
68. CONCYSSA afirma que EMSAPUNO la engañó con el objeto de que se desistiera de su primera medida cautelar, hecho que no se ajustaría a la realidad, toda vez que este hecho hace referencia a uno de los muchos intentos de la actual

administración de EMSAPUNO, de pretender soluciones inmediatas y favorables a la colectividad puneña.

69. En cuanto al hecho de dilatar y trabar la instalación del Tribunal , no se habría precisado en qué consistieron esos actos. Sin embargo, EMSAPUNO no habría pretendido trabar la instalación del Tribunal, por cuanto sería interés no sólo de EMSAPUNO, sino del pueblo de Puno, que las cuestiones de hecho y derecho sometidas al Tribunal Arbitral sean resueltas con prontitud. Así, se ofrecieron múltiples quejas presentadas por los usuarios sobre las obras realizadas por CONCYSSA.
70. Se cita también que una de las conductas difamatorias de EMSAPUNO habría consistido en citar a la demandante al foro parlamentario, en donde supuestamente se le han imputado hechos falsos. En este extremo, se debería tener en cuenta que quien citó a CONCYSSA fue el congresista Yony Lescano Ancieta y no EMSAPUNO.
71. Al tratarse de una obra con fondos públicos y no privados, en beneficio de una población, estos tiene una fiscalización instituida por ley, la cual tiene sus propios mecanismos y responsables. La Contraloría General de la República habría emitido diversos informes, dando a la demandante su derecho a réplica y defensa, por lo que resultaría malicioso pretender atribuir a EMSAPUNO arbitrariedades en este extremo.
72. Respecto de las publicaciones efectuadas por EMSAPUNO, la demandante presenta copias de recortes periodísticos que

contendrían informaciones de carácter genérico y que obedecerían al seguimiento de las acciones de control y revisión que la gestión actual debía realizar al recibir la Administración de la Empresa, hecho que no estaría prohibido por ley y más bien sería exigido.

73. La demandante es una persona jurídica que, en su momento, estuvo representada por personas naturales que tuvieron a su cargo la ejecución del Contrato. En consecuencia, las deficiencias e incumplimientos que EMSAPUNO reclama a CONCYSSA habrían sido ocasionadas por su propio personal; es decir, quienes habría causado el daño a la imagen de CONCYSSA sería su propio personal que probablemente con actuaciones negligentes habría ocasionado el incumplimiento de obligaciones contractuales, atentando contra la reputación de CONCYSSA.
74. CONCYSSA no habría acreditado la confluencia de los elementos de la responsabilidad civil contractual, y por tanto no existirían fundamentos para argumentar que EMSAPUNO debe a la demandante una indemnización.

• **Medios Probatorios ofrecidos por EMSAPUNO**

75. En calidad de medios probatorios, EMSAPUNO ofreció en su escrito de contestación de demanda los documentos correspondientes al rubro denominado "MEDIOS PROBATORIOS" mencionados en los puntos 1 al 25.

V. PRETENSIONES PLANTEADAS POR EMSAPUNO EN SU ESCRITO DE RECONVENCIÓN DE DEMANDA, ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN

76. Con fecha 26 de junio de 2008, EMSAPUNO presentó su escrito de reconvención de demanda formulando las siguientes pretensiones:

- **Pretensiones formuladas por EMSAPUNO**

a) Primera pretensión principal: *"Que el tribunal declare la NULIDAD del ACTA DE NEGOCIACION DE CONTRATO de fecha 03 de junio del 2004, que formaliza la incorporación de la propuesta técnica al Expediente Técnico de Rehabilitación de Redes del Método Sin Zanja y en este mismo extremo la nulidad de la cláusula novena de EL Contrato; dado que esta incorporación ha transgredido las formalidades previstas por EL Contrato de Préstamo con el KFW (no objeción) y normas contenidas en la Resolución de Contraloría General de la República N° 072-98-CG. En consecuencia ordene que la demandante, ejecute la obra conforme al expediente técnico aprobado".*

b) Pretensión alternativa a la primera pretensión principal¹: *"Que en acumulación objetiva originaria y ALTERNATIVA, solicitamos que el Tribunal ordene el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados de*

¹ Posteriormente, durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, EMSAPUNO aclaró que esta pretensión tenía la calidad de accesoria y no de alternativa.

hasta [S/. 841,324.28]² nuevos soles, al haberse ejecutado la obra incumpliendo el Expediente Técnico y demás condiciones Técnicas y administrativas”.

c) Segunda pretensión principal: “Que, el Tribunal ordene al contratista que cumpla con las especificaciones técnicas establecidas en el Expediente para el proceso de la Licitación, referido a la tubería de filtro con el tipo “ranura continua” con mm (slop 60) la cual será fabricada de acero inoxidable AISI 304, de 100 mm de diámetro interno y con uniones para roscar. El área abierta de esta tubería será de 0,1165 m² por metro de tubería, su resistencia a la compresión axial deberá ser 23,56 kg y su resistencia al aplastamiento 7,51 Kg/cm², conforme a la cláusula 21.1 de las especificaciones técnicas generales del Tomo II de III del Expediente Técnico, colocada indebidamente con PVC, en el Componente de la Galería Filtrante Totorani. Asimismo deberá cumplirse con la especificación del material de filtro del mismo componente de acuerdo a las especificaciones técnicas”.

d) Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal:
Que el Tribunal Arbitral ordene al contratista que habiendo desarrollado las obras sin respetar las especificaciones técnicas establecidas en el expediente técnico aprobado para el expediente de licitación referido a la tubería de filtro básicamente para el componente de la galería filtrante Totorani, sean asumidas por la contratista y, en

² Durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, EMSAPUNO aclaró el monto de su pretensión.

consecuencia, su valorización que asciende a la suma de S/. 875,346.45 nuevos soles sean deducidas de la liquidación³.

e) Tercera pretensión principal: *“Que, el Tribunal ordene al Contratista CONCYSSA S.A. realice los trabajos necesarios para que funcione la SECTORIZACION cuyo objetivo es establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de abastecimiento y de presión, de forma tal que se puedan implementar mecanismos de control sobre la magnitud de los caudales que ingresan a determinadas horas y compararlas con la información que proporcionarán los micromedidores de los consumidores. Se podrá así determinar y cuantificar sobre la existencia de perdidas y proponer y llevar a la práctica planes para la disminución de dichas pérdidas de manera que posibilite la operación de abastecimiento de Agua Potable que garantice presión y continuidad en el servicio las 24 horas del día, conforme a los planos de la Sectorización (...) que indican las presiones de ingreso y salidas máximas y mínimas horarias”.*

f) Pretensión accesoria a la tercera pretensión principal:
“Sin perjuicio de la declaración fundada de nuestra pretensión principal de la tercera reconvencción, solicitamos considerar deducir el monto que corresponde al hecho de no haber puesto en funcionamiento de la Sectorización, toda vez que EMSAPUNO S.A., viene implementando la ejecución de actividades para el funcionamiento de la Sectorización”.

³ Esta pretensión fue aclarada por EMSAPUNO durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.

aceptados y admitidos por el KfW, a un costo de S/. 1'000,000.00 Nuevos Soles, de los cuales S/. 700,000.00 se ejecutará en una primera etapa que consta de la puesta en funcionamiento de los sectores prioritarios”⁴.

g) Cuarta pretensión principal: “Se declare la Nulidad por ilegal la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG, de fecha 08 de agosto del 2005, que decide ampliar el plazo de Treinta y Siete (37) días calendario el plazo contractual de ejecución de obra a Precios Unitarios celebrado entre EMSAPUNO S.A. y CONCYSSA S. A., debido a que éste se dio por adicionales de obra aprobados mediante Resolución N° 051-2005-EMSAPUNO-GG, de fecha 21 de septiembre del 2005, contraviniendo las normas, específicamente lo dispuesto por el Art. 42° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobada por D.S. N° 012-2001-PCM y el art. 155° del Reglamento; es decir que la solicitud de ampliación debe formalizarse dentro de los quince (15) días siguientes al hecho que la motiva; Resolución de Contraloría N° 072-2001-CG así como la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG”.

h) Quinta pretensión principal: “Solicitamos se aplique las penalidades del Componente de Galerías Filtrantes Totorani por mora en la entrega según se establece en la Décima Primera Cláusula de EL Contrato de Construcción de Obra a precios Unitarios, materia de la Licitación Publica N° 002-

⁴ EMSAPUNO aclaró durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos que esta pretensión tiene carácter indemnizatorio y en tal sentido no cabría deducción alguna.

2003-EMSAPUNO S.A. Lote N° 02, se ha previsto que la aplicación de penalidades serán por cada día de retraso que transcurra entre la fecha estipulada para la conclusión del Componente cuyo plazo de ejecución es de Noventa (90) días calendario, se ha extendido hasta la fecha sin levantar las observaciones determinadas por los diferentes Comités de Recepción, finalmente recepcionada irregularmente mediante un Acuerdo Amigable de fecha 15/08/2006, inobservando que este acuerdo pacta hechos de contenido penal según la legislación penal peruana”.

i) **Sexta pretensión principal:** “Se concluya con la Etapa de Recepción Provisional de Obra concluida con observaciones debido a que administrativamente se ha determinado nula, el Acta de Recepción Provisional de la Obra Construida de fecha 31.07.06, por los argumentos y causal expuesta en la parte considerativa de la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO S.A./GG, en consecuencia se continué con la etapa de conservación por defectos por el periodo de 1 (un) año según establece EL Contrato”.

j) **Sétima pretensión principal:** “El Contratista CONCYSSA S.A. cumpla con el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios a favor de EMSAPUNO por la falta de implementación de la Sectorización por la cual se ha dejado de prestar servicio de agua a los usuarios de la Entidad durante las 24 horas al día luego de culminada las obras financiadas con los fondos de la República Federal de Alemania en EL Contrato de Préstamo, de Aporte Financiero y Ejecución de Proyecto N° 1999 66 599, suscrito entre el

Banco Alemán KfW (Kreditanstalt für Wiederaufbau) y la República del Perú como beneficiario y EMSAPUNO S.A.”⁵.

k) Octava pretensión principal: *“El Contratista CONCYSSA S.A. pague a favor de EMSAPUNO S.A. por el concepto de pérdida de agua en el periodo comprendido de la Ejecución de Obras hasta la culminación de las mismas, así como por todo el periodo de Conservación por Defecto, debido a que el proyecto de la Sectorización tiene el propósito determinar las fugas de agua potabilizada y su implementación de acciones correctivas, situación que no funciona en la actualidad, cuya cuantía económica será sustentada en la contestación del Arbitraje”⁶.*

- **Fundamentos de hecho y de derecho de la reconvención de demanda esgrimidos por EMSAPUNO**

- **Sobre la primera pretensión de la reconvención y su pretensión accesoria:**

77. La cláusula 16.1 de las Condiciones Administrativas de la Licitación Pública habría establecido un plazo máximo de diez (10) días calendario después de la adjudicación para que la Entidad Contratante procediera a las negociaciones con el postor favorecido, a efectos de elaborar la Minuta de El Contrato de Ejecución de Obra.

⁵ Durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, EMSAPUNO aclaró que el monto de esta pretensión asciende a la suma de S/ 1'084,651.37, la cual se ha generado desde agosto del año 2006 hasta junio del año 2008.

⁶ Durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, EMSAPUNO aclaró que el monto de esta pretensión asciende a la suma S/. 430,199.58 por concepto de daño emergente.

78. La cláusula 16.2 de las Condiciones Administrativas de la Licitación, establecería que la Entidad Contratante envía el documento de negociación al KfW para su consideración y aprobación, y una vez obtenida la no objeción del KfW, se firmaría EL Contrato entre la Entidad Contratante y el postor ganador. Sin embargo, el Acta de Negociación de El Contrato suscrita en fecha el 03 de junio del 2004, y la no-objeción del KfW para la contratación se habría formalizado mediante correo electrónico de fecha 06 de abril del 2004. Es decir, el Acta de Negociación de El Contrato se ha suscrito en fecha extemporánea (posterior a la fecha de la no objeción de El Contrato), motivo por el cual resultaría irregular la incorporación de la nueva tecnología de redes sin zanja a propuesta del Contratista, introducida a través del acta de negociación de El Contrato e incorporada en la cláusula novena de El Contrato suscrito.
79. Las condiciones originalmente planteadas se refieren a cambiar con tuberías de PVC nuevas con un coeficiente de rugosidad que permita el flujo de mayor cantidad de agua con menor resistencia por fricción y con los diámetros iguales al existente y un revestimiento con mortero de 3 mm de espesor disminuiría la sección de la tubería, alterando las condiciones hidráulicas exigidas.
80. Asimismo, no se garantizaría la durabilidad del revestimiento con relación a la vida útil de una tubería de PVC nueva.
81. Con la aplicación de la tecnología sin zanja se habría causado

una daño patrimonial a EMSAPUNO, dado que ofreciendo CONCYSSA utilizar esta tecnología bajo el argumento de una reducción de costos que no se habría dado, habiéndose mantenido el presupuesto inicial que contemplaba el cambio de tuberías.

82. Este sería un caso de nulidad virtual, dado que se habría pactado contraviniendo el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que establece que *"es nulo el acto jurídico contrario al orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas"*. En el caso materia de análisis, no solo se habría vulnerado normas expresas de la Contraloría General de la República, sino que además se habría vulnerado el interés público.
83. El reconocimiento de este tipo de nulidad (virtual) estaría recogido en el inciso 8 del artículo 219° del Código Civil, en concordancia con el artículo V de su Título Preliminar.
84. EMSAPUNO pretende con la declaración de nulidad del acta de negociación de Contrato de fecha 03 de junio del 2004 (que formaliza la incorporación del método sin zanja), y la nulidad de la cláusula novena de El Contrato, que el Tribunal ordene a CONCYSSA que ejecute la obra conforme al expediente técnico aprobado.
85. Sin embargo y considerando los probables inconvenientes que esto podría generar, se solicita que el Tribunal pueda disponer que la demandante indemnice a EMSAPUNO por el daño patrimonial ocasionado con este cambio de la tecnología sin

zanja.

86. Esta ejecución con el cambio de tecnología no habría sido ejecutada a cabalidad, en cuanto se evidenciaría que los tubos de fierro fundido revestidos de concreto por CONCYSSA, se encontrarían deteriorados y el revestimiento se estaría desprendiendo, hecho que causaría un daño patrimonial a EMSAPUNO.
87. Los daños y perjuicios reclamados por EMSAPUNO por este cambio de tecnología; se encontrarían en el ámbito de la responsabilidad civil contractual.
88. La propuesta económica del Expediente Técnico de Rehabilitación de Redes Método sin Zanja alcanza la suma de S/. 2'804,414.28, de la cual se ha efectuado los cálculos reales de los costos unitarios que deben haberse constituido para la negociación de precios unitarios por partidas nuevas, luego de la implementación de adicional de obra y deductivo correspondiente, cuyo justiprecio alcanza a la suma de S/.1'963.090.00. Por lo tanto, la diferencia resultante es el mayor costo pagado a CONCYSSA: S/. 841,324.28, la que constituiría un daño y perjuicio a EMSAPUNO que debería deducirse de la liquidación final de cuentas que debería practicarse, toda vez que la liquidación practicada se ha declarado nula.

➤ **Sobre la segunda pretensión de la reconvención y su pretensión accesoria**

89. **Respecto del cambio de especificaciones en tubería de filtro:**

Las modificaciones sustanciales que se determinen en la etapa de ejecución contractual, así como la subsanación de errores y omisiones en el Expediente Técnico, deberían contar con la opinión del Proyectista, pues tendrían incidencia en el cumplimiento de las metas físicas establecidas en EL Contrato y, podrían generar mayores costos o daños y perjuicios a la entidad contratante. Estas modificaciones se formalizan con los actos administrativos que correspondan de acuerdo a su naturaleza.

90. Las especificaciones técnicas generales del Tomo II de III del Expediente Técnico, en su cláusula 21.1 había previsto una tubería de filtro para la Galería Filtrante Totorani con las siguientes características:

- a. Tubería Material acero inoxidable AISI 304, de 100 mm de diámetro interno y con uniones para roscar.
- b. Tipo "ranura continua" con abertura de 1,5 mm (slop 60). Área abierta de esta tubería será de 0,1165 m² por metro de tubería.
- c. Resistencia a la compresión axial deberá ser 23,56 kg.
- d. Resistencia al aplastamiento 7,51 Kg/cm².

91. Mediante carta suscrita por el Proyectista, se precisa que a petición de la Entidad Ejecutora se ha determinado el tipo de tubería a colocar, prevista inicialmente con tubería de acero inoxidable, se modifican por su mayor costo a colocar tuberías de PVC, con las siguientes características:

- a. PVC de 160mm: Slop 125% % área abierta 21.11%/unidad de longitud.
- b. PVC de 200mm: Slop 125% % área abierta 18.12%/unidad de longitud.
- c. Coeficiente de uniformidad del material de filtro debe variar entre 1.4 a 2.0.

92. Este cambio de especificación se habría realizado a través de dos comunicaciones suscrita por el Proyectista cuya firma diferiría de la establecida en el Expediente Técnico, razón por la cual se establecería la presunción de falsedad de la firma del titular, considerando que un cambio de especificación genera un adicional de obra con justificación técnica de aquellas partidas nuevas que se deciden implementar y la deducción de las partidas que no serán utilizadas.

93. La decisión de la modificación según comunicación del Proyectista tendría una justificación económica que no habría tomado en cuenta la oferta económica de CONCYSSA, por lo que EMSAPUNO podría exigir el cumplimiento de la ejecución de la obra conforme a las especificaciones aprobadas en el Expediente Técnico.

94. Por las consideraciones expuestas, se solicita al Tribunal que ordene a CONCYSSA que cumpla con ejecutar la Tubería de PVC colocada con Material acero inoxidable AISI 304, de 100 mm de diámetro interno y con uniones para roscar Tipo "ranura continua" con abertura de 1,5 mm (slop 60), colocado de manera que se cumpla con las especificaciones técnicas determinadas en el Expediente Técnico.

95. **Respecto del cambio de especificaciones de material para el relleno de filtro:** Las especificaciones técnicas generales, establecidas en la cláusula de 8.3, refieren que el material para relleno cuyas condiciones no cumplen con las de las canteras existentes debe de ser zarandeado (numeral 4) y se detalla determinadas características generales.
96. El Acta de entrega parcial con observaciones de fecha 13 de diciembre del 2004 habría establecido 14 observaciones, cuya segunda observación señalaría que el material colocado en los filtros no es material silicoso, como establecería el Expediente Técnico, por lo que el Comité de Recepción habría requerido la actuación de pruebas mineralógicas y petrológicas del material colocado.
97. Mediante Oficio N° 007-2005-EMSAPUNO-GP/CR, el Comité de Recepción dio a conocer que en la ejecución de la obra se habría colocado material de filtro distinto y de menor calidad a los establecidos en las especificaciones técnicas
98. Mediante Resolución N° 066-2005-EMSAPUNO, de fecha 30 de septiembre del 2005, la Entidad Ejecutora habría aprobado, en vía de regularización, las nuevas características técnicas del material de filtro para su utilización en la Galería de Filtración Totorani, extraído de la Cantera Carpa, ubicada en la zona de Cabanillas, (cantera diferente a la signada en el Expediente Técnico), de acuerdo a los análisis aprobados por el Supervisor GITEC-SERCONSULT.

99. La justificación para el cambio de especificación de material de filtro se establecería en la tercera cláusula considerativa de la Resolución N° 066-2005-EMSAPUNO, que expresa: El Proyectista y el Supervisor GITEC SERCONSULT han considerado en el Expediente Técnico características del material de filtro que no existen en la zona, obligando al contratista a buscar canteras alternas y que la colocación del material con diferentes características ha sido consentida y aprobada por el Supervisor, sin tener en consideración que el Contratista se ha obligado en El Contrato a cumplir con las especificaciones, y estando previsto en las especificaciones técnicas seleccionar el material en las canteras establecidas, a través de zarandeo.
100. Esta autorización del cambio de material no puede ser autorizado por el consultor supervisor (GITEC-SERCONSULT) en representación de EMSAPUNO, puesto que tal como lo establecería la Cláusula Décimo Novena de EL Contrato, el Consultor Supervisor habría estado facultado sólo para resolver cualquier aspecto no previsto en El Contrato (entendiéndose como tal la totalidad de los documentos que lo conforman como por ejemplo el Expediente Técnico correspondiente), en las especificaciones, o en el proyecto, referente a la calidad y aceptabilidad de los materiales empleados; mas aun, si el cambio de material representaría una "modificación sustancial" al Expediente Técnico, éste debía observar el procedimiento administrativo previsto para tal efecto en los artículos pertinentes del Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, así como la Resolución de Contraloría General de la República N° 072-98-CG.

101. **Respecto de la petición accesoria:** Las obras ejecutadas sin cumplir previa aprobación de los adicionales de obra no generarían derecho alguno a favor de CONCYSSA, conforme a la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, es decir que estas obras que se ejecutaron antes de la aprobación expresa por EMSAPUNO serían a cuenta del Contratista.

102. Las obras adicionales deberían ejecutarse sólo cuando se cuente previamente con la Resolución aprobatoria del Titular del Pliego a la máxima autoridad administrativa de la entidad y formalizarse según procedimiento de las normas técnicas de Contraloría de la República.

➤ **Sobre la tercera pretensión de la reconvención y su pretensión accesoria**

103. La sectorización dentro del Proyecto "Agua y Alcantarillado para la ciudad de Puno", tiene como objetivo establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de abastecimiento y de presión, (es decir una dotación de agua en toda la ciudad de Puno con la misma calidad de servicio), de forma tal que se pueden implementar mecanismos de control sobre la magnitud de los caudales que ingresan a determinadas horas y compararlas con la información de los micromedidores de los consumidores, cuyo propósito final es abastecer a la población de la ciudad de Puno con un sistema de agua confiable de manera continua y sostenible durante las 24 horas del día. Condición que estaría ligada al Acuerdo Separado de El Contrato de Préstamo, Aporte Financiero y de Ejecución del Proyecto Agua Potable y Alcantarillado Puno, suscrito entre

EMSAPUNO, el Ministerio de Economía y Finanzas y la "Kreditanstalt Fur Wiederaufbau - KfW", que en su cláusula 2.1 exige que el Proyecto dote del servicio de agua a la población de la ciudad de Puno con un sistema confiable de manera continua y sostenible para que garantice presión y continuidad en el servicio las 24 horas del día.

104. **Respecto de los documentos que sustentarian la ejecución de la sectorización:** El Acuerdo Separado (cláusula 2.1) al Contrato de Préstamo y Aporte Financiero y Ejecución de Proyecto de la Rehabilitación y Ampliación de los Sistemas de agua potable y alcantarillado de la ciudad de Puno, precisaría como Objetivo del Financiamiento, la dotación de agua potable confiable de manera continua y sostenible, para cuyo efecto se contrata al Consultor para la supervisión, inspección, control técnico, control económico-financiero y control administrativo de los Contratos.

105. La memoria descriptiva del Expediente Técnico consignada establecía que la sectorización tiene como objetivo establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de abastecimiento y de presión, de forma tal que se pueden implementar mecanismos de control sobre la magnitud de los caudales que ingresan a determinadas horas y compararlas con la información que proporcionarían los micro medidores de los consumidores. Se hubiera podido determinar y cuantificar sobre la existencia de pérdidas y proponer y llevar a la práctica planes para la disminución de dichas pérdidas.

106. La Cláusula 4.2 "SECTORIZACION DE LA RED DE

DISTRIBUCION DE AGUA POTABLE DE PUNO", de la Memoria Descriptiva del Expediente Técnico "Rehabilitación y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de la Ciudad de Puno" Lote 2, desarrollaría un capítulo sobre la sectorización.

107. Mediante la cláusula 19.1 de las condiciones administrativas de las obras, se establecería que una vez concluida la ejecución de las obras, el Contratista procedería a efectuar la puesta en operación correspondiente. Inmediatamente después de la puesta en operación exitosa, el Contratista solicitará al Supervisor su participación en una prueba de funcionamiento de acuerdo a lo estipulado en las Especificaciones Técnicas.
108. La cláusula Octava de El Contrato de obra establecería que los plazos fijados en este Contrato incluyen el tiempo necesario para la movilización, puesta en operación y prueba de funcionamiento de las Obras.
109. **Respecto del funcionamiento de la sectorización:** Por Carta N° 026-2006/CGS el Consorcio GITEC-SERCONSULT, Supervisor del Proyecto, expresó que la puesta en operación y funcionamiento de la sectorización no estaba presupuestada y correspondería a EMSAPUNO la verificación de su implementación.
110. Mediante Carta N° 011-2007-EMSAPUNO/CGS, de fecha 10 de mayo del 2007, emitida por el Supervisor del Proyecto se precisó que "(...) *corresponde al Contratista la verificación y pruebas necesarias para el óptimo funcionamiento de las redes que ellos han instalado, y que en su momento fueron instalados (...)*". Esta

versión, contraria a la comunicación, anterior implicaría que el Acta de Recepción Provisional de la Obra Construida de fecha 31 de julio del 2006 (que deslinda de responsabilidad al Comité de Recepción sobre el funcionamiento la sectorización), no cuenta con la conformidad suficiente, principalmente de la Supervisión.

111. La negligencia de la puesta en funcionamiento de la sectorización se manifiesta en la disminución de numero de horas de atención del servicio a la ciudad de Puno.
112. Por consiguiente, el Expediente Técnico de la sectorización contendría la implementación de la sectorización, la cual debía ejecutarse y entregarse a la entidad con las pruebas de funcionamiento, de conformidad con las cláusulas 9.01, 14.4, 19.1 y 19.2, Condiciones Generales Administrativas, así como las cláusulas octava y décima de El Contrato de Construcción de Obra a Precios Unitarios.
113. **Respecto de la pretensión accesoria:** EMSAPUNO solicita considerar deducir el monto que corresponde al hecho de no haber puesto en funcionamiento de la ssectorización, toda vez que se viene implementando la ejecución de actividades para el funcionamiento de la sectorización a un costo de S/. 1'000,000.00.

➤ **Sobre la cuarta pretensión de la reconvención**

114. EMSAPUNO, a través de la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG, de fecha 08 de agosto del 2005, habría decidido ampliar indebidamente el plazo contractual en 37

días calendario, desde el 22 de agosto del 2005 hasta el 28 de setiembre del 2005, bajo el argumento de ejecutar un adicional de obra por concepto de mayores metrados (colocación de 2,543 micromedidores).

115. Esta ampliación de plazo concedida, que genera pago de mayores gastos por concepto de gastos generales, se habría formalizado sin la respectiva aprobación del adicional de obra, que recién mediante Resolución N° 051-2005-EMSAPUNO/GG, de fecha 21 de setiembre del 2005, aprobó la ejecución de la colocación de los micromedidores en tal calidad. Ello quería decir que, a partir de esta fecha, quedó autorizada la ejecución del adicional conforme señala la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, que dispuso que *"las obras adicionales deben ejecutarse solo cuando se cuente previamente con la Resolución aprobatoria del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la entidad, las obras ejecutadas sin cumplir dichos requisitos no generan derecho alguno a favor del contratista"*. Por ello se concluye que existiría un vacío de vigencia de El Contrato de Obra desde el 22 de agosto del 2005 hasta cuando se aprueba el adicional 21 de setiembre del 2005, puesto que desde esta fecha recién existiría aprobación expresa para la ejecución del Adicional, y sería ésta la que motiva la ampliación de plazo.

116. Por tanto, la aprobación de ampliación de plazo para la ejecución de obra se habría dado sin contar con la previa aprobación del adicional de obra por el Titular del Pliego

117. Las formalidades para la aprobación de adicionales de obra están reguladas en la Resolución de Contraloría N° 072-2001-CG, así

como en la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG.

118. Sin embargo, la formalidad institucional que aprobó la ejecución de la colocación de micromedidores se habría registrado con la Resolución N° 051-2005-EMSAPUNO-GG, del 21 de septiembre del 2005, fecha desde la cual recién se debe haber ejecutado las obras autorizadas motivando la ampliación de plazo. Por ese motivo, estas obras ejecutadas serían de cargo del contratista, conforme señala la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, que dispone que *"las obras adicionales deben ejecutarse solo cuando se cuente previamente con la Resolución aprobatoria del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la entidad. Las obras ejecutadas sin cumplir dichos requisitos no generan derecho alguno a favor del contratista"*.

➤ **Sobre la quinta pretensión de la reconvención**

119. Según el asiento N° 02 del cuaderno de obras, suscrito por el Residente de Obra, se ha registrado que la obra del Componente Galería Filtrante Totorani ha iniciado el 21 de junio del 2004, por lo tanto la fecha de conclusión contractual de este componente habría terminado el 20 de septiembre del 2004.
120. Mediante Acta de Acuerdo Amigable de fecha 01 de diciembre del 2004, se otorgó 14 días calendario de ampliación de plazo en calidad de regularización, estableciéndose como fecha de conclusión del Componente Totorani el 02 de octubre del 2004. Este acto lesionaría los procedimientos establecidos en las normal para tratar las ampliaciones de plazo, toda vez que la

cláusula octava de El Contrato precisaría que solamente podían ser prorrogados, por caso de fuerza mayor y/o motivo justificado y aceptado por EMSAPUNO, siempre y cuando sea solicitada la prórroga por CONCYSSA por escrito, quince (15) días antes de la expiración del respectivo plazo, situación que debió solicitarse según procedimiento previsto por el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, conforme a la base legal de El Contrato. Por la cual se infiere la penalidad de catorce (14) días por ampliación indebida, en la etapa de la ejecución del Componente Totorani.

121. La designación del Comité de Recepción del componente de la "Galería de Filtración Totorani" también se habría efectuado inobservando el artículo 163° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado vigente en la fecha. Luego de la conclusión de la obra se contaba con cinco (5) días para comunicar el Supervisor a la Entidad y siete (7) días para conformar el Comité de Recepción, es decir la totalidad de doce (12) días, sin embargo este Comité había sido designado después de cuarenta y un (41) días de haber concluido el supuesto plazo vigente, (habilitado indebidamente con Acuerdo Amigable). Esta recepción mediante Acuerdo Amigable, contravendría los artículos 3°, 8°, 10° y 202.1° de la Ley N° 27444.

122. El artículo 163° del Reglamento del Texto Único de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, dispone que en el caso de los retrasos en la subsanación de las observaciones que exceda el plazo otorgado se considera como demora para efectos de las penalidades que corresponda, retrasos que son acumulables

hasta un máximo del 5% del monto contratado, sin requerimientos previo, de acuerdo a la décima primera cláusula de El Contrato de Obra.

123. Desde la determinación de las observaciones efectuada por el primer Comité de Recepción hasta la recepción ilegal mediante Acuerdo Amigable, han de haber transcurrido 211 días, y considerando que el Contratista contaba con 30 días para levantarlas, habría existido un retraso de 181 días que corresponden a las penalidades.

124. El monto máximo de la penalidad será del 5% del monto de El Contrato, aplicándose S/. 15,149.49 por cada día de retraso, por lo cual sería suficientes aplicar una penalidad por 63 días naturales para llegar al tope del 5% del monto de Contrato de penalidad establecida en El Contrato, la que alcanzaría la suma de S/. 954,417.89.

➤ **Sobre la sexta pretensión de la reconvención**

125. La forma de levantamiento de observaciones por parte de CONCYSSA contravendría las disposiciones establecidas en las normas Técnicas de Contraloría, que exige y faculta al Comité de Recepción a la verificación de su levantamiento, principalmente en el tema de la sectorización que tiene como propósito fundamental el abastecimiento racionalizado de agua potable en la ciudad de Puno. Dicha sectorización, bajo la justificación de no estar presupuestada, no se habría implementado y no se habrían efectuado las pruebas necesarias.

126. Se habría ejecutado una obra diferente a la requerida en el Expediente Técnico y, al no haber cumplido con las especificaciones técnicas expresadas en los documentos contractuales, se habría generado el acto administrativo (Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO) por la cual se declaró la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO que aprueba la liquidación final de obra del Lote N° 2.

127. Por estas razones, EMSAPUNO solicita que CONCYSSA concluya con el levantamiento de las observaciones efectuadas por el Comité de Recepción, toda vez que las observaciones pendientes han sido levantadas documentariamente por la Gerencia General, órgano que sería incompetente para el levantamiento de observaciones de las obras ejecutadas.

➤ **Sobre la séptima pretensión de la reconvención**

128. Para calcular el total el volumen de agua que ha dejado de facturar EMSAPUNO, por no contar con un servicio de 24 horas se tomó en cuenta lo siguiente:

Consumo (teórico) = 120 lt/hab/día. (Con un servicio de 24 horas continuas)

Numero de personas por conexión: 5

Consumo por conexión de agua = 0.60 m³/día.

Consumo por conexión por mes = $18 \text{ m}^3/\text{mes}$.

Consumo (Real) = 75 lt/hab/día . (Con un servicio de 8 horas)

Numero de personas por conexión: 5

Consumo por conexión de agua = $0.375 \text{ m}^3/\text{día}$.

Consumo por conexión por mes = $11.25 \text{ m}^3/\text{mes}$.

Diferencia en una conexión = $18 - 11.25 = 6.75$
 $\text{m}^3/\text{mes}/\text{conexión}$. (Solo en la categoría domestico).

Total dejado de facturar = $6.75 \times 22,500$ (número de usuarios)
 $\times 0.45 = 6,8343.75 \text{ m}^3$ mensuales de agua.

Valorizado en soles tarifa domestica = $6,8343.75 \times 0.69 =$
 $47,157.19$ soles/mensual.

Con los cálculos obtenidos, procedemos a sumar los costos por años:

Año 2006 (agosto 2006) = $5 \times 47,157.19 = \text{S/} . 235,785.95$

Año 2007 (periodo de garantía) = $12 \times 47,157.19 = \text{S/} .$
 $565,886.28$

Año 2008 (junio 2008) = $6 \times 47,157.19 = \text{S/} . 282,943.14$

Total = $\text{S/} . 1'084,651.37$.

129. Con respecto a la valorización que se detalla líneas arriba, se ha

considerado la tarifa doméstica. Sin embargo, dentro de la ciudad, EMSAPUNO cuenta con usuarios comerciales e industriales que tienen otra tarifa por m³ de agua consumida, con lo que se incrementaría el monto de la valorización de daños ocasionados a EMSAPUNO.

130. Por tanto, se determina que el perjuicio económico a EMSAPUNO asciende a la suma de S/. 104,793.75 en forma mensual, durante el periodo de culminación de las obras recepcionadas irregularmente hasta que CONCYSSA logre solucionar la implementación de la sectorización.

➤ **Sobre la octava pretensión de la reconvención**

131. El Contratista se responsabilizó por las pérdidas y daños a los materiales de las obras que le sean entregadas por la Entidad Contratante.

132. **Respecto de las pérdidas de agua por roturas:** EMSAPUNO habría tenido considerables pérdidas de agua en la etapa de la ejecución de la obra, debido a varios factores tales como roturas, retiro de válvulas de sectores cerrados antes de la ejecución de la obra, generando un desbalance hídrico que, hasta la fecha, no se habría podido restablecer, toda vez que está ligada a la falta de la implementación de la sectorización.

133. Se han determinado el valor de las pérdidas por roturas, según el siguiente detalle:

Año 2004 : S/. 24,204.58

Año 2005 : S/. 25,715.00

Total : S/. 49,919.58

134. **Respecto de las pérdidas de agua por suspensión de atención al cliente:** EMSAPUNO también se habría visto obligada a suspender el servicio de abastecimiento de agua potable, registrándose reclamos operacionales que habrían deteriorado la imagen de EMSAPUNO, estimándose el perjuicio causado en S/. 150,000.00.
135. **Respecto de los mayores metrados pagados por la supervisión, y diferencias encontradas por Comité de Recepción:** Durante el proceso de recepción de obra el Comité designado realizó observaciones. En respuesta a ellas, el Contratista y el Supervisor se habrían comprometido a realizar las compensaciones económicas referentes a los aspectos que no se ejecutaron en la obra, Sin que se habrían encontrado valorizados y pagados. El compromiso fue que, en la liquidación de obra, se descontaría estos montos pagados que no fueron ejecutados, situación que no se refleja en la liquidación que ha sido objeto de nulidad.
136. **Respecto de las observaciones generales:** Según especificaciones técnicas del proyecto, en las conexiones domiciliarias, no se habría colocado marco y tapa de fierro fundido, sino de concreto. Por tanto, se debería descontar los costos que corresponden al tipo de material presupuestado. CONCYSSA adeudaría la suma de S/.18,000.00.
137. La tubería utilizada como protección o forro de las conexiones domiciliarias de agua no cumplirían con las especificaciones

técnicas. Se debería descontar la suma de S/. 24,000.00.

138. En la liquidación de obra no se descontó al contratista lo que corresponde al material que no habría sido internado en los almacenes de EMSAPUNO, el monto estimado es por S/. 25,000.00.
139. CONCYSSA debería entregar al Comité el acta de internamiento de los medidores retirados en la rehabilitación de conexiones domiciliarias de agua, así como las cajas de concreto y accesorios. Este incumplimiento acarrearía daños por la suma de S/.20,000.00.
140. Se solicita entregar las válvulas retiradas de las estaciones pitométricas existentes. El costo de estos accesorios sería de S/. 2,000.00.
141. En la rehabilitación de conexiones domiciliarias no se habría utilizado una tubería conforme al proyecto de obra. No se habría descontado el monto que significa hacer la diferencia entre la tubería proyectada y la ejecutada en obra, que se calcula en la suma de S/. 12,000.00.
142. El contratista adeudaría 35 naves de paso que le habrían sido otorgadas por la División de Logística de EMSAPUNO, en calidad de préstamo. El monto valorizado de estos accesorios ascendería a la suma de S/. 400.00.

143. La recepción total determinada por el Comité de Recepción

referida a la valorización de mayores medrados, que no habrían sido verificados físicamente alcanzaría la suma de S/. 230,280.00.

144. La suma total de los tres rubros desarrollados (cortes de agua por roturas, cortes de agua por suspensión de servicio y valorización de mayores medrados respecto de los determinados por el Comité de Recepción), alcanzaría el monto de S/. 430,199.58, que se solicita se devuelva en la valorización de cuentas final que debería practicarse, toda vez que la liquidación aprobada contendría varios asuntos pendientes, así como actos administrativos irregulares.

- **Medios Probatorios ofrecidos por EMSAPUNO en su reconvención de la demanda**

145. En calidad de medios probatorios, EMSAPUNO ofreció en su escrito de reconvención de demanda los documentos correspondientes al rubro denominado "ANEXOS" mencionados en los puntos 2.A al 2.1.LL.

VI. POSICIÓN DE CONCYSSA RESPECTO DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR EMSAPUNO EN SU RECONVENCIÓN

Mediante escrito presentado el 13 de agosto de 2009, CONCYSSA absuelve traslado del escrito de la reconvención de demanda de EMSAPUNO, a través del cual expresó lo siguiente:

• **Cuestiones preliminares**

146. Entre las pretensiones de EMSAPUNO se encontrarían aquellas destinadas a buscar el mismo efecto que pretendió obtener al emitir la Resolución de Gerencia General N° 041-2007/EMSAPUNO-GG.
147. La intención de EMSAPUNO al emitir dicha Resolución sería retrotraer los efectos de El Contrato al momento anterior a la Recepción Provisional de la Obra sin Observaciones, de modo tal que tuvieran la posibilidad de decidir, a su libre antojo, la no recepción de la Obra hasta que ésta se modificara según lo que EMSAPUNO llama el "expediente original".
148. La disminución en el suministro de agua para la ciudad de Puno no se debería a una obra mal realizada ni inconclusa, sino al hecho que EMSAPUNO no ha ampliado el sistema de suministro mediante una alimentación adecuada de agua. Es decir, por un lado se amplió la red para abastecimiento del agua (mediante la ejecución de la Obra), pero por otro lado se mantuvo el mismo nivel de suministro y, a la fecha, no se ha conectado la Galería Filtrante con las redes de abastecimiento.
149. De otro lado, en el caso de la Galería Filtrante, el cambio de material no influyó en la disminución de caudal. La Galería fue mal diseñada, al menos para los fines que pretendía EMSAPUNO respecto a su caudal. Sin perjuicio de ello, las imputaciones realizadas hoy por EMSAPUNO fueron anteriormente realizadas por dicha Entidad (aunque a través de la anterior administración) y ante el entrampamiento se decidió recurrir a los mecanismos de

solución de conflictos, que derivaron finalmente en un Acuerdo Amigable (conciliación).

150. Los actuales requerimientos de EMSAPUNO ya habían sido expuestos con motivo de la Recepción Provisional de las Obras. EMSAPUNO en dicho momento observó la Obra en los mismos términos que hoy manifiesta la nueva administración de EMSAPUNO. Ante ello, CONCYSSA habría presentado sustento suficiente que demostraría que la Obra (incluyendo la Galería Filtrante Totorani) fue ejecutada según el Expediente Técnico y que CONCYSSA no estaba obligada a ejecutar los trabajos de verificación de la sectorización.

151. No resultaría procedente discutir nuevamente y arbitrar sobre cuestiones que ya fueron materia de una controversia anterior y que fueron resueltos por la vía conciliatoria.

➤ **Pronunciamiento sobre la primera pretensión de la reconvención**

152. La primera pretensión incluida en la reconvención es que se declare la nulidad del Acta de Negociación de Contrato de fecha 3 de junio del 2004, así como la nulidad de la cláusula novena de El Contrato, de forma tal que se ordene la ejecución de la Obra conforme al expediente técnico aprobado (sin la utilización del sistema de Rehabilitación de Redes sin Zanja).

153. Alternativamente, EMSAPUNO solicita el pago de una indemnización de daños y perjuicios por la suma de S/. 841,324.28 que correspondería al mayor pago realizado a favor de CONCYSSA.
154. EMSAPUNO sustentaría su pretensión en el supuesto de que la no objeción de la KfW fue posterior al acta de negociación que formaliza la incorporación de la propuesta técnica para la utilización del método sin zanja. En este contexto, sugiere que no se han cumplido las formalidades para la suscripción de El Contrato y que como tal el Acta y la Cláusula Novena de El Contrato serían nulas.
155. Al respecto, CONCYSSA considera prudente enfocarse en dos cuestiones: (a) la inexistencia de algún vicio de nulidad; y (b) la inexistencia de algún factor atribuible a CONCYSSA.
156. **Inexistencia de vicios de Nulidad:** EMSAPUNO sostendría que la vía de incorporación de la tecnología sin zanja es nula, lo que determinaría que su ejecución no sería válida. Siendo ello así, CONCYSSA estaría obligada a reemplazar las redes utilizando tubos de PVC.
157. La nulidad invocada por EMSAPUNO no existiría y no habría sido probada. De otro lado, asumiendo que sí existió algún vicio u omisión, CONCYSSA afirma que las tuberías rehabilitadas constituirían obras ejecutadas de manera indebida, pero aún así fueron recepcionadas por EMSAPUNO; con lo cual, en aplicación

de la teoría de los actos propios se habría superado cualquier vicio existente.

158. El artículo 219° del Código Civil señala las causales por las que un acto jurídico es nulo. Dentro de dichos supuestos no existiría ninguno que haya sido expuesto por EMSAPUNO como sustento de su pedido de nulidad.
159. Presumiendo que la invocación de EMSAPUNO estaría vinculada a la omisión de los requisitos del KfW para la suscripción de El Contrato y aún cuando no se hubiese contado con la aprobación del KfW, no existe vicio de nulidad en tanto el Código Civil, en estos casos, exige que el documento que prescribe la formalidad (que en este caso sería la aprobación previa del KfW) señale que su omisión acarrea la nulidad del acto respectivo. Así, no existiría documento que señale la nulidad del acto que no contenga la aprobación o No Objeción del KfW.
160. En el hipotético caso de que se aceptara la premisa que la rehabilitación de las tuberías mediante la utilización de la tecnología sin zanja no constituía parte u obligación de El Contrato, sino que correspondía el reemplazo por las tuberías de PVC, CONCYSSA habría ejecutado una actividad indebida; es decir, habría incumplido una obligación de hacer. En este supuesto, sería de aplicación la teoría de los actos propios que se sustenta en el principio de buena fe contractual.
161. EMSAPUNO argumenta que CONCYSSA incumplió su obligación de hacer mediante la ejecución de una actividad no contemplada

(según indica EMSAPUNO por aplicación de un supuesto de nulidad) en EL Contrato. Sin embargo, EMSAPUNO (durante la anterior administración) aceptó la ejecución de la obra realizada por CONCYSSA y procedió a su recepción.

162. Consecuentemente, aun si se admitiera la posición de EMSAPUNO respecto a la nulidad de la incorporación de la tecnología sin zanja y como tal el incumplimiento de CONCYSSA en realizar el cambio de tuberías, resultaría de inmediata aplicación la teoría de actos propios, puesto que EMSAPUNO no podría desconocer sus actuaciones desde el inicio de ejecución de la Obra.
163. **De haber existido una omisión en obtener la No Objeción del KfW, ésta resultaría imputable a EMSAPUNO:** CONCYSSA presentó su propuesta para la utilización de la tecnología sin zanja con motivo de su oferta técnica dentro del proceso de licitación. Una vez obtenida la Buena Pro, EMSAPUNO decidió incorporar dicha tecnología y como tal se procedió a suscribir el respectivo Contrato.
164. El contar o no con la No Objeción de la KfW sería competencia de la propia entidad (en este caso EMSAPUNO) y no del Contratista (CONCYSSA). CONCYSSA sugirió y ofreció un método moderno y más adecuado a las necesidades de EMSAPUNO y ésta comunicó su aceptación de dicho método para su incorporación al Contrato.
165. En el segundo párrafo de la cláusula Sexta de EL Contrato se señala que la tecnología sin zanja se incorpora al Contrato "*Con la opinión favorable del Consultor, la No Objeción del KfW y la*

aprobación de EMSAPUNO". Es decir, la incorporación de la tecnología no contendría vicio u omisión.

166. Cuando EMSAPUNO comunicó la aceptación y aprobación por parte del KfW de EL Contrato final que incorporaba la nueva tecnología, se procedió a su suscripción. Sin embargo, EMSAPUNO argumenta que no habría existido la No Objeción del KfW. CONCYSSA no tendría que saber si el KfW envió o no su no objeción por ser esta de exclusiva responsabilidad de EMSAPUNO.
167. Por otro lado, la razón de la disminución de la presión se habría debido a la falta de mayor suministro de agua para alimentar la nueva red (extendida) de tuberías. La obra determinó un aumento en la demanda de agua, sin embargo la fuente de agua ha permanecido inalterable. No ha existido incremento alguno, razón por la cual al existir igual cantidad de agua para más usuarios, resultaría lógico y previsible que la población tenga problemas con el abastecimiento en lo relacionado a la presión y a la continuidad del servicio.
168. La aplicación de la rehabilitación de redes respecto a ciertas tuberías en vez del cambio inicialmente previsto por la entidad, respondía a los siguientes criterios y fundamentos:
- a. A pesar de ejecutar la rehabilitación de redes de agua potable y alcantarillado aplicando la tecnología sin zanja, a EMSAPUNO no le costaría más de lo presupuestado.
 - b. El producto final al aplicar estas tecnologías sin zanja es de mayor calidad que las del método convencional con respecto a durabilidad y resistencia. Las tuberías de agua de fierro fundido revestido con mortero cemento y las

tuberías de polietileno utilizadas en alcantarillado tienen una duración mínima de 50 años, que largamente superarían a las tuberías de PVC cuya duración promedio es de 30 años.

- c. CONCYSSA cuenta con amplia experiencia en la ejecución de obras aplicando dichas tecnologías.
- d. Estas tecnologías ocasionan menores costos intangibles, como funcionamiento normal de la actividad comercial y turística, menor contaminación ambiental, no se bloquean las vías, disminución considerable del malestar social si se compara con las obras de rehabilitación con métodos tradicionales.

➤ **Pronunciamiento sobre la segunda pretensión de la reconvencción**

169. La segunda pretensión de EMSAPUNO esta vinculada a la Galería Filtrante Totorani. EMSAPUNO demanda dos cosas: (i) que se cumpla con la colocación de la tubería de filtro de acero inoxidable en reemplazo de la de PVC colocada indebidamente; y, (ii) que se coloque el material de filtro según las especificaciones técnicas.
170. Esta pretensión sería improcedente en tanto versa sobre una obra recepcionada sin observaciones y vinculada a una controversia resuelta por la vía de un Acuerdo Amigable (mecanismo previsto en EL Contrato para la solución de conflictos).
171. Sin perjuicio de ello, resultaría pertinente señalar que, con relación a la tubería de PVC colocada por CONCYSSA, en vez de la

tubería de acero incluida en las especificaciones técnicas, se indicaba en el formato del presupuesto de las bases (en el rubro SUMINISTRO DE TUBERIAS Y ACCESORIOS PARA LA GALERIA FILTRANTE), que éstas serían de PVC y no de acero inoxidable, por lo que CONCYSSA ofertó sobre la base de dicho presupuesto.

172. Asimismo, el cambio de tubería fue aprobado por el Supervisor y aceptado por la Entidad. En este caso, EMSAPUNO no podría desconocer sus actos previos, en los cuales habría aceptado la colocación de tubería de PVC.
173. EMSAPUNO no habría acreditado que dicho componente contenga alguna falla o defecto que determine un cambio por parte de CONCYSSA en aplicación del periodo de conservación de Obra
174. Respecto al material filtrante, su cambio fue aceptado por la Supervisión (en nombre y representación de EMSAPUNO) y finalmente fue materia de conciliación vía Acuerdo Amigable.
175. Por otro lado, el cambio de tubería y del material filtrante no tendría vinculación alguna con el menor caudal de la Galería. Según estudios independientes (realizado por el Colegio de Ingenieros del Perú), el caudal previsto por EMSAPUNO para la Galería no responde al diseño presentado, siendo que CONCYSSA habría ejecutado la obra tal como había sido requerida en las Especificaciones Técnicas, por lo que el menor caudal respondería al diseño de la Obra y no a sus componentes o a la ejecución realizada por CONCYSSA.

➤ **Pronunciamento sobre la tercera pretensión de la reconvención**

176. Como tercera pretensión EMSAPUNO solicita que se exija a CONCYSSA la ejecución de los trabajos para la verificación de la Sectorización y accesoriamente el pago de una indemnización.
177. La pretensión de la Entidad sería infundada en atención a que la Obra fue debidamente recepcionada por EMSAPUNO y actualmente se estaría simplemente en un periodo de conservación.
178. La pretensión de EMSAPUNO versa sobre la obligación de realizar una actividad que no estaría contemplada ni en las bases ni en El Contrato. CONCYSSA cumplió con realizar las respectivas consultas sobre quién se encargaría de la sectorización (actividad importante para estas obras pero que no estaban contempladas en el expediente técnico) y la respuesta de la Supervisión fue que no eran actividades a ser desarrolladas en el marco de la presente Obra.
179. Así, el Supervisor de la Obra designado por EMSAPUNO habría señalado que la puesta en operación y funcionamiento de la sectorización no correspondía ser efectuada por CONCYSSA (según constaría en el asiento 239 del Cuaderno de obra).
180. Cuando El Contrato hace referencia a términos como "puesta en operación" o "prueba de funcionamiento", no se estaría refiriendo a trabajos de sectorización, que implican labores específicas que para su realización requieren de metodologías determinadas. La

puesta en operación o prueba de funcionamiento estarían vinculados a la obra para determinar su correcta ejecución y funcionamiento, y que como tal no demandarían actividades específicas.

181. La sectorización como actividad no habría estado presupuestada y no se encontraría establecida en EL Contrato, en las Bases o en las Especificaciones Técnicas.

➤ **Pronunciamiento sobre la cuarta pretensión de la reconvención**

182. Como cuarta pretensión, EMSAPUNO solicita que se declare la nulidad por "ilegal" de la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG del 08 de agosto de 2005 que amplió el plazo de ejecución de El Contrato.

183. La Resolución de EMSAPUNO para ampliar el plazo constituiría un acto válido, emitido conforme a ley, por lo que no contendría ningún vicio de nulidad.

184. Aun cuando EMSAPUNO haya emitido su Resolución de manera posterior a los actos que la motivan (supuesto fundamento para solicitar la nulidad), ello no determinaría su nulidad o falta de legitimidad.

185. La ampliación otorgada no sería un acto ilegal, sino que se enmarcaría dentro de cualquier proceso de contratación. Atendida la solicitud de ampliación contractual por parte de la Entidad, sus

efectos son y debe ser respetados y amparados por las instituciones jurídicas.

➤ **Pronunciamiento sobre la quinta pretensión de la reconvención**

186. EMSAPUNO solicita se aplique a CONCYSSA las penalidades del componente de Galería Filtrante Totorani por presunta demora en la entrega.
187. La recepción de la Galería Filtrante no se habría realizado en el momento definido inicialmente en El Contrato debido a que EMSAPUNO consideró que existían observaciones no levantadas por CONCYSSA, siendo a su vez que CONCYSSA considero que las observaciones planteadas por EMSAPUNO no serían correctas. Ante el entrampamiento, las partes sometieron sus diferencias a un proceso de solución de controversias que concluyeron con un Acuerdo Amigable.
188. La etapa de negociación del conflicto para fines del Acuerdo determinó una demora en la recepción de la obra (no en la entrega). Sin embargo, el tiempo transcurrido para solucionar el conflicto no podría ser considerado como una demora en la entrega de la Obra y como tal un incumplimiento contractual, máxime si en el Acuerdo Amigable no habría establecido penalidad alguna.
189. EMSAPUNO buscaría sustentar sus pretensiones en artículos y disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, debiendo señalarse que éstas no son de

aplicación en la Contratación realizada con CONCYSSA, restringiéndose la normativa de contratación pública a cuestiones de orden supletorio.

190. Cuando EMSAPUNO pretende desvirtuar conformaciones del Comité Especial busca aplicar lo previsto por la Ley de Contrataciones, cuando ésta no sería de aplicación directa.

➤ **Pronunciamiento sobre la sexta pretensión de la reconvención**

191. La sexta pretensión de EMSAPUNO implica que se debe proceder a una nueva Recepción Provisional de Obra, a fin que se establezca un nuevo periodo de conservación.

192. Esta pretensión esta sustentada en la declaración de nulidad del Acta de Recepción Provisional. EMSAPUNO sostiene que dicha Acta de Recepción no tendría validez por haber sido declarada nula y que, sobre la base de tal circunstancia, CONCYSSA tendría que levantar las observaciones que fueron materia de un Acuerdo Amigable (conciliación para fines de la recepción de la obra) para luego realizar una nueva Recepción Provisional.

193. La posición de CONCYSSA ha quedado expuesta en los descargos a las pretensiones anteriores.

194. No resulta procedente realizar una nueva Recepción de Obra y discutir nuevamente diferencias ya solucionadas entre las partes. Las observaciones que EMSAPUNO mantiene, ya fueron materia

de solución y no deberían constituir cuestiones de discusión y nuevo pronunciamiento.

➤ **Pronunciamiento sobre la séptima pretensión de la reconvencción**

195. EMSAPUNO solicita un pago por concepto de indemnización de daños y perjuicios debido a la falta de implementación de la sectorización, al haber dejado de prestar el servicio de agua durante las 24 horas al día luego de culminada la obra. La cuantía referida por EMSAPUNO es de S/. 104,793.75 mensuales hasta el momento en que se ejecute la sectorización.
196. La presente pretensión no cumpliría con los cuatro requisitos o presupuestos básicos para la determinación de la responsabilidad: antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución.
197. EMSAPUNO ha señalado simplemente que, al incumplir CONCYSSA con la sectorización, existiría un daño vinculado a la falta de suministro de agua las 24 horas al día. No se entendería la relación entre el supuesto daño y el presunto hecho de haber incumplido con la sectorización.
198. Sin perjuicio de ello, CONCYSSA no habría estado obligada a ejecutar la verificación de la sectorización. Sobre la base de dicha premisa, no puede existir acción u omisión de CONCYSSA que hubiese determinado o generado algún daño a EMSAPUNO.
199. Independientemente de lo antes señalado, EMSAPUNO no habría sustentado dicho daño por cuanto:

- a) No ha demostrado alguna acción u omisión de CONCYSSA contraria a derecho (contravención de alguna norma imperativa o un principio de orden general). Para ello, tendría que existir una conducta antijurídica, lo cual no se habría demostrado.
- b) No habría daño demostrado, ya sea por lucro cesante o daño emergente. EMSAPUNO solo se habría limitado a decir que se le ha causado un daño sin sustentar cual ha sido éste. El indicar que han dejado de brindar servicios (y por tanto facturar) 24 horas al día no constituye argumento o sustento válido debido a que: (i) EMSAPUNO no suministraba agua 24 horas al día antes de la ejecución de Obra ni luego de ésta; (ii) aún cuando CONCYSSA hubiese ejecutado la sectorización, el efecto habría sido el mismo que EMSAPUNO reclama; (iii) la pretensión de obligar a CONCYSSA a un pago mensual demostraría que lo que se pretende es una penalidad y no la reparación de un daño; (iv) el monto expuesto por EMSAPUNO no sería real; (v) no ha acreditado que aún habiendo ejecutado la sectorización se habría logrado un servicio de 24 horas diarias, pues para ello sería necesario ampliar la fuente de suministro (lo que EMSAPUNO no ha efectuado y que constituye la causa de la menor presión y menor provisión de agua para la población de Puno).
- c) No existiría nexo causal entre el supuesto daño producido (inexistente) con la supuesta conducta antijurídica (inexistente). Sin daño y sin conducta antijurídica resultaría imposible que exista un nexo causal. Aún asumiendo la existencia real de un daño, no habría relación de causalidad con alguna acción u omisión de CONCYSSA.

inclusive si consideramos que la sectorización era una obligación de ésta, toda vez que no se habría demostrado que la falta en la ejecución de la verificación de la sectorización haya determinado algún daño a EMSAPUNO.

d) CONCYSSA no actuó de mala fe, con dolo o culpa en la generación de algún daño. No existiría factor de atribución alguno.

➤ **Pronunciamiento sobre la octava pretensión de la reconvención**

200. Como octava pretensión, EMSAPUNO solicita que CONCYSSA pague la suma de S/. 430,199.58 por concepto de cortes de agua por roturas, por cortes debidos a suspensión del servicio y por valorización de mayores metrados.

201. No se explicitaría si lo que solicita es una indemnización. Simplemente se exigiría que CONCYSSA asuma la responsabilidad de las pérdidas de agua y se solicita se reconozca un menor valor a favor de CONCYSSA por supuestos metrados no ejecutados.

202. Se reitera lo señalado para el caso de la séptima pretensión, en el sentido que EMSAPUNO no habría acreditado ninguno de los presupuestos para la determinación e imputación de responsabilidad.

➤ **Medios Probatorios ofrecidos por CONCYSSA en su contestación a la reconvención**

203. En calidad de medios probatorios, CONCYSSA ofreció en su escrito de contestación a la reconvención de demanda los documentos correspondientes al rubro denominado "MEDIOS PROBATORIOS" identificados como los anexos 3.A al 3.C.

VII. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

204. Con fecha 15 de diciembre de 2008, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, la cual se desarrolló en el siguiente orden:

205. El Tribunal pidió a EMSAPUNO que aclare y precise los defectos advertidos en la manera en que planteó sus pretensiones.

- a) EMSAPUNO aclaró que su pretensión alternativa a la primera pretensión, en realidad, tiene la calidad de accesoria, de modo tal que modificó lo señalado en su reconvención en ese extremo y que el monto de esta pretensión asciende a S/. 841,324.28.
- b) EMSAPUNO aclaró que la pretensión accesoria a su segunda pretensión se refiere a lo siguiente: Que el Tribunal Arbitral ordene al contratista que habiendo desarrollado las obras sin respetar las especificaciones técnicas establecidas en el expediente técnico aprobado para el expediente de licitación referido a la tubería de filtro

básicamente para el componente de la Galería Filtrante Totorani, sean asumidas por la contratista y, en consecuencia, su valorización que asciende a la suma de S/. 875,346.45 sean deducidas de la liquidación.

- c) EMSAPUNO aclaró que la pretensión accesoria a su tercera pretensión se refiere a lo siguiente: Que dicha pretensión tiene carácter indemnizatorio y en tal sentido no cabría deducción alguna.
- d) EMSAPUNO aclaró que el monto de su séptima pretensión asciende a la suma de S/. 1'084,651.37, y que su sustento es el que se señala en la séptima pretensión, la cual se ha generado desde agosto del año 2006 hasta junio del año 2008.
- e) EMSAPUNO aclaró que el monto de su octava pretensión asciende a la suma S/. 430,199.58 por concepto de daño emergente.

206. No advirtiéndose defectos formales en la relación procesal, el Tribunal Arbitral declaró la existencia de una relación jurídico procesal válida y, por tanto, saneado el proceso.

207. Seguidamente, el Tribunal Arbitral invocó a las partes a poner fin a la controversia surgida entre ellas mediante un acuerdo conciliatorio. Las partes expresaron que en este momento no podían arribar a un acuerdo conciliatorio, pero que estaban dispuestos a explorar la posibilidad de conciliar total o parcialmente la controversia.

208. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral procedió a establecer los siguientes puntos controvertidos:

A. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

- a) Determinar si corresponde ordenar a EMSAPUNO el pago de S/. 211,428.73 que se adeudaría a CONCYSSA, como liquidación final de EL Contrato, incrementado con el interés respectivo.
- b) Determinar si corresponde ordenar la inejecución y declarar la extinción de la Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79, otorgada por el Banco Continental como garantía de Buen Funcionamiento de las obras ejecutadas por CONCYSSA.
- c) Determinar, en caso ampararse el punto controvertido señalado en el punto anterior, si corresponde ordenar a EMSAPUNO devolver a CONCYSSA la mencionada Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79 o que, en su defecto, se asuma de pleno derecho que vencido el plazo establecido, la carta fianza ha sido devuelta para todos sus efectos.
- d) Determinar si corresponde ordenar a EMSAPUNO el pago de una indemnización ascendente a la suma de S/. 500,000.00 por concepto de daño emergente y daño a la imagen ocasionados a CONCYSSA.

B. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE LA RECONVENCIÓN

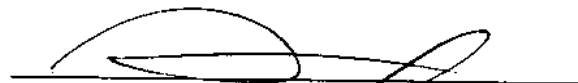
- a) Determinar si corresponde declarar la nulidad del acta de negociación de Contrato de fecha 3 de junio del 2004 y la nulidad de la cláusula novena de EL Contrato; por haberse transgredido las formalidades previstas por EL Contrato de Préstamo con el KfW y las normas contenidas en la Resolución de Contraloría General N° 072-98-CG.
- b) Determinar, en caso ampararse el punto controvertido señalado en el punto anterior, si corresponde ordenar a CONCYSSA que ejecute la obra conforme al expediente técnico aprobado.
- c) Determinar, en caso se estime los dos puntos controvertidos anteriores, si corresponde ordenar a CONCYSSA el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ascendente a S/. 841.324.28 al haberse ejecutado la obra incumpliendo el Expediente Técnico y demás condiciones Técnicas y administrativas.
- d) Determinar si corresponde ordenar a CONCYSSA que cumpla con especificaciones técnicas establecidas en el Expediente Técnico aprobado para el proceso de licitación, referido a la tubería de filtro con el tipo "ranura continua" con abertura de 1,5 mm (slop 60).

- e) Determinar, en caso ampararse el punto controvertido señalado en el punto anterior, si el Tribunal Arbitral debe ordenar a CONCYSSA que habiendo desarrollado las obras, sin respetar las especificaciones técnicas establecidas en el expediente técnico aprobado para la licitación referido a la tubería de filtro básicamente para el componente de la Galería Filtrante Totorani, sean asumidas por la contratista y, en consecuencia, su valorización que asciende a la suma de S/. 875,346.45 sean deducidas de la liquidación.
- f) Determinar si corresponde ordenar a CONCYSSA S.A. que realice los trabajos necesarios para que funcione la "sectorización", cuyo objetivo es establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de abastecimiento y de presión.
- g) Determinar, en caso ampararse el punto controvertido señalado en el punto anterior, si corresponde indemnizar a EMSAPUNO el monto por no haber puesto en funcionamiento la sectorización a un costo de S/. 1'000,000.00.
- h) Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG, de fecha 08 de agosto del 2005, que decide ampliar el plazo de treinta y siete (37) días calendario el plazo contractual de ejecución de obra a precios unitarios celebrado entre EMSAPUNO y CONCYSSA por contravenir el artículo 42° de la Ley de

Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 155° de su Reglamento, la Resolución de Contraloría N° 072-2001-CG, así como la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO.

- i) Determinar si corresponde aplicar las penalidades del Componente de Galerías Filtrantes Totorani por mora en la entrega según se establece en la Décima Primera Cláusula de EL Contrato de construcción de obra a precios unitarios.
- j) Determinar si corresponde ordenar que se concluya con la Etapa de Recepción Provisional de Obra concluida con observaciones debido a que administrativamente se ha determinado nula el Acta de Recepción Provisional de la Obra Construido de fecha 31 de julio del 2006 y, en consecuencia, se continúe con la etapa de conservación por defectos por el periodo de 1 (un) año según establece EL Contrato.
- k) Determinar si corresponde ordenar a CONCYSSA que cumpla con el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios a favor de EMSAPUNO ascendente a S/. 1'084,651.37 por la falta de implementación de la sectorización y por la cual se ha dejado de prestar servicio de agua a los usuarios de la Entidad, conforme a la propuesta del expediente técnico.
- l) Determinar si corresponde ordenar a CONCYSSA el pago a favor de EMSAPUNO el concepto de pérdida de

El Secretario Arbitral designado para el proceso seguido por Concyssa S.A. contra Emsapuno S.A. certifica que la presente copia es una igual a su original que consta en el expediente arbitral.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, sweeping loop followed by a horizontal line and a final flourish.

ALDO ZELA VILLEGAS
Secretario Arbitral

presentado cuestiones probatorias contra tales medios, el Tribunal Arbitral dictaminó que dichos cuestionamientos serían resueltos en el laudo.

212. Finalmente, las partes y el Tribunal Arbitral concordaron en señalar que, sin perjuicio de los medios probatorios admitidos anteriormente, éste último podía solicitar de oficio en cualquier momento, y sin restricción alguna, los medios probatorios que estime pertinentes para esclarecer los hechos relacionados a la presente controversia y convocar a una audiencia de pruebas, si lo estima conveniente, o a una o varias audiencias de ilustración.

IX. AUDIENCIAS DE ILUSTRACIÓN PROGRAMADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

213. Conforme a lo establecido en el Acta de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral estaba facultado a citar a las partes para la realización de una o más audiencias de ilustración, en las que se analizaría *in extenso* las pretensiones propuestas en este proceso. De ese modo, se citaron a dos audiencias de ilustración que se detallan a continuación:

- **Audiencia de Ilustración de fecha 11 de mayo de 2009**

214. En esta audiencia, ambas partes hicieron uso de la palabra respecto de las pretensiones planteadas en el proceso, y asimismo respondieron las preguntas y consultas de los Árbitros.

- **Audiencia de Ilustración de fecha 19 de marzo de 2010**

215. En esta audiencia, ambas partes hicieron uso de la palabra respecto de las pretensiones planteadas en el proceso, así como respondieron las preguntas y consultas de los Árbitros.

X. ALEGATOS Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

216. Con fecha 15 de junio de 2009, sólo CONCYSSA cumplió con presentar sus alegatos escritos dentro del plazo concedido.

217. Con fecha 25 de junio de 2010, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación de los representantes de ambas partes.

218. Mediante el Acta de la Audiencia se fijó el plazo para laudar en sesenta (60) días hábiles, sin perjuicio de su facultad de prorrogarlo por un periodo de treinta (15) días hábiles adicionales, de acuerdo a lo establecido en el numeral 29 del Acta de Instalación. De este modo, en razón de la complejidad de la materia controvertida, mediante Resolución N° 32 se resolvió prorrogar de oficio el plazo para laudar en quince (15) días hábiles adicionales.

Y CONSIDERANDO:

XI. CUESTIONES PRELIMINARES

219. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral que las partes suscribieron; (ii) que, en ningún momento se declaró procedente recusación alguna contra un miembro del Tribunal Arbitral, o se declaró procedente algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral; (iii) que, CONCYSSA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa frente a las pretensiones incorporadas por EMSAPUNO; (iv) que, EMSAPUNO fue debidamente emplazado con la demanda, reconvino y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e inclusive de informar oralmente y, (vi) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo establecido.

XII. CUESTIONES PREVIAS

• Respecto de la sede arbitral

220. La autonomía de la voluntad recogida en la convenio arbitral puede determinar el sometimiento del arbitraje a diversas cuestiones, como la ley aplicable al fondo de la controversia, el procedimiento, el idioma que se utilizará, los plazos, etc. "En este

contexto se sitúa también la libertad de las partes en la determinación del lugar del arbitraje (referente fáctico) o sede arbitral (referente jurídico)⁷.

221. De este modo, *“la sede del tribunal tiene relevancia, pues en ella va a funcionar y es el lugar en el que las partes debe presentar sus escritos y donde se deben realizar las audiencias”*⁸. No obstante, *“el lugar donde se localizan las actuaciones arbitrales no impide que estas puedan dispersarse geográficamente atendiendo para ello a razones de economía procesal y de conducir el procedimiento arbitral de manera más eficiente y menos costosa (...) Usualmente las audiencias y reuniones se llevan a cabo en el lugar del arbitraje, aunque pueden celebrarse en un lugar distinto. La selección de determinado lugar para realizar las actuaciones arbitrales crea un vínculo entre el arbitraje y una sede específica, pero esto no significa que todas las actividades del arbitraje deban celebrarse allí”*⁹.
222. Así pues, se distingue entre el lugar o sede del arbitraje y el lugar donde determinada actuación del mismo pueda efectuarse. Es decir, se reconoce la posibilidad de llevar adelante actuaciones arbitrales en un lugar distinto a la sede del tribunal. Ello es razonable, pues puede ser necesario o conveniente realizar alguna actuación en lugar distinto a la sede.

⁷ Fernández Rozas, José Carlos. *Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral*. En: Revista Lima Arbitration. N° 2 – 2007. p. 1.

⁸ Vidal Ramírez, Fernando. *Manual de derecho arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009. p. 118.

⁹ Fernández Rozas, José Carlos. *Op. cit.* p. 32.

223. Asimismo, los árbitros están facultados para realizar sus deliberaciones en cualquier lugar que estimen conveniente. Incluso no hay inconvenientes para que los árbitros deliberen en reuniones no presenciales, es decir, mediante videoconferencias o conversaciones telefónicas. En efecto, *"las deliberaciones del tribunal arbitral, pueden llevarse a cabo en cualquier lugar, inclusive, sus miembros no están obligados a reunirse físicamente. De esta suerte, si así lo desean sus miembros, deliberarán telefónicamente o por correo electrónico o en casos más complejos y en los que así se requiera, podrán reunirse en el lugar que estimen más conveniente"*¹⁰.
224. Adicionalmente, ello ha sido recogido en el artículo 109° de la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) aplicable al caso que establece: *"Artículo 109.- Lugar del arbitraje.- Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. (...) **el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos**"*
225. Si bien la citada norma se refiere a los arbitrajes internacionales, contiene un principio igualmente aplicable a los arbitrajes nacionales, como el presente caso. Cabe mencionar que en el caso de un arbitraje nacional, el lugar del arbitraje no genera efectos respecto de la ley arbitral aplicable (ya que el Perú no tiene un sistema legal federal). Sin embargo, sí afectará la sede judicial que podrá intervenir en el arbitraje¹¹.

¹⁰ Ibid. p. 33

¹¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007. p. 301.

226. En el presente caso, en virtud de lo establecido por las partes en El Contrato y recogido en el Acta de Instalación del Arbitraje, se fijó como sede del mismo la ciudad de Puno. No obstante, incluso con anterioridad al inicio del arbitraje, se hizo de conocimiento de las partes que los miembros del Tribunal Arbitral tenían domicilio en la ciudad de Lima. Asimismo en la misma Acta de Instalación se determinó que *“sin perjuicio de la fijación de la sede, por disposición del Tribunal Arbitral, determinadas actuaciones arbitrales podrán desarrollarse fuera de la misma”*. En tal sentido, resultaba no sólo lógico, sino también eficiente y económico que las deliberaciones de los árbitros (tanto de las resoluciones previas recaídas en este proceso, como el presente laudo) se hayan realizado en la ciudad de Lima. Ahora bien, ¿dónde se debe considerar dictado el presente laudo arbitral?.

227. Al respecto se debe dejar en claro que *“una vez fijado el lugar oficial del arbitraje, las leyes arbitrales dispone que el laudo arbitral, independientemente de donde será físicamente, emitido o firmado, se considerará dictado en esa sede oficial”*¹². Sobre el particular, resulta ilustrativo citar a la Corte de apelaciones de París, que sobre la materia señaló que: *“El lugar oficial del arbitraje es un concepto puramente legal, que depende de la voluntad de las partes y que acarrea importantes consecuencias jurídicas, siendo la más notable la identificación de la jurisdicción estatal encargada de conocer la anulación del laudo arbitral. No se trata pues de un concepto factual o de hecho que dependa del lugar de las audiencias o de donde se firme el laudo arbitral”*¹³.

¹² Ibid. p. 301.

¹³ Ibid. p. 300.

228. Sobre el particular, el artículo 120° de la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) señala:

*“Artículo 120.- Forma y contenido del laudo.- (...) **Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el primer párrafo del Artículo 109. El laudo se considera dictado en ese lugar.** (Énfasis añadido al original)*

229. Si bien se trata de una norma aplicable a los arbitrajes internacionales, como señalamos anteriormente, contiene reglas generales igualmente asimilables a cualquier arbitraje.

230. En suma, para todos los efectos legales, e independientemente del lugar en que se llevaron a cabo las deliberaciones de los árbitros, se considerará para efectos legales emitido el laudo en el lugar de la sede arbitral; es decir, en este caso, la ciudad de Puno, debiendo constar dicho lugar en el presente laudo.

• **Respecto de la normativa aplicable a la presente controversia**

231. A efectos de proceder a resolver la presente controversia, el Tribunal Arbitral considera necesario delimitar previamente, y de manera expresa, la normativa aplicable al presente caso, en vista que las partes han argumentado la defensa de sus posiciones en normas de distinta naturaleza.

232. Al respecto se debe tener en cuenta el marco legal que dio lugar a la celebración de El Contrato y que es incluso aplicable a la

solución de controversias que en su ejecución puedan surgir, como ha ocurrido en el presente caso.

233. A este efecto, la obra objeto de El Contrato se enmarca dentro de la Cooperación Financiera Oficial entre República Federal de Alemania y la República del Perú, que dio lugar al denominado *"Contrato de préstamo, de aporte financiero y de ejecución del Proyecto suscrito entre el Ministerio de Economía y Finanzas y la Empresa Municipal de Saneamiento Básico de Puno y el Kreditanstalt für Wiederaufbau"*, y al *"Acuerdo Separado al Contrato de Préstamo, de Aporte Financiero y de Ejecución del Proyecto de Octubre del 2000"* suscrito en abril del año 2001 (y que obra como anexo 1-C del escrito de contestación de demanda). Ahora bien, en virtud de dichos acuerdos, con fecha 4 de junio del 2004, se suscribió El Contrato entre CONCYSSA y EMSAPUNO. Al respecto cabe preguntarse: ¿cuál es la normativa que debe regir a El Contrato?
234. En principio, el ámbito de aplicación de toda normativa debe analizarse tomando en cuenta dos aspectos: uno de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo. El primer aspecto, de carácter subjetivo, está referido a las personas que deben someter su comportamiento a las prescripciones establecidas en la norma de carácter especial, cuando se configuren los supuestos de hecho previstos en ella, El segundo aspecto, de carácter objetivo, está referido a la materia u objeto que pretende regular la norma.
235. Así, el artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - Decreto Supremo N° 012-2001-PCM (pertinente al presente caso por haber estado

vigente al momento de suscribirse El Contrato) establece una descripción de los sujetos que —bajo el término genérico de Entidad— se encuentran comprendidos dentro del alcance de dicho cuerpo legal, delimitándose de esta forma el ámbito de aplicación subjetivo de las normas en materia de contrataciones y adquisiciones públicas.

236. Respecto del ámbito de aplicación objetivo, el artículo 1° de la citada Ley exigen la sujeción de las Entidades a los lineamientos contenidos en la Ley para cuando requieran contratar o adquirir bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones y por las cuales asuman el pago del precio o de la retribución correspondiente. Ello, en concordancia con lo señalado en el artículo 76° de la Constitución Política del Perú¹⁴.
237. En ese sentido, puede concluirse que, en términos generales, se encontraban dentro del ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento (Decreto Supremo N° 012-2001-PCM) los Contratos celebrados por EMSAPUNO, como entidad del Sector Público, por los cuales el Estado asumía la obligación de retribuir, con fondos o recursos públicos.
238. No obstante, el artículo 76° de la Constitución consagra una “*reserva de ley*” para determinar las excepciones a la regla general de llevar a cabo procesos de selección. En otros términos, por mandato constitucional, sólo mediante disposición legal expresa

¹⁴ Constitución Política del Perú: Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública: “*Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades*”

podrían regularse supuestos de inaplicación de la Ley, que exceptúen del cumplimiento de las formalidades, requisitos y procedimientos generales regulados para las compras del Estado, a determinadas adquisiciones y/o contrataciones.

239. En este contexto, la Tercera Disposición Complementaria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que ésta no es de aplicación para las adquisiciones y contrataciones realizadas en el marco de "convenios internacionales". Textualmente establece lo siguiente:

*"Tercera.- Las adquisiciones y contrataciones realizadas dentro del marco de convenios internacionales, **se sujetarán a las disposiciones establecidas en dichos compromisos** cuando sean normas uniformes aplicadas a nivel internacional y cumplan con los principios que contempla la Ley "(Énfasis añadido al original)*

240. Tal norma dispone la sujeción de dichas adquisiciones y contrataciones a las reglas establecidas en los convenios internacionales (como puede ser un Contrato de préstamo internacional). Específicamente, se menciona que serán de aplicación las normas contenidas en dichos convenios, siempre que se trate de normas uniformes aplicadas a nivel internacional y cumplan con los principios que contempla la mencionada Ley.

241. Asimismo para Richard Martin ¹⁵, la Tercera Disposición Complementaria antes citada "no hace distinción entre recursos provenientes de la entidad y recursos provenientes de terceros. **El supuesto regulado es la celebración de un convenio**

¹⁵ MARTIN TIRADO, Richard J. "Prevalencia de los Convenios Internacionales sobre La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado". En: Revista Jus Jurisprudencia- Comentarios a la Jurisprudencia y Praxis Jurídica, Ed. Grijley, Junio-2007, 491.

internacional entre una entidad cooperante y el Estado peruano, lo cual implica el uso de recursos públicos (...)” (Énfasis añadido al original)

242. Adicionalmente, lo señalado en la referida Tercera Disposición Complementaria debe ser concordada con lo establecido en el artículo 49.1 de la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado (Ley N° 27209) (también pertinente al caso por razón de temporalidad al haber estado vigente al momento de celebrarse El Contrato), el cual precisa:

“Artículo 49.- Precisiones a los Contratos de Endeudamiento y Convenios de Cooperación Técnico - Económica

*49.1 Las Entidades del Sector Público que utilicen recursos de donaciones o provenientes de operaciones oficiales de crédito, sujetarán la ejecución del gasto y los procesos de Licitación y Concurso, **a lo establecido en los respectivos Convenios de Cooperación y en los documentos anexos**, así como, supletoriamente a las disposiciones contenidas en las Leyes Anuales de Presupuesto” (Énfasis añadido al original)*

243. A mayor abundamiento, la vigente Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (Ley N° 28411), en el mismo sentido que su predecesora, señala que:

“Artículo 68.- Contratos de Endeudamiento y Convenios de Cooperación Técnico-Económica

*Las Entidades que utilicen fondos públicos provenientes de donaciones o de operaciones oficiales de crédito **sujetarán la ejecución del gasto y los procesos de Licitación y Concurso a lo establecido en los respectivos Convenios de Cooperación y en los documentos anexos**, así como, supletoriamente, a las*

disposiciones contenidas en la Ley General y las Leyes de Presupuesto del Sector Público". (Énfasis añadido al original)

244. En tal sentido, actualmente no existe mayor duda sobre los alcances de las mencionadas normas dictándose incluso otras normas y opiniones que los confirman. Así, por ejemplo, el Decreto Supremo N.º 063-2006-EF dispone en su Sexta Disposición Final que:

*"Precísese que en el caso de las Entidades que utilicen fondos públicos provenientes de donaciones o de operaciones oficiales de crédito, **éstas sujetarán la ejecución del gasto y los procesos de Licitación y Concurso a lo establecido en los respectivos Convenios de Cooperación y en los documentos anexos**, de acuerdo a lo establecido por el artículo 68, inciso 1, de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N.º 28411"*(Énfasis añadido al original)

245. Por su parte, la Opinión N.º 002-2007/GNP del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señaló que:

*"3.4 (...) en la actualidad las contrataciones y adquisiciones derivadas de convenios internacionales celebrados en el marco de donaciones o de operaciones oficiales de crédito **deben sujetarse a lo establecido en los respectivos convenios sin restricción alguna**, siendo de aplicación supletoria la normativa nacional sobre contratación pública, en cuanto no sea incompatible con lo dispuesto en el convenio (...).*

4.1 Las contrataciones y adquisiciones derivadas de convenios internacionales deben sujetarse a lo establecido en los respectivos convenios, conforme fue aclarado con la incorporación de la Sexta Disposición Final del Reglamento (...)"(Énfasis añadido al original)

246. En esta misma línea, la Opinión 057-2008/DOP, también del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sostuvo que:

*"Las contrataciones y adquisiciones derivadas de convenios internacionales celebrados en el marco de donaciones o de operaciones oficiales de crédito **deben sujetarse a lo establecido en los respectivos convenios.** En caso de vacío o deficiencia advertida en el convenio, será aplicable de manera supletoria la normativa general sobre contrataciones y adquisiciones del Estado"* (Énfasis añadido al original).

247. En conclusión, a) el "Contrato de préstamo, de aporte financiero y de ejecución del Proyecto suscrito entre el Ministerio de Economía y Finanzas y la Empresa Municipal de Saneamiento Básico de Puno y el Kreditanstalt für Wiederaufbau", y b) el "Acuerdo Separado al Contrato de Préstamo, de Aporte Financiero y de Ejecución del Proyecto de Octubre del 2000"; y c) El Contrato deben sujetarse, de manera prioritaria y privilegiada, a lo establecido en los respectivos convenios, sin restricción alguna, pudiendo ser de aplicación supletoria la normativa nacional sobre contratación pública, en cuanto no sea incompatible con lo dispuesto en tales convenios.

248. Es en virtud del mencionado marco legal que la segunda cláusula de El Contrato recogió el orden de prelación de la normativa aplicable al mismo:

"Segunda: Base Legal

EL Contrato de Préstamo, de Aporte Financiero y de Ejecución del Proyecto entre la Agencia Financiera (KfW), La República del Perú

(MEF) y la Entidad Contratante (EMSAPUNO), así como lo estipulado en el Acuerdo Separado, las Normas para la Contratación de Adquisiciones de la Agencia Financiera y las condiciones establecidas en las Bases de Licitación.

TUO de la Ley N° 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 012-2001-PCM y su Reglamento D.S. N° 013-2001-PCM y Modificaciones D.S. N° 079-2001-PCM **en forma supletoria y en aquello que no se opongan a los documentos de la Cooperación Financiera Oficial indicados en rubro a) y las Bases** de Licitación.

Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General **en forma supletoria y en aquello que no opongan a los documentos de la Cooperación Financiera Oficial** indicados en rubro a) y las Bases de Licitación.

Ley N° 27785 - Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y **en forma supletoria y en aquello que no opongan a los Documentos de la Cooperación Financiera Oficial** indicadas en el rubro a) y las Bases de Licitación.

Código Civil, y en forma supletoria y en aquello que no opongan a los Documentos de la Cooperación Financiera Oficial indicadas en el rubro a) y las Bases de Licitación.

Resolución de Contraloría N° 072-98-CG (Norma 600 Normas de Control Interno para el Área de Obras Públicas y Norma 700-06: Contrataciones y Adquisiciones de Bienes, Servicios y Obras), **en forma supletoria y en aquello que no opongan a los Documentos de la Cooperación Financiera Oficial** indicadas en el rubro a) y las Bases de Licitación" (Énfasis añadido al original)

249. La mencionada cláusula ratifica la prioridad del “Contrato de préstamo, de aporte financiero y de ejecución”, del “Acuerdo Separado”, de las “Normas para la Contratación de Adquisiciones de la Agencia Financiera” y las Bases de Licitación. Asimismo, dicha cláusula también señala que la anterior Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo N° 012-2001-PCM) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 013-2001-PCM) son aplicables, **de manera supletoria**, “y en aquello que no se opongan a los documentos de la Cooperación Financiera”.
250. Ahora bien, ¿qué implica que las normas nacionales sobre contrataciones de Estado antes mencionadas sean aplicables de manera supletoria?. Sobre el particular cabe señalar que en la aplicación de una normativa pueden advertirse ciertos vacíos o deficiencias, por lo que se hace necesario acudir a otras fuentes normativas para determinar la regulación de un caso concreto. Para estos casos, se hace necesario acudir al régimen general que regule dicha materia, configurándose de esta manera la aplicación supletoria de la norma general por defecto de la norma especial.
251. En efecto, “la supletoriedad de las normas funciona cuando la norma común es utilizada para llenar un vacío en la norma especial -no al revés- (...)”¹⁶. Así por ejemplo El Código Civil, como continente del Derecho común, es de aplicación supletoria respecto de los cuerpos normativos especiales.
252. En tal sentido, las normas sobre contrataciones del Estado serán aplicables al presente caso únicamente en aquellos supuestos en

¹⁶

http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/comentarios_b/diciembre_05/comentarioactual_marzo_01.php

que la supletoriedad opere: esto es frente a situaciones jurídicas que no estén reguladas por las disposiciones, normas y documentos de la Cooperación Financiera antes mencionada.

253. Tal supletoriedad, será igualmente extendida al resto de normas legales recogidas en la Cláusula Segunda de El Contrato. Nos referimos a la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), la Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley N° 27785), el Código Civil y la Resolución de Contraloría N° 072-98-CG.

- **Respecto del incidente de cuestiones probatorias**

254. Como se señaló en el numeral VII de los vistos precedentes, durante la continuación de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 10, por la cual se resolvió: (i) Reservarse la facultad de resolver al momento de laudar las cuestiones probatorias propuestas por EMSAPUNO en su escrito de fecha 15 de setiembre de 2008, aclarado mediante escrito de fecha 9 de octubre del 2008.

En tal sentido, corresponde al Órgano Arbitral pronunciarse sobre las cuestiones probatorias invocadas.

255. Mediante escrito de contestación a la reconvención de fecha 13 de agosto del 2008, CONCYSSA ofreció como medios probatorios los documentos del rubro "MEDIOS PROBATORIOS", del punto 3-A al punto 3-C. Asimismo, mediante escrito de fecha 15 de setiembre del 2008, aclarado mediante escrito de fecha 9 de octubre del mismo año, EMSAPUNO propuso cuestiones probatorias contra

los tres (3) medios probatorios de la contestación a la reconvención señalando, en resumen, lo siguiente:

- (i) Respecto del medio probatorio identificado como anexo 3-A consistente en la copia del presupuesto de obra de la Asociación SADE CONCYSSA vinculado a la limpieza y revestimiento de tuberías en la Licitación No. 02-99/OECF-SEDAPAL-EMSAPUNO afirmó que- este medio probatorio no demostraría *“ningún aspecto relevante de mejora de técnica con relación aquella determinada en el expediente técnico”*.
- (ii) Respecto del medio probatorio identificado como anexo 3-B -consistente en la copia de la Propuesta de Valor Agregado presentada a EMSAPUNO en la Licitación como alternativa a la rehabilitación de redes de agua y alcantarillado- EMSAPUNO afirmó que *“el anexo acompañado para acreditar las ventajas de la nueva tecnología revela exactamente lo contrario a lo que la demandante ha pretendido en su contestación”*.
- (ii) Respecto del medio probatorio identificado como anexo 3-C -consistente en la copia del presupuesto de obra de la Asociación SADE CONCYSSA vinculado a la sectorización en la Licitación No. 02-99/OECF-SEDAPAL- EMSAPUNO afirmó que este medio probatorio no *“justifica o deslinda la responsabilidad*

de haber entregado los trabajos de la sectorización debidamente verificados y en funcionamiento”.

- (iii) Asimismo, EMSAPUNO adjuntó como medio probatorio de sus cuestiones probatorias propuestas el Informe Técnico Pericial “Obras de Ampliación y Rehabilitación de los sistemas de agua potable y alcantarillado de la ciudad de Puno”.

256. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera que las cuestiones probatorias pueden estar dirigidas a cuestionar la validez o veracidad de un documento (en el caso de las tachas) o a cuestionar la actuación de algún medio probatorio (en el caso de la oposición), siendo la finalidad de las impugnaciones que se rechace o se declare inadmisibile alguna prueba en específico.
257. De los fundamentos planteados por EMSAPUNO para sustentar sus cuestiones probatorias, así como del Informe Técnico adjuntado a su escrito, el Tribunal colige que no están incursos en ninguno de los supuestos conocidos como causal para declarar la inadmisibilidad de un medio probatorio. Se refieren a la idoneidad de tales documentos para acreditar determinados hechos del proceso. Es decir, se trata de cuestionamientos de fondo y no de cuestiones probatorias.
258. Por ende, el Tribunal Arbitral considera que las cuestiones probatorias propuestas por EMSAPUNO contra los documentos del rubro “MEDIOS PROBATORIOS”, del punto 3-A al punto 3-C del escrito de contestación a la reconvención de CONCYSSA son infundadas.

259. No habiendo lugar a las cuestiones probatorias planteadas por EMSAPUNO, en consecuencia, se deben admitir los documentos del rubro "MEDIOS PROBATORIOS", del punto 3-A al punto 3-C del escrito de contestación a la reconvención de CONCYSSA.

XIII. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

- **Respecto de la primera pretensión de la demanda**

260. *"Que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO el pago inmediato de los S/. 211,428.73 (doscientos once mil cuatrocientos veintiocho con 73/100 Nuevos Soles) que hasta la fecha EMSAPUNO adeuda a CONCYSSA, como liquidación final de EL Contrato, incrementados con el interés respectivo, considerando que EL Contrato ha sido ejecutado con sujeción a los términos establecidos en el mismo, así como a los acuerdos posteriores, celebrados voluntariamente entre las partes".*

- **Posición de CONCYSSA**

261. CONCYSSA habría ejecutado las obras conforme a lo pactado en El Contrato, siendo que con fecha 7 de diciembre del 2004, EMSAPUNO procedió a la Recepción de parte de la Obra contratada (la Galería Filtrante de Totorani) planteando 14 observaciones, que habrían sido subsanadas, procediéndose el 15 de agosto del 2006 a la recepción de dicha obra sin observaciones, y suscribiéndose un Acta de Acuerdo Amigable entre EMSAPUNO

y CONCYSSA, mediante la cual se superó, de mutuo acuerdo, las observaciones que fueron planteadas en su oportunidad por EMSAPUNO.

262. EMSAPUNO también procedió a la recepción de la otra parte de la obra planteando determinadas observaciones, que habrían sido de igual manera subsanadas, procediéndose a la recepción de dicha obra sin observaciones, mediante acta de fecha 31 de julio del 2006.

263. Con fecha 20 de junio de 2007, CONCYSSA recibió la Carta Notarial N° 018-2007-EMSAPUNO, a través de la cual se comunicó la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG mediante la cual se declaró la "nulidad" de cuatro actos, a saber:

(i) La Resolución N° 037-2006-EMSAPUNO/GG que modifica la composición del Comité de Recepción Provisional de la obra "Galería de Filtración Totorani" originalmente nombrado por EMSAPUNO.

(ii) El Acuerdo Amigable de fecha 15 de agosto de 2006 en el que se levantan las observaciones originalmente planteadas a la obra y se recibe la misma sin observaciones.

(iii) El Acta de Recepción Provisional de fecha 31 de julio de 2006 donde se reciben sin observaciones las obras del "Lote 2".

(iv) La Resolución N° 069-2006-EMSAPUNO en la que se aprueba la liquidación final de las obras del "Lote 2".

264. Con fecha 5 de julio de 2007, CONCYSSA habría remitido la Carta de Respuesta N° 024-2007-GC, manifestando que la mencionada Resolución de EMSAPUNO carecía de todo sustento y que por ende no podía generar ningún efecto frente a ella ni frente a terceros. Asimismo, EMSAPUNO no habría dado respuesta a dicha comunicación.

• **Posición de EMSAPUNO**

265. La pretensión de pago de saldo por concepto de Liquidación Final resultaría infundada puesto que la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG, del 14 de junio del 2007, por la que se declaraba la "nulidad" de la aprobación de la correspondiente Liquidación Final de Obra, no habría sido cuestionada en forma expresa ante el Tribunal Arbitral deviniendo en un acto administrativo firme. En tal sentido, resultaría jurídicamente errado refutar un acto administrativo firme cuya validez o invalidez no forma parte de ninguna de las pretensiones demandadas, tentando la emisión de un Laudo, que devendría en "*extrapetita*".

266. Al ser aplicable de manera supletoria -según la Base Legal establecida en el Cláusula Segunda de El Contrato- la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) resultaría que CONCYSSA no tendría la facultad de poder inferir la ineficacia o nulidad de los Actos Administrativos contenidos en la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-

GG. Ello por que, tal como lo preceptuarían los Artículos 9° y 10° de la mencionada Ley, todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por órgano competente (en este caso el Tribunal Arbitral, en aplicación de la Cláusula Vigésimo Tercera de El Contrato) nulidad que no habría sido pretendida en este proceso.

267. La Nulidad del Acuerdo Amigable de fecha 15 de agosto del año 2006 y de la Resolución de Gerencia General N° 069-2006-GG/EMSAPUNO de fecha 21 noviembre del 2006 habrían sido declaradas por contravención de los incisos 1) y 2) del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444).

• **Cuestiones preliminares al análisis del Primer Punto Controvertido**

268. Respecto de la primera pretensión, EMSAPUNO ha planteado una defensa bastante concreta: la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG es válida y eficaz al no haberse declarado su nulidad a nivel jurisdiccional o arbitral. Y, siendo que dicha nulidad no habría sido recogida de manera expresa en forma de pretensión en este proceso, existiría una imposibilidad legal o incompetencia de los árbitros para pronunciarse sobre la misma, lo que daría lugar, a su vez, al rechazo de la primera pretensión de la demanda.

269. Por tanto, previamente a entrar al fondo de la presente controversia se debe precisar las facultades del Tribunal Arbitral respecto de la materia que ha sido sometida a su

conocimiento. En tal sentido, el Tribunal se permite formular la siguiente pregunta: ¿es el Tribunal Arbitral competente para pronunciarse sobre la validez y eficacia de la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG, pese a que no se ha interpuesto una pretensión en ese sentido? ¿Afectaría ello el principio de congruencia?.

- **Respecto de la aplicación del principio de congruencia en sede arbitral**

270. El Tribunal Arbitral considera que el principio de congruencia exige compatibilidad entre los términos del petitorio y los del resolutivo. Así, el principio de congruencia controla que el laudo no vaya a incurrir en causal de nulidad por “*ultra petita*” o “*extra petita*”. No obstante, dentro de este marco, el principio de congruencia no limita la facultad de los árbitros de resolver todo aquello que implícitamente sea necesario resolver o todos los asuntos que sean accesorios al petitorio que, en este caso, en definitiva, se concreta al pago de la liquidación final de la obra.

271. Respecto del principio de congruencia como armonía entre el petitorio y el resolutivo la doctrina señala lo siguiente: “1563. (...) Ahora bien, la determinación del objeto procesal y de los límites de la competencia arbitral no debe ser tan rígida como pudiera serlo en el proceso judicial (...). 1565. En general, la incongruencia postula un juicio comparativo entre lo decidido y lo sometido a decisión de los árbitros, pero debe advertirse que en muchas ocasiones la controversia como *prius* que constituye el término de comparación no se encuentra perfectamente”

delimitada, (...) [puesto] que la determinación del objeto de la controversia siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva. 1566. (...) las facultades de los árbitros vienen delimitadas por el *thema decidendi* establecido por la voluntad de las partes, estando ciertamente aquellos sometidos al principio de congruencia, sin que pueda traspasar los límites del compromiso resolviendo cuestiones no sometidas a su decisión; pero eso no implica que estén obligados a interpretarlo tan estrictamente que se coacte su misión decisoria de conflictos de forma extra judicial, sino que la naturaleza de la finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir (...).1567. La incongruencia por exceso objetiva (esto es, haber resuelto sobre cuestiones no sometidas a la decisión de los árbitros), ha de ser notoria y palpable, es decir, que se denote o detecte de manera clara, pues en otro caso todos los laudos correrían el riesgo de ser atacados por este vicio. Centrada la cuestión, se ha de decir que **es doctrina consolidada que los árbitros puedan resolver no sólo las cuestiones que han sido configuradas en el convenio sino también las que deban reputarse comprendidas en el mismo como consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado** (...).1568. (...) el requisito de la congruencia no tiene otra exigencia que la derivada de la conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso y existe congruencia ahí donde la relación entre estos dos últimos términos, fallo y pretensiones deducidas, no están sustancialmente alterados (...).1569. Por tanto, el postulado de la congruencia procesal supone que el convenio arbitral debe tenerse en cuenta por el árbitro, no aisladamente,

sino, en conjunto, en relación con los antecedentes que explican la finalidad que se persiguió a través del mismo. Al resolver sobre todos estos extremos los árbitros actuantes no incurrir en ningún exceso en cuanto a los límites objetivos fijados por el convenio arbitral. Dentro de la incongruencia deben encuadrarse también los supuestos en los que el árbitro no sólo se exceden en su jurisdicción sino que decide sobre cuestiones no planteadas por las partes” ¹⁷. (Énfasis añadido al original).

272. Por tanto, en virtud de lo señalado, resulta siendo un falso dilema la facultad del Tribunal para abordar o no la validez, oponibilidad o eficacia de la Resolución de Gerencia General N° 041-2006-EMSAPUNO-GG por el simple hecho que ello no habría sido expresamente pretendido, ni considerado como un punto controvertido. Admitir ello implicaría extender desproporcionadamente los efectos del principio de congruencia y haría extremadamente rígido el proceso lógico de depuración jurídica (motivación) que debe seguir el Tribunal para resolver la pretensión planteada por la demandante y admitida como punto controvertido por la contraparte.
273. Ello no quiere decir el principio de congruencia sea ajeno al arbitraje en dos sentidos: (i) el laudo debe ser congruente con el ámbito competencial del convenio arbitral (lo que no está en discusión en el presente caso), y (ii) el laudo debe guardar congruencia entre las pretensiones y la parte resolutive que es estrictamente lo que sucedería en el presente caso.

¹⁷ MERINO MECHÁN, José F. y José María CHILLÓN EMSAPUNO. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Civitas, 2006. pp 704-706.

274. En suma, como se señaló, la congruencia implica correspondencia entre las pretensiones y el pronunciamiento final del laudo.

• **Respecto de la tutela jurisdiccional efectiva en sede arbitral**

275. Por otro lado, y a mayor abundamiento, cabe agregar que el Tribunal Arbitral tiene la obligación de pronunciarse sobre la controversia de manera integral (esto es, razonando jurídicamente sobre los elementos implícitos o accesorios que sean necesarios para resolver la controversia) y, de ese modo, cumplir con la finalidad del arbitraje: dictar una decisión que ponga fin a la controversias planteadas entre las partes y que surta los efectos de cosa juzgada. Así, desde el punto de vista constitucional, el Tribunal Arbitral tiene que garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que implica una resolución que ponga fin a la controversia de manera definitiva.

276. En relación al principio de congruencia y la tutela jurisdiccional efectiva, el Tribunal Constitucional ha señalado que la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen no se refieren al ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional¹⁸. En esa misma línea de razonamiento el Tribunal constitucional ha dejado en claro que la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º, numeral

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias Salaverry).

24), literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Carta Fundamental.

277. De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por su 51°. Ambas dimensiones (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia, tensión en la cual el árbitro o Tribunal Arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales¹⁹.

278. Es por ello que los Tribunal Arbitrales deben velar por la efectiva aplicación del derecho a la tutela jurisdiccional

¹⁹ *Ibidem.*

efectiva, entendido como el derecho que tiene toda persona a que se le haga justicia²⁰; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas²¹.

279. En ese sentido, acorde a lo señalado por el Tribunal Constitucional, la jurisdicción arbitral no sólo tiene la obligación de emitir una solución motivada y fundada en derecho, sino que es necesario, además, que aquella solución atienda sustancialmente al núcleo de las pretensiones formuladas por las partes, de suerte que ofrezca una respuesta coherente con los términos del debate suscitado en el proceso.

- **Respecto de la competencia del Tribunal Arbitral regulada en la LGA**

280. Siendo ello así, si bien el principio de congruencia arbitral exige que el laudo contenga un pronunciamiento sobre la materia controvertida y especialmente sobre lo que ha sido objeto preciso de demanda y reconvención, ello no limita a que el Tribunal Arbitral pueda decidir sobre cuestiones conexas o accesorias a las pretensiones. Por ello, el artículo 44º de la LGA (Ley Nº 26572, aplicable al caso) establece que el Tribunal Arbitral debe pronunciarse sobre las cuestiones subsidiarias, accesorias o incidentales que surjan al interior del proceso. En efecto, dicha norma señala textualmente: "Artículo 44º.-

²⁰ Respecto de la tutela jurisdiccional efectiva debemos señalar que tiene tres momentos: i) el acceso al órgano jurisdiccional; ii) el proceso; y, iii) la decisión. El último momento refiere a que la decisión deba ser efectiva o materialmente concreta.

²¹ GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid: Civitas, 2001. p. 33.

Competencia.- Los árbitros son competentes para conocer y resolver todas las cuestiones subsidiarias, accesorias o incidentales que se promuevan durante el proceso, inclusive las relativas a la validez o eficacia del convenio, como aquéllas cuya sustanciación en sede arbitral hayan sido consentidas por las partes en el proceso" (Énfasis añadido al original).

En esa misma línea, es pertinente citar a título ilustrativo el artículo 40° de la vigente Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) que, precisando la norma antes citada, faculta al Tribunal Arbitral a conocer el fondo de la controversia y decidir sobre cualesquier cuestión conexa y accesoria a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales. Dicha norma señala: "Artículo 40.- Competencia del tribunal arbitral

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas"

281. En tal sentido, el Tribunal Arbitral es competente para pronunciarse sobre toda cuestión subsidiaria, accesoria o incidental, siempre y cuando no modifique sustancialmente los términos de la controversia y en la medida que tales cuestiones necesarias para la efectividad de la decisión. En esta dirección el Tribunal debe velar por la tutela jurisdiccional efectiva reconocida en el artículo 139°, numeral 3) de la Constitución Política del Perú y por la eficacia del arbitraje como forma de solución de controversias a la que voluntariamente se han sometido las partes que suscribieron el convenio arbitral.

282. Con ese propósito, el Tribunal Arbitral no puede ir más allá de las pretensiones planteadas en la demanda (o en la reconvención), pero tiene la necesidad de considerar cuestiones accesorias para resolver adecuadamente las pretensiones planteadas en la demanda y/o en la reconvención.
283. Las pretensiones contienen la materia controvertida de manera explícita y el Tribunal Arbitral las deberá resolver íntegramente, pero sin excederse de ellas. Ello es lo explícito. Los temas implícitos o accesorios son los que ineludiblemente se deben considerar para resolver las pretensiones que se ha planteado a nivel arbitral. Ahora bien, ¿qué implica que una materia sea implícita, subsidiaria o accesorio?
284. El Diccionario de la Real Academia Española²² señala que lo explícito es aquello que “expresa clara y determinadamente una cosa”. En este caso esas serían las pretensiones de la demanda y reconvención. Por su parte, lo implícito resulta ser “lo incluido en otra cosa sin que ésta lo exprese”. Asimismo, lo subsidiario (en su segunda acepción, que es la aplicable a nuestro caso) es lo dicho de “una acción o de una responsabilidad que suple a otra principal”. Lo accesorio es definido como aquello (i) “que depende de lo principal o se le une por accidente”; y (ii) “secundario (no principal)”. Finalmente, lo incidental está conceptualizado como: (i) aquello “que sobreviene en algún asunto y tiene alguna relación con él”; o (ii) “dícese del hecho o cosa o accesorio o de menor importancia”.

²² Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo primera edición. Madrid, 1992.

285. De todo lo anterior, y teniendo en cuenta la primera pretensión principal planteada por la parte demandante, referida a resolver si procede o no ordenar el pago de la liquidación de la obra, el Tribunal Arbitral está obligado, implícitamente, a determinar si el Acuerdo Amigable de 15 de agosto y la Resolución de Gerencia General N° 041-2006-EMSAPUNO-GG eran actos válidos, de conformidad con El Contrato, y la normativa aplicable al mismo. No tienen que ser éstas materias explicitadas en la demanda y en la reconvención, porque están implícitamente incorporadas a la pretensión principal de la parte demandante y ello hace que el Tribunal pueda pronunciarse con los elementos que tiene en el expediente.
286. En la medida en que las partes le han dado competencia a los árbitros para pronunciarse sobre la pretensión principal de pago del saldo de la liquidación final de Contrato, le han dado la competencia para que analice las cuestiones implícitas necesarias para resolver ello, como es la Resolución de Gerencia antes mencionada. En suma, la validez de la Resolución de Gerencia que pretende la nulidad del Acuerdo Amigable del 15 de agosto de 2006 es una cuestión "accesoria" o "implícita", sobre la cual pueden pronunciarse válidamente los árbitros, a fin de resolver la pretensión principal que es el pago del saldo de la liquidación final de la obra.
287. La parte demandante incorporó al debate el pago del saldo de la liquidación final de la obra, que se deriva directamente del Acuerdo Amigable del 15 de febrero del 2006 y de la Resolución N°

069-2006-EMSAPUNO-GG. Los árbitros tendrán que resolverlo en el marco de su competencia y al hacerlo no están contraviniendo el principio de congruencia, pues no estarán yendo más allá de los contornos de lo peticionado (ultra petita), ni estarán resolviendo sobre una materia extraña a la controversia (extra petita).

288. En conclusión, en la medida que se trata de cuestiones implícitas y accesorias a las pretensiones de las partes, el Tribunal goza de competencia (y aún de obligación) de pronunciarse sobre la validez del Acuerdo Amigable de 15 de agosto de 2006 y de las Resoluciones de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO-GG y N° 041-2007-EMSAPUNO-GG.

289. Ello ha sido implícitamente sometido a pronunciamiento de los árbitros y el Tribunal tiene discrecionalidad suficiente para dilucidar todo aquello implícito, accesorio o afín que sea necesario para cumplir con el propósito fundamental para el que ha sido convocado: resolver la controversia con carácter de cosa juzgada (lo que implica una resolución definitiva de las pretensiones) y brindar tutela jurisdiccional efectiva a quien o quienes han recurrido al arbitraje como alternativa al Poder Judicial. De este modo, los árbitros, al amparo del mencionado artículo 44° de la LGA, pueden resolver todo lo que sea necesario: lo que explícitamente se plantea en la pretensión y lo que implícitamente es necesario para lograrlo.

- **Respecto del derecho de defensa de las partes**

290. Las conclusiones arribadas en el punto anterior, no implican bajo ningún punto de vista, que el Tribunal Arbitral se esté

pronunciando sobre cuestiones que no han sido sometidas al conocimiento de las partes y sobre la cual las partes no han tenido oportunidad de defenderse. Muy por el contrario, la discusión sobre la validez del Acuerdo Amigable de 15 de agosto de 2006 y de las Resoluciones de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO-GG y N° 041-2007-EMSAPUNO-GG ha sido ampliamente tratada a lo largo del arbitraje, tanto de forma escrita como en las diferentes audiencias que se realizaron. Consecuentemente, un pronunciamiento en el sentido indicado no contraviene el derecho de defensa de las partes pues éstas han alegado todo lo que consideraron pertinente respecto de la materia explícitamente, así como a los aspectos implícitos atinentes a ella.

291. En efecto, sobre este punto en particular, referido a la validez y eficacia de la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG, CONCYSSA ha manifestado lo siguiente: *"Desde un punto de vista formal y de acuerdo a lo establecido en el artículo 202° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG sería ilegal e incapaz de producir efectos legales"* (página 27 del escrito de demanda).

"La declaración de nulidad pretendida con la Resolución [N° 041-2007-EMSAPUNO-GG] materia de la presente, carece de todo sustento y como consecuencia de ello, de todo efecto frente a nuestra empresa, por cuanto los actos administrativos invocados y que se pretenden declarar nulos, cumplen con todos los requisitos de validez legalmente establecidos, no existiendo ninguna causal ni requisitos legalmente establecidos para declarar la nulidad de oficio

de los mismos" (páginas 2 y 3 de la Carta N° 024-2007/GC que obra como anexo 1-W de la demanda)

"El Tribunal podrá apreciar que dentro de las pretensiones de EMSAPUNO se encuentran aquellas destinadas a buscar el mismo efecto que pretendió obtener al emitir la Resolución de Gerencia General No. 041-2007/EMSAPUNO-GG (...). La intención de EMSAPUNO al emitir dicha Resolución era retrotraer los efectos de EL Contrato al momento anterior a la Recepción Provisional de la Obra sin Observaciones, de modo tal que tuvieran la posibilidad de decidir a su libre antojo la no recepción de la Obra hasta que ésta se modificara según lo que EMSAPUNO llama el «expediente original» (página 2 y 3 del escrito de contestación de reconvencción). "(...) la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG a través de la cual EMSAPUNO declaró nula la Resolución N° 069-2006-EMSAPUNO (liquidación de EL Contrato) carece de toda validez legal y no resulta oponible a CONCYSSA" (página 1 del escrito de alegatos de CONCYSSA)

292. Por su parte, y sobre la misma materia, EMSAPUNO ha señalado lo siguiente: "CONCYSSA S.A. no posee la facultad de poder inferir la ineficacia o nulidad de una Resolución Administrativa (Acto Administrativo); siendo además que la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG, no contraviene ningún Principio del Derecho Administrativo, ha sido emitida por Órgano Competente; y si bien es unilateral, ello no implica de manera alguna Arbitrariedad o Contradicción al Derecho" (página 3 y 4 del escrito de contestación de demanda). No sólo ello sino que de la página 6 a la 24 del escrito de contestación de demanda, EMSAPUNO fundamenta ampliamente las razones por las cuales la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-

EMSAPUNO-GG habría sido expedida conforme a derecho. "Si bien es cierto, la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG es unilateral; ello se debe a que a través de la misma, ante el agravio del Interés Público (entendido como concreta y adecuada prestación de los servicios de saneamiento de ésta ciudad), y en ejercicio del Derecho de «Autotutela» que ostenta la Administración Pública; se ha materializado la Institución Jurídica Administrativa de la «Nulidad de Oficio», por medio de la «Función Administrativa Revisora del Estado» (...). La Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG no contraviene ningún Principio Administrativo; toda vez que ha sido emitida dentro del marco legal previsto y las facultades atribuidas a la Administración Pública (...)" (páginas 2 y 3 del informe final de EMSAPUNO del 25 de junio el 2010)

293. Asimismo, el Tribunal deja constancia de que la validez y eficacia de la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG fue una de las materias tratadas de manera expresa por las partes durante la Audiencia de Ilustración de fecha 11 de mayo del 2009.
294. En conclusión, un pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre la validez y eficacia de la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG no genera indefensión a las partes, pues se trata de una materia ampliamente debatida al interior del proceso. Por el contrario -y según como se han venido desarrollando las actuaciones arbitrales- un pronunciamiento sobre tal materia se hace ineludible y necesario, por haberlo propuesto así las mismas partes.

• **Respecto de la validez de la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG**

295. Ahora bien, habiendo determinado la legalidad y necesidad de un pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto de la validez y eficacia de la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG, conviene empezar a realizar su análisis concreto. Cabe advertir que el Tribunal Arbitral no se avocará al análisis de cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes, sino sólo de aquellos que considera relevantes y que le han generado convicción sobre la materia controvertida.

296. A dichos efectos conviene dividir el análisis en dos puntos claramente diferenciados: a) respecto de la competencia de EMSAPUNO para expedir la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG; y b) en caso ser competente, analizar si EMSAPUNO ha cumplido con todos los requisitos legales para expedir dicha resolución.

• **Respecto de la competencia de EMSAPUNO para expedir la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG**

297. De conformidad con las reglas de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aplicable de manera supletoria, a la solución de la presente controversia, los ámbitos competenciales están claramente delimitados en cuanto a la modalidad de solución de controversias. Así: durante la etapa de selección del contratista le corresponde la aplicación plena de la legislación administrativa y la modalidad de solución de controversias es igualmente administrativa, los árbitros no tienen ninguna competencia para dilucidar controversia alguna de la etapa

administrativa pre contractual de la contratación. Ella es puramente administrativa y se rige por la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) y el sistema de impugnaciones ante el Tribunal del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en su momento, sin perjuicio de la habilitación a un contencioso-administrativo en caso en que se busque una impugnación judicial.

298. Sin embargo, durante la etapa de ejecución contractual, precluye la etapa administrativa previa y opera exclusivamente (y de manera obligatoria para ambas partes) el arbitraje como modalidad de solución de controversias que para el efecto es exclusivo y excluyente (lo es, más aún cuando en este caso aplicamos la LGA que define con estas palabras a la jurisdicción arbitral). En este marco, **¿si EMSAPUNO pretendía desconocer el Acuerdo Amistoso del 15 de agosto de 2006 y la Resolución N° 069-2006-EMSAPUNO, correspondía que ésta recurra a la figura de la nulidad administrativa de oficio?**

299. Al respecto, el Tribunal tiene en cuenta que, como ha señalado anteriormente, El Contrato no se rige exclusivamente ni de manera prioritaria por la LCAE, su reglamento o la Ley N° 27444. El Contrato se remite, en primer lugar, al *“Contrato de préstamo, de aporte financiero y de ejecución del Proyecto”*, y al *“Acuerdo Separado al Contrato de Préstamo, de Aporte Financiero y de Ejecución del Proyecto de Octubre del 2000”*. La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento y la Ley N° 27444 son únicamente de aplicación supletoria a este caso. Pues bien, **¿cuál fue el fundamento o base legal para la expedición de la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG?**

300. Según la propia la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG, ésta se fundamentó primordialmente en el artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444). En efecto, la misma Resolución señala lo siguiente: “Que, siendo así y a fin de deslindar responsabilidades y salvaguardar los intereses de la EPS. EMSAPUNO S.A. y el Estado Peruano, resulta necesario que la autoridad o funcionario competente, al amparo del art. 10, 11 concordante con **el art. 202 de la Ley 27444**, declare la **nulidad de los actos administrativos inválidos** (...).

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- **Declarar de oficio, la nulidad** de los siguientes actos administrativos (...)”(Énfasis añadido al original)

301. Ahora bien, el artículo 202° de la Ley N° 27444 es la que regula la nulidad de oficio de los actos administrativos, y dispone en su parte pertinente lo siguiente: “Artículo 202.- Nulidad de oficio
202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público. (...)”

302. En este contexto, cabe preguntarse **¿era aplicable al presente caso lo dispuesto en el artículo 202° de la Ley N° 27444?** Conforme indica El Contrato en el acápite c) de la cláusula segunda es aplicable la “Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General **en forma supletoria**”. (Énfasis añadido al original). Es decir, sería aplicable la Ley N° 27444, y específicamente su artículo 202°, únicamente en el caso de que

exista un vacío legal en la normativa de primer rango aplicable y conformada por el “Contrato de Préstamo, de Aporte Financiero y de Ejecución del Proyecto (...), así como lo estipulado en el Acuerdo Separado, las Normas para la Contratación de Adquisiciones de la Agencia Financiera y las condiciones establecidas en las Bases de Licitación”. Pues bien, **¿existió un vacío en las normas de primer orden aplicables al caso que facultaron a EMSAPUNO el empleo de la nulidad de oficio?** El Tribunal considera que la respuesta a esta interrogante es negativa.

303. De conformidad con lo señalado por la propia EMSAPUNO, la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG fue expedida de manera **“unilateral”** (página 2 del informe final de EMSAPUNO del 25 de junio el 2010) y en virtud de su derecho de **“autotutela”** (página 3 del escrito de contestación de demanda) y es precisamente ello lo que estaba vedado en virtud de las propias normas del la KfW y de El Contrato. En efecto, como lo manifiesta la propia demandada, ante una controversia sobre la validez y eficacia de diversos actos celebrados con ocasión de la obra materia de EL Contrato, EMSAPUNO optó por recurrir a sus prerrogativas como entidad, sin reparar que las normas de la KfW y El Contrato ya establecían mecanismos para resolver dichos conflictos.

304. Así, las “Normas del KfW para Adquisiciones en el Marco de la Cooperación Financiera de la República Federal de Alemania con Países en Desarrollo” (Anexo 5 al Contrato Separado de Préstamo) señala en su punto 2.10 lo siguiente: “2.10 Arreglo de controversias. Aparte de una cláusula sobre la legislación aplicable al Contrato, las condiciones generales de EL Contrato

deberán contener disposiciones para el **Arreglo de controversias**. A este respecto normalmente se establecerá que las partes, después de fracasar en su intento de llegar a un Acuerdo Amigable, **o bien se someterán a un arbitraje internacional** - p. ej. el tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el tribunal de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional (United Nations Commission on International Trade Law) - **o nombrarán un árbitro cada uno**, que juntos a su vez designarán un tercer árbitro, formándose así un tribunal de arbitraje ad hoc que muchas veces procederá según las normas de procedimiento del tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional". (Énfasis añadido al original)

305. Por su parte, El Contrato es enfático al señalar que:

- a. "Vigésima Tercera: Arbitraje
- b. Frente a **cualquier divergencia o controversia de cualquier índole** no solucionada amigablemente entre EMSAPUNO y el CONTRATISTA en relación al Contrato o de la ejecución de la Obra, EMSAPUNO o el CONTRATISTA
- c. Podrán, dentro de los treinta (30) días después de cerradas las negociaciones directas, hacer que la cuestión en disputa sea sometida a arbitraje, de acuerdo al siguiente procedimiento; conviniéndose por las partes contratantes que **éste es el único y exclusivo para definir las divergencias y/o controversias** antes especificadas.
- d. El Tribunal Arbitral estará conformado por un árbitro designado por EMSAPUNO, otro por el CONTRATISTA y el

tercer miembro deberá ser nombrado por ambos árbitros designados por las partes, quien asumirá las funciones de presidente del Tribunal Arbitral. En caso de no ponerse de acuerdo en designar al tercer árbitro dentro de un plazo de cinco (05) días calendario cualquiera de las partes solicitara al CONSUCODE la designación.

- e. Si la parte notificada no designara un árbitro dentro de los cinco (5) días calendario desde su notificación, constituirá una negligencia y la parte solicitante del arbitraje podrá pedir al Juzgado Civil de Puno para el nombramiento de un árbitro que represente a la otra Parte.*
- f. (2) La decisión del Tribunal Arbitral será inapelable y definitiva para ambas partes, las cuales deberán cubrir los costos del arbitraje por igual.*
- g. Se aplicara supletoriamente la Ley General de Arbitraje". (Énfasis añadido al original)*

306. En suma, las *Normas del KfW* establecen que las controversias se deben resolver necesariamente mediante un Acuerdo Amigable, y en última instancia, mediante arbitraje. Por su parte El Contrato es mucho más preciso y establece que ante **"cualquier divergencia o controversia de cualquier índole"**, será el mecanismo del arbitraje el **"único y exclusivo para definir las divergencias y/o controversias"**. (Énfasis añadido al original).

307. Evidentemente, los diversos cuestionamientos que EMSAPUNO realizó a (i) la Resolución N° 037-2006-EMSAPUNO/GG, (ii) al Acuerdo Amigable de fecha 15 de agosto de 2006, (iii) al Acta de Recepción Provisional de la obra; y, especialmente, (iv) a la

Resolución N° 069-2006-EMSAPUNO que aprobó la liquidación final califican como “divergencia o controversia” derivada de El Contrato. Por ello el “único y exclusivo” medio para resolverlos era, en primer lugar, un Acuerdo Amigable o, en su defecto, un arbitraje.

308. En conclusión, EMSAPUNO obvió absolutamente el procedimiento para solucionar controversias entre las partes establecido en las normas del KfW y El Contrato al que se había obligado y procedió de manera “unilateral” y ejerciendo “autotutela” al expedir la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG, lo cual le estaba vedado. En tal sentido, EMSAPUNO carecía de “competencia” para declarar la nulidad de sus propios actos y, como consecuencia de ello, para expedir la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG. EMSAPUNO, entonces, no se encontraba ante una “vacío” que diera lugar a la aplicación “supletoria” del artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444). Esta última norma, era pues, inaplicable al presente caso.

303. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral considera que la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG (que a su vez declaró nula la Resolución que aprobó la liquidación de la obra) carece de validez y eficacia al contravenir las normas de la KfW y del propio CONTRATO.

- **Respecto de los requisitos legales para que las entidades declaren la nulidad de oficio de sus actos**

304. Ahora bien: en el supuesto negado por el Tribunal de que el artículo 202° de la Ley N° 27444 fuese aplicable supletoriamente al presente caso y que EMSAPUNO, por tanto, hubiese sido competente para pronunciarse sobre la nulidad de sus propios actos, se debe determinar si se han cumplido los requisitos legalmente establecidos para ejercer tal facultad. Con este propósito el Tribunal se pregunta **¿cómo se encuentra regulada la declaración de nulidad de oficio de actos administrativos de acuerdo con nuestro ordenamiento vigente?**

305. La Administración ostenta tres mecanismos de revisión de oficio de los actos administrativos que ella expide: (i) la nulidad de oficio, (ii) la rectificación de errores materiales y (iii) la revocación. En relación al primero de ellos, el artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) establece que la Administración puede declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo, aún cuando este haya quedado firme, siempre que agravie el interés público. Textualmente dicha norma establece lo siguiente: "*Artículo 202.- Nulidad de oficio*

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario.

202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, no pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio. Sólo procede demandar su nulidad ante el Poder Judicial, vía el proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes a contar desde la fecha en que el acto quedó firme”.

306. Sobre el particular, señala la referida ley que la declaración de nulidad de oficio procederá en los casos en los cuales la validez del acto administrativo se encuentre afectada, debiendo encontrarse fundamentada, además, en el interés público. Así, en la medida que a través de la declaración de nulidad de oficio la Administración busca “restaurar la legalidad”, anulando un acto administrativo que altera o contraviene el sentido del ordenamiento, el Tribunal considera que esta potestad encuentra su fundamento precisamente en el interés público comprometido

en la vigencia de la juridicidad, es decir, en la salvaguarda del principio de legalidad²³.

307. Así, en tanto que mediante la nulidad de oficio se intenta resguardar el interés público, para el Tribunal la nulidad de oficio se constituye en un verdadero poder-deber de la Administración²⁴. Sin embargo, conviene reconocer que se trata al mismo tiempo de una potestad exorbitante de la Administración, razón por la cual es regulada con particular precisión por parte del legislador a fin de evitar la arbitrariedad en la que se podría incurrir.

- **Respecto de la nulidad de oficio y el debido procedimiento**

308. En atención a ello, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 202° de la Ley N° 27444, el legislador ha previsto la sujeción de la nulidad de oficio al estricto cumplimiento de determinados **requisitos**. El primer requisito exigido por la citada Ley radica en que la nulidad de oficio sólo procede respecto de actos que padecen vicios de nulidad de pleno derecho por las causales contempladas en el artículo 10°, que agravien el interés público.

309. Por otro lado, y aunque la Ley N° 27444 no lo señala expresamente en su artículo 202°, para la validez de un acto que declare la nulidad de oficio resulta necesario que la Administración siga un procedimiento en el que se otorguen las **garantías mínimas de un debido procedimiento**.

²³ COMADIRA, Julio Rodolfo. *La anulación de oficio del acto administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1998, p. 55-58.

²⁴ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley No. 27444*. En: AAVV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Lima: Ara Editores, 2003. p. 257.

administrativo al administrado interesado en la conservación del acto cuya nulidad se pretende declarar.

310. Como sabemos, esta premisa encuentra su fundamento en distintas disposiciones de la Ley N° 27444. En primer lugar, podemos afirmar que se funda en el numeral 5) del artículo 3° de dicha Ley, norma que establece expresamente que es requisito de validez de los actos administrativos que estos se dicten dentro de un **procedimiento regular**. Del mismo modo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 161° de la misma, en los actos de gravamen (los actos extintivos de derechos) contra algún administrado, la resolución debe dictarse sólo después de haberse otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las pruebas que estime pertinente y sólo cuando los efectos de la nulidad afecten negativamente a los administrados²⁵.

311. De otro lado, para el Tribunal, la obligación de la Administración de permitir al administrado el ejercicio de su derecho de defensa deriva del **derecho constitucional al debido proceso**, el mismo que, como sabemos, se extiende a todo tipo de sede. Este derecho constitucional ha sido reconocido, además, por la Ley N° 27444 como uno de los principios rectores del procedimiento administrativo²⁶.

²⁵ "Artículo 161 de la Ley N° 27444.- Alegaciones

161.1 Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.

161.2 En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo".

²⁶ "Artículo IV de la Ley N° 27444.- Principios del procedimiento administrativo

312. Por lo demás, este criterio ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Prueba de ello es el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, en Sentencia del 24 de Setiembre de 1999, aquel en el cual reconoció que al señor Ivcher no se le permitió ejercer su **derecho a la defensa**, ni se le notificó de la revocación de su título de nacionalidad, sino que solo se pronunció una "Resolución Directoral" con la que le quitaron dicho título.
313. Asimismo, la doctrina ha sido enfática al reconocer la necesidad de resguardar el derecho de defensa en estos casos. En ese sentido, se ha reconocido que: *"El principio audi et alteram partem, en virtud del cual **no puede irrogarse un perjuicio sin antes dar la oportunidad de que el afectado sea oído**, constituye, como se sabe, una de las piezas esenciales en la inteligencia del procedimiento administrativo (...)"*²⁷. (Énfasis añadido al original)
314. Del mismo modo, en sede nacional, se afirma concretamente que:

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

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" (Énfasis añadido al original)"

²⁷ CIERCO SEIRA, César. La nueva regulación del derecho de audiencia en los procedimientos administrativos comunitarios vinculados a la protección de la competencia. En: Revista de la Administración Pública N° 155, Madrid, 2001, p. 253.

- a. *"No obstante, que la norma no lo indique expresamente, deriva razonablemente del **principio del debido procedimiento administrativo** y de los artículos 3.5, 161.2, 187.2, que **ninguna autoridad administrativa podrá dictar una anulación de oficio, sin otorgar anteladamente audiencia al interesado** para que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad del acto que le reconoce derechos o intereses"*²⁸. (Énfasis añadido al original)

315. Por otro lado, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido expresamente la obligación de la Administración de permitir al administrado ejercer su derecho de defensa aún en los casos de anulaciones de oficio. Así, en la Sentencia recaída en el Expediente No. 0884-2004-AA/TC (Caso Eusebia Buendía Fernández), haciendo suyo el criterio de la doctrina, reconoció que:

- a. *"En el presente caso, aun cuando la emisión de la citada resolución afectaba derechos e intereses de la actora, no se le ha concedió a ésta la oportunidad de defenderlos. Así, si bien es cierto que la norma atributiva de la potestad de anulación (artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General) no lo indica expresamente (...) deriva razonablemente del principio del debido procedimiento administrativo y de los artículos 3.5, 161.2, 187.2, que ninguna autoridad administrativa podrá dictar una anulación de oficio, sin otorgar anteladamente audiencia al interesado para que pueda presentar sus argumentos a favor de la*

²⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001. p. 538.

sostenibilidad del acto que le reconoce derecho o intereses. Adicionalmente a ello, la resolución anulatoria de oficio debe ser notificada a los administrados concernidos a fin de que tengan la posibilidad de controlar su legalidad".²⁹

316. Por las razones antes expuestas, a fin de resguardar el principio de debido procedimiento administrativo, ninguna autoridad administrativa puede declarar la nulidad de oficio de un acto sin antes otorgar al administrado interesado un **plazo adecuado** para que éste efectúe sus descargos y pueda ejercer su **derecho de defensa** respecto de la sostenibilidad del acto cuya nulidad se pretende declarar. En otras palabras, la declaración de nulidad de oficio de una resolución administrativa sin haber concedido de manera previa al administrado perjudicado el derecho a defenderse, afecta la garantía del debido procedimiento.

317. En el presente caso, conforme lo indica EMSAPUNO en su contestación de demanda durante la Sesión Ordinaria de su Directorio, de fecha 07 de mayo del año 2007, **luego de escuchar los informes técnicos N° 004-2007-EMSAPUNO S.A. y N° 012-2007-EMSAPUNO S.A. y la opinión legal N° 001-2007-EPS-EMSAPUNO/ALE**, dicho Directorio acordó encargar al Gerente General declarar la nulidad de oficio de los siguientes actos administrativos: (i) Acuerdo Amigable de fecha 15 de Agosto del 2006, (ii) Resolución de Gerencia General N° 037-2006-EMSAPUNO-GG, (iii) Recepción Provisional Sin Observaciones de fecha 31 de Julio del 2006, y (iv) Resolución de Gerencia General N° 069-2006-

²⁹ Fundamento Tercero de la referida sentencia.

EMSAPUNO-GG. Textualmente la respectiva Acta de Continuación de Sesión Ordinaria de Directorio, de fecha 07 de Mayo del año 2007, señala:

a. *"Luego de absueltas algunas consultas, intercambio de posiciones y opiniones, el Directorio ACUERDA: 1) Habiendo tomado conocimiento de los Informes Técnicos y Opinión Legal, se le encarga al Gerente General declarar de oficio, la nulidad de los siguientes actos: (...)” (página 2 de la mencionada Acta que obra como anexo 1-F del escrito de contestación de demanda).*

318. Por su parte la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG expresa:

- a. *"VISTO:*
- b. *La opinión Legal Nro. 001-2007-EPS. EMSAPUNO/ALE, del asesor Legal Externo, el Informe del Órgano de Control Interno N° 011-2007-EMSAPUNO S.A.-OCI, los Informes de la Unidad Ejecutora N° 004-2007-EMSAPUNO S.A.-UE, N° 012-2007-EMSAPUNO S.A.-UE y N° 014-2007-EMSAPUNO S.A.-UE; y,*
- c. *CONSIDERANDO"*

319. En consecuencia, de ambos documentos se desprende claramente que EMSAPUNO, al decidir declarar la nulidad de los actos en cuestión, únicamente tuvo en consideración "opiniones legales" e "informes técnicos", pero no se le brindó a CONCYSSA la oportunidad de cuestionar dichos documentos y mucho menos de pronunciarse previamente sobre las pretendidas nulidades. Por tanto, este Tribunal considera que la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG carece de eficacia al

contravenir el derecho de defensa de CONCYSA y el debido procedimiento administrativo.

- **Respecto de la nulidad de oficio y el principio de jerarquía**

320. Por otro lado, el artículo 202º de la Ley N° 27444 establece como regla general que la competencia para declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo corresponde siempre al **superior jerárquico** del órgano que emitió el acto cuya nulidad se pretende declarar. La única excepción a esta regla ocurre cuando el órgano que emitió el acto administrativo que se pretende anular no cuenta con superior jerárquico, en cuyo caso, será él mismo el encargado de la anulación de oficio.

321. El fundamento de esta regla se encuentra en la necesidad de que sea un tercero **distinto** a quien emitió el acto administrativo aquel que declare su nulidad. En ese sentido, se busca que a la autoridad que tenga la potestad de declarar la nulidad de oficio le sea más fácil reconocer el vicio pues se asume que si el autorizado para su anulación fuera el propio órgano que la emitió no resultaría tan sencillo que éste reconozca el error en el que él mismo habría incurrido.

322. En otras palabras, como puede apreciarse, resulta más **eficiente** que el superior jerárquico sea quien a través de la potestad de declarar la nulidad de oficio de un acto administrativo **controle** al órgano subordinado que lo emitió, antes que permitir que sea el mismo órgano que emitió el acto, quien advierta su error y sea quien se controle a sí mismo.

323. Por su parte, el principio de **jerarquía** ha sido definido como un principio de organización que establece una ordenación específica de diversos órganos en el seno de una organización y da lugar a unas relaciones orgánicas de **subordinación y dependencia** entre ellos³⁰. Asimismo, se afirma que la jerarquía constituye un principio que determina un sistema estructurado de carácter piramidal de los órganos administrativos, en virtud del cual los superiores dirigen y fiscalizan a los inferiores para conseguir la unidad de actuación del conjunto, en orden a garantizar el cumplimiento de los fines que el ordenamiento les atribuye³¹.
324. En ese entendido, se ha advertido que conforme a este principio, los órganos de la Administración Pública deben estar **jerárquicamente ordenados** y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos, de manera que los órganos de inferior jerarquía estén sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública³².
325. Como consecuencia de la existencia de una relación jerárquica, se generan determinados poderes en la figura del superior jerárquico, entre los que la doctrina³³ destaca: (i) El poder de impulso de la actividad de los órganos inferiores, así como de dirección de la misma, bien a través de órdenes singulares, bien mediante normas de carácter interno, tales como instrucciones

³⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Apuntes de Derecho Administrativo. La organización administrativa en general*, Madrid: Universidad de Madrid, 1982. pp. 75-76.

³¹ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2000. p. 28.

³² BREWER-CARIAS, Allan R. *Derecho Administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 57.

³³ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Op. Cit.* pp. 77-78.

o circulares; (ii) El poder de inspección y de vigilancia sobre la actividad de los inferiores; (iii) El poder de suplir, desde luego y cuando tal suplencia proceda, a los titulares de los órganos inferiores; (iv)

326. El poder de operar transferencias en el ejercicio de competencias respecto de los órganos inferiores; (v) El **poder de control** sobre la actuación de los órganos inferiores, tanto por lo que hace a sus actos como por lo que respecta a los titulares de los mismos; y (vi) El poder de resolución sobre la competencia de los órganos inferiores y de los conflictos de esta naturaleza suscitados entre los mismos.

327. Pues bien, en el presente caso los actos cuya nulidad se declaró (a saber: 1. Acuerdo Amigable de fecha 15 de Agosto del 2006, 2. Resolución de Gerencia General N° 037-2006-EMSAPUNO-GG, 3. Recepción Provisional Sin Observaciones de fecha 31 de Julio del 2006, y 4. Resolución de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO-GG) fueron expedidos o celebrados por la Gerencia General de EMSAPUNO. Para el Tribunal, de ser aplicable en forma supletoria, la nulidad de oficio regulada en el artículo 202° de la Ley N° 27444, tendría que haber sido declarada por un superior jerárquico de la Gerencia General. ¿Se cumplió tal requisito?

328. De conformidad con su Estatuto Social (anexo 1-E del escrito de contestación de demanda) EMSAPUNO tiene los siguientes órganos: *"Artículo 17°.- Son órganos de la sociedad: la Junta General de Accionistas, el Directorio y la Gerencia General"*. Siendo que cada uno de dichos órganos tiene las siguientes facultades:

- a. *"Artículo 18°.- La Junta General de Accionistas es el órgano de mayor jerarquía de la sociedad, esta integrada por representantes de las Municipalidades Provinciales de Puno, Chucuito-Juli, el Collao-Ilave, y de la Municipalidad Distrital de Desaguadero, designados por acuerdo de sus respectivos concejos"*
- b. *"Artículo 45°.- El Directorio tiene representación y la administración de la sociedad; y ejercerá los derechos y las atribuciones necesarias para la dirección de éstas, exceptuándose tan sólo las facultades reservadas por la Ley General de Sociedades o por el presente estatuto a la Junta de Accionistas"*
- c. *"Artículo 48°.- El Gerente General es el ejecutor de todas las disposiciones del Directorio y tiene la representación de la sociedad para actos y Contratos de la administración ordinaria. Asimismo decide el manejo de la sociedad cumpliendo las políticas y estrategias que señala el Directorio y la Junta General de Accionistas"*

329. De las citadas disposiciones se desprende que los órganos de mayor jerarquía que la Gerencia General son a) la Junta General de Accionistas y; b) el Directorio.

330. No obstante, en relación al concepto de jerarquía, conviene precisar que este puede ser usado cuando menos en dos acepciones, las mismas que denominaremos *jerarquía en sentido lato* y *jerarquía en sentido estricto*.

331. De un lado, la **jerarquía en sentido lato**, se limitaría a explicar la estructura piramidal que se configura al interior de determinada entidad u organización. En ese sentido, esta clase de jerarquía hace referencia a las relaciones que existen entre cada uno de los órganos de una entidad en relación a los demás, desde una perspectiva vertical.
332. De este modo, el titular de una entidad sería en todos los casos quien se sitúe en el máximo nivel de jerarquía de aquella, el superior jerárquico de todos los demás órganos que se encuentren subordinados o alineados debajo de él en la estructura piramidal de la entidad.
333. De otro lado, la **jerarquía en sentido estricto**, explicaría las relaciones entre diversos órganos que cuentan con la misma **competencia material** al interior de una misma entidad, pero que integran instancias distintas (jerárquicamente diferenciadas) en el marco de la regulación para la tramitación de determinado procedimiento administrativo. En ese entendido, podemos afirmar que el órgano que conoce un procedimiento administrativo en segunda instancia sería el superior jerárquico *en sentido estricto* de aquel que resolvió la solicitud de un administrado en primera instancia.
334. En el caso en cuestión, el superior jerárquico en sentido estricto; es decir, el que actúa como "segunda instancia", es el Directorio de EMSAPUNO. Ello se deriva del mismo Estatuto de EMSAPUNO que señala:

a. "Artículo 45.- (...) Las principales atribuciones de Directorio son:

- b. Resolver en **última instancia administrativa** los recursos presentados por los postores (...)
- c. Otras acciones que el CONSUCODE exige decisión de la **máxima autoridad de la Entidad** contratante en las licitaciones de obras públicas (...)(Énfasis añadido al original)

335. Consecuentemente, de ser aplicable el artículo 202° de la Ley N° 27444, les hubiera correspondido al Directorio de EMSAPUNO declarar la nulidad de oficio de los actos cuestionados. No obstante fue la misma Gerencia General la que expidió la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG, incumpliendo de ese modo el principio de jerarquía.
336. Al respecto EMSAPUNO justifica que ha sido el Directorio, quien su sesión del 07 de mayo del año 2007, decidió declarar la nulidad de oficio de la aprobación de la liquidación final de la obra (entre otros actos) y que el Gerente General simplemente ejecutó tal decisión. No obstante ello no justifica el hecho de que formalmente ha sido el mismo órgano de la entidad quien expidió el acto y ese mismo órgano lo declaró nulo, lo cual está vedado por la norma antes vista. Asimismo, la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG en ninguno de sus fundamentos indica que el Gerente General está obrando en nombre y por cuenta de una orden del Directorio.
337. En suma, aún cuando fuere aplicable al presente caso la nulidad de oficio recogida en el artículo 202° de la Ley N° 27444, la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG sería inválida por haber contravenido el principio de jerarquía.

- **Respecto de la validez del Acuerdo Amigable y del Acta de Recepción Provisional de la Obra**

338. Además de la causales formales (afectación del debido procedimiento administrativo, afectación al principio de jerarquía e inobservancia del convenio arbitral) por las cuales este Tribunal Arbitral considera que la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG es ineficaz, es pertinente analizar las causales de fondo que dieron lugar a que se expida dicha resolución, a fin de determinar la eficacia de los actos cuestionados.

339. Sobre al particular la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG señala en su parte pertinente lo siguiente:

a. *“Que, la Gerencia General de aquel entonces (...) **sin tener autoridad, competencia ni autorización** procedió a recepcionar la obra mediante el «Acta de Acuerdo Amigable». (...) Además, **el cambio de especificación** decidido por el contratista, referido al incumplimiento del objetivo central, es decir contar con un rendimiento determinado de caudal de diseño, **no son materia de solución de controversias por medio de mecanismo de conciliación o arbitraje mucho menos por el de Acuerdo Amigable.***

b. *Por ultimo, con el **Acta de Acuerdo Amigable**, de fecha 15.08.06, se habría pretendido **resolver hechos no conciliables** (art. 2 y art. 9 – Ley 26872) **ni arbitrables***

(art. 1 inc. 3 Ley 26572) por cuanto ellos tendrían presunción dolosa (...).

- c. Que, estos hechos constituyen actos contrarios a las cláusulas de EL Contrato (Tercera - no se cumplió con las especificaciones del proyecto, Quinta - en las valorizaciones no se aplicó deductivos, Octava - no se cumplió con los plazos, Décima - No se cumplió con la recepción ni se levantó las observaciones, Décima primera - No se aplicó penalidades, Décima Quinta - No se aplicó el requerimiento de resolución de Contrato, etc.), el Acuerdo Separado, Normas para la Contratación de Consultores y Normas para la contratación y adquisiciones en el marco de la Cooperación Financiera Oficial con países en desarrollo, así como lo dispuesto en la Ley 26850 (art. 48) y su Reglamento (art. 147, 149, 152, 163 y 164), porque no se cumplió debidamente con la supervisión, no se aplicó penalidades, se inobservó el plazo de ejecución de obra, la recepción de la obra fue irregular y la liquidación presentada contiene omisiones". (Énfasis añadido al original)

340. Asimismo, en la contestación de demanda, EMSAPUNO agregó que la nulidad de la resolución de Gerencia General N° 069-2006-GG/EMSAPUNO de fecha 21 noviembre del 2006, fue declarada por contravención de los numerales 1) y 2) del artículo 10° de la Ley N° 27444 por haberse conculcado normas de carácter imperativo (Resolución de Contraloría General de la República N° 072-98-CG y los artículos pertinentes de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento).

341. Por tanto, EMSAPUNO señala como las principales causales de nulidad específicamente las siguientes: (i) incompetencia de la Gerencia General para recepcionar la obra mediante el Acuerdo Amigable, y (ii) la imposibilidad de conciliar o arbitrar las materias contenidas en el Acuerdo.

342. Respecto del procedimiento para la recepción del obra: Según EMSAPUNO, la Recepción de la obra debió ser efectuada en estricta sujeción al procedimiento contenido en el artículo 163° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado,; procedimiento que incluía una serie de actos previos para llegar finalmente a una determinación sobre la recepción de la obra. Dicha norma señala en su parte pertinente lo siguiente:

- a. *"Artículo 163.- Recepción de obra.-*
- b. *A través de su residente, el contratista solicitará en el Cuaderno de Obra la recepción de la misma, indicando la fecha de culminación. El inspector o supervisor en un plazo no mayor de cinco (5) días comunicará este hecho a la Entidad.*
- c. *En un plazo máximo de siete (7) días de recibida la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, **la Entidad procederá a designar un Comité de Recepción de Obra**, el cual estará integrado, por lo menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.*

d. En un plazo no mayor de veinte (20) días de realizada su designación, **el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento** de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos (...)”(Énfasis añadido al original)

343. En palabras de EMSAPUNO, no sólo se habría incumplido el trámite para la recepción de la obra, sino que además, ésta sólo podía ser recibida por parte del Comité de Recepción y no mediante un Acuerdo Amigable suscrito por el Gerente General (quien no tendría facultades para dicho acto).

344. Sobre el particular, cabe señalar que -como lo ha manifestado el Tribunal anteriormente- el mencionado Reglamento y, en particular, su artículo 163° sólo son de aplicación al presente caso de manera supletoria, es decir, en caso de vacío en la aplicación de las normas de mayor rango. Ahora bien, ¿existía un vacío respecto de las normas de recepción de la obra?

Sobre la recepción de la obra, las Condiciones Generales Administrativa que forma parte de las Bases de la Licitación Pública Internacional N° 002-2003-EMSAPUNO S.A. (anexo 1-P del escrito de contestación) señalan en su punto 19.2 lo siguiente:

- a. “19.2 Recepción provisional y definitiva de la obra, planos post construcción
- b. Una vez que el Contratista haya solicitado la Recepción Provisional de las Obras construidas, el Supervisor conjuntamente con el Contratista y **representantes de la**

Entidad Contratante, procederá a realizar una inspección de las obras, para verificar si ésta ha sido ejecutada de acuerdo a los planos y especificaciones.

- c. (...) Después de la verificación, se elevará un Acta de Recepción Provisional de las obras, en la que se indicará claramente el estado final de la construcción. El Acta será firmada por **la Entidad Contratante**, el Supervisor y el Contratista (...). (Énfasis añadido al original)

345. Por su parte, sobre este mismo punto El Contrato, en su cláusula décima, señala:

- a. "Décima: Recepción de la Obra
- b. Según los documentos de Licitación, **EMSAPUNO realizará**, en un primer acto, **la "Recepción Provisional con observaciones de la OBRA Construida"**, de ser el caso, luego de haberse concluido con todos los trabajos en su totalidad y de haberse efectuado con éxito la prueba de funcionamiento de sus instalaciones, tal como lo indican las especificaciones técnicas.
- c. El Contratista contará con treinta (30) días calendario para levantar estas observaciones, contados a partir del día siguiente de la fecha del primer acto; para luego realizar en un segundo acto la "Recepción Provisional sin observaciones de la OBRA Construida". A partir de esta fecha, se entrará en el periodo de conservación de la OBRA, que tendrá una duración de un (1) año calendario; una vez concluido este periodo, se procederá a la Recepción Definitiva y se elaborará el "Certificado Final de Terminación de la Obra Construida". (Énfasis añadido al original)

346. En suma, en primer lugar, el Tribunal estima que el procedimiento para la recepción de la obra se hallaba suficientemente regulado en las normas antes citadas, que hacía innecesaria la aplicación supletoria del artículo 163° de el mencionado Reglamento (pues no hay vacío alguno). Asimismo, y específicamente sobre el argumento de EMSAPUNO, las normas citadas señalan simplemente que la recepción se debía realizar por “representantes de la Entidad Contratante”, dejando en total libertad de ésta el decidir como nombrar a dichos “representantes”. En otras palabras, para el Tribunal no existía ningún mandato legal imperativo que obligará nombrar un “Comité de Recepción” o, más aún, que únicamente éste último podía recibir la obra. En este marco, bien pudo haberse determinado que el Gerente General, en tanto representante de EMSAPUNO, procede a recepcionar la obra.

347. Respecto de la competencia de la Gerencia General para celebrar el “Acuerdo Amigable”: Al respecto el propio Estatuto de EMSAPUNO establece que el Gerente General tiene las siguientes facultades: “Artículo 48°.- *El Gerente General es el ejecutor de todas las disposiciones del Directorio y tiene la representación de la sociedad para actos y Contratos de la administración ordinaria.* Asimismo decide el manejo de la sociedad cumpliendo las políticas y estrategias que señala el Directorio y la Junta General de Accionistas” (Énfasis añadido al original)

a. “Artículo 51.- Las principales atribuciones del gerente general son:

b. **Celebrar y ejecutar los actos y Contratos relativos al**

objeto social y otros que estuvieren dentro de sus facultades o que le fueren delegados por el directorio.

- c. *Designar a los jefes de oficina de la empresa.*
- d. *Dirigir las operaciones comerciales, administrativas y de ejecución de las operaciones sociales que se efectúen.*
- e. *Organizar el régimen interno de la sociedad. expedir la correspondencia. cuidar que la contabilidad este al día, documentos y operaciones de la sociedad y las disposiciones para el correcto funcionamiento de la misma (...)"(Énfasis añadido al original)*

348. En estas estipulaciones estatutarias se sustentan las facultades que ostenta el Gerente General para representar a EMSAPUNO en todo tipo de Contratos relativos al objeto social de la Entidad como lo es respecto de la contratación de obras de saneamiento. De hecho fue el Gerente General el que suscribió El Contrato. Por lo tanto, no habría impedimento para que suscriba también un Contrato (como lo es el Acuerdo Amigable) por el cual se resuelven determinadas controversias nacidas de la ejecución de la obra. Por el contrario, si bien el "Comité de Recepción" podía recibir la obra, no está facultado a resolver controversias relativas a la obra; es decir, este Comité no tenía facultades para llevar adelante negociaciones respecto a las controversias que podrían suscitarse.

349. Respecto de la arbitrabilidad de las materias objeto del "Acuerdo Amigable": Conforme se desprende de este documento (anexo 1-H de la demanda) las materias que fueron objeto de acuerdo fueron:
- el cambio del material de filtro utilizado en la obra,
 - el caudal de rendimiento de la galería filtración,

- el afloramientos de agua provenientes de la galería filtrante, y
- la prueba de bombeo continuo.

350. Como se puede colegir, para el Tribunal las mencionadas materias eran connaturales a El Contrato y, en tal sentido, susceptibles tanto de una solución amistosa entre las partes como de arbitraje, pues están plenamente contenidas en los alcances del convenio arbitral que señala:

"Vigésima Tercera: Arbitraje

*Frente a **cualquier divergencia o controversia de cualquier índole** no solucionada amigablemente entre EMSAPUNO y el CONTRATISTA en relación al Contrato o de la ejecución de la Obra, EMSAPUNO o el CONTRATISTA". (Énfasis añadido al original)*

Respecto del Acta de Recepción Provisional de la Obra del 31 de julio del 2006: Por su parte, la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG deja entrever que el Acta de Recepción Provisional de la Obra (anexo 1-J de la demanda) sería igualmente nula por haber recepcionado la obra sin haberse cumplido con la implementación de la sectorización. Al respecto la mencionada Acta señala: *"No se efectuaron Pruebas de Funcionamiento de los 14 sectores que demuestran el objeto de EL Contrato, toda vez que La Entidad y el Contratista precisan que estas pruebas de control no son parte del presupuesto contractual, quedando eximida de cualquier responsabilidad el Comité de Recepción de Obra".*

351. Sobre el particular, la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG no indica cuál sería la causal específica para declarar la nulidad de esta Acta de Recepción Provisional de la Obra, con mayor razón si la misma no deja dudas de que las partes (entidad y contratista) estaban de acuerdo sobre un aspecto de El Contrato (como lo es la sectorización). Si EMSAPUNO y CONCYSSA estuvieron de acuerdo sobre los alcances de El Contrato, no puede EMSAPUNO, posteriormente, y de manera unilateral pretender desconocer un acuerdo, pues según la doctrina de los actos propios nadie puede ponerse en contradicción con su conducta anterior. Ello prohíbe, bajo las reglas de la buena fe contractual que una de las partes desarrolle una conducta incompatible con la que ha ejecutado anteriormente de manera deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.
352. Al respecto, el doctor Manuel De la Puente y Lavalle señala que la buena fe es considerada en forma consensual por la doctrina como un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico³⁴. En otras palabras, la buena fe es la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil. La buena fe ha de cumplirse en consecuencia no sólo por los imperativos éticos que le son inherentes sino, fundamentalmente, porque es una obligación que impone a las partes en la ejecución

³⁴ **PÉREZ GALLARDO**, Leonardo B., "Buena Fe y Común Intención de las Partes, Artículo 1362". En: *Código Civil Comentado por los 100 Mejores especialistas*. Torno VII. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 132.

de los contratos, conforme lo prevé el artículo 1362° del Código Civil³⁵

353. El principio de la buena fe se aplica para dar cuenta de relaciones de confianza y honestidad entre las partes que justifican relaciones de transparencia y honradez entre ellas. Todo ello con el propósito de mantener un grado de confianza que permita cumplir con las obligaciones contractuales o admitir los comportamientos en el marco administrativo, incluyendo respeto por las legítimas expectativas que se derivan de los contratos, lo que en doctrina se denominan 'los actos propios' y que son una consecuencia natural del principio de la buena fe³⁶. La llamada doctrina de los actos propios consiste en proscribir la conducta contradictoria de una parte en El Contrato prohibiendo a las partes decirse y desdecirse pues con ello se viola la buena fe.
354. Sobre el particular, Ortiz Caballero³⁷ afirma que esta doctrina - citada frecuentemente bajo la expresión latina *venire contra fatum proprio non valet*- supone la obligación de las partes de comportarse de acuerdo a la buena fe adhiriéndose a la doctrina

³⁵ "Artículo 1362°.- Buena fe y común intención de las partes.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes"

³⁶ Para la jurista Cecilia O'Neill de la Fuente, "(...) el sustento de la doctrina de los actos propios es el principio de la buena fe porque su propósito es fomentar que las personas actúen de modo coherente, sancionando a quienes incurran en contradicciones." **O'NEILL DE LA FUENTE**, Cecilia. "El cielo de los conceptos jurídicos versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios." En: *Themis. Revista de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, N° 51, p. 47.

³⁷ **ORTIZ CABALLERO**, René. "La Doctrina de los Actos Propios en el Derecho Civil Peruano". En: *Revista "Derecho"*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: diciembre de 1991, pp. 273 - 274.

nacional desarrollada por Manuel De la Puente y Lavalle³⁸ y aplicada tanto en sede judicial como en sede administrativa. Ello, se reafirma si, como veremos más adelante con ocasión de la tercera pretensión de la reconvencción, El Contrato no contemplaba que la llamada sectorización debía ser de cargo de CONCYSSA.

355. De otro lado,, no se evidencia ninguna contravención a los artículos 2° y 9° de la Ley de Conciliación (Ley N° 26872)³⁹ o al numeral 3) del artículo 1° de la Ley General de Arbitraje⁴⁰, puesto que no se trata de materias que hallen dentro del ámbito penal o que, *per se*, interesen al orden público. Ergo, carece de fundamento el parecer de EMSAPUNO de que las mencionadas materias no serían conciliables ni arbitrables. Teniendo en cuenta

³⁸ **DE LA PUENTE Y LAVALLE**, Manuel. "La Doctrina de los Actos Propios". En: Anuario de la Academia Peruana de Derecho. Lima: 1990, pp. 159-169.

³⁹ Artículo 2.- Principios.- La Conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía.

Artículo 9.- Materias conciliables.- Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes. También lo son las que versen sobre alimentos, régimen de visitas, tenencia, liquidación de sociedad de gananciales y otras que se deriven de la relación familiar. El conciliador tendrá en cuenta el interés superior del niño.

La conciliación en materia laboral se lleva a cabo respetando la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución y la ley.

No se someten a conciliación las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas. En las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos o faltas, será facultativa en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme. (Texto vigente al momento de expedirse la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG)

⁴⁰ Artículo 1.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto: (...)

3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.

lo expuesto tampoco se evidencia causales de nulidad de la Resolución N° 069-2006-EMSAPUNO.

- **Respecto del pago de la liquidación de la obra**

356. En virtud de lo argumentado hasta este punto, es posible para el Tribunal Arbitral determinar de manera precisa la procedencia del pago de la liquidación de la obra solicitada por CONCYSSA. Al respecto, las Bases de la licitación (anexo 1-P del escrito de contestación) establecen: *"19.5 Liquidación final*

La liquidación final deberá incluir todos los ítems para los cuales el Contratista tenga derecho a ser remunerado según los términos de El Contrato y que no hayan sido previamente pagados (...).

(6) Recibida sin objeciones la Valorización Final de Pago por la Entidad Contratante, ésta solicitará al Contratista la presentación de la Garantía de Buena Ejecución de Obra según Contrato y, a su entrega devolverá al Contratista la Garantía de Cumplimiento de EL Contrato. Caso contrario, la entidad Contratante ejecutará en su favor la Garantía de Cumplimiento de Contrato. 19.7 Certificado Final de Terminación de las Obras y Devolución de las Garantía de Buena Ejecución (...)(5) Con al emisión de este certificado y luego de todos lo descuentos que por fallas o deficiencias en la ejecución hubieran sido descontados, se procederá a la devolución del total o saldo de la Garantía de Buena Ejecución".

357. Por su parte, El Contrato señala: *"El monto definitivo que se liquidará a favor del CONTRATISTA será el resultado de la aplicación de los precios unitarios de la propuesta aceptada a los*

volúmenes de trabajo realmente ejecutados, tomando en cuenta lo previsto para variaciones y/o cambio de cantidades, según lo establecido en el punto 14.3 de las Condiciones Administrativas de las Obras, después de la recepción final de carácter provisional de la obra”.

358. En este marco legal, se expidió la Resolución de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO que en su parte pertinente señala: “Que, con oficio N° 034-2006- EMSAPUNO/UE de fecha 10 de Noviembre del 2006, la Unidad Ejecutora comunica al Consorcio GITEC-SERCONSULT, que habiéndose finalizado el proceso de recepción provisional de las obras, de acuerdo a la legislación vigente se está presentando la liquidación final de obra, que habiéndose revisado la misma, se (sic) **encontrándose conforme a la normatividad y reglamentación vigente** (...)Que, con el Informe N° 074-2006-EMSAPUNO/UE, de fecha 21 de Noviembre del 2,006, **la Unidad Ejecutora** comunica que habiéndose efectuado un **análisis detallado del expediente técnico de liquidación de obra**, presentado por contratista CONCYSSA S.A. y aprobado previamente por el Consorcio Supervisor GITEC-SERCONSULT, **considera que el mismo se ha elaborado respetando la normatividad vigente** (...)Que, conforme se señala en la Opinión legal N° 23-2006-EMSAPUNO/AL, de fecha 21 de Noviembre del 2,006, **la Oficina de Asesoría Legal** de la Entidad EMSAPUNO S.A. da su opinión favorable sobre la procedencia de la aprobación del Expediente técnico de la Liquidación Final de obra. Por lo tanto **considera pertinente proceder a su aprobación** mediante la expedición de la resolución de Gerencia General correspondiente (...)

SE RESUELVE:

*Artículo Primero.- **APROBAR** el Expediente Técnico (III Tomos) de la **Liquidación final** de la Obra Late N° 02 correspondiente "Obras de Rehabilitación y Ampliación de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de la Ciudad de Puno" y su respectivo Presupuesto; cuyo detalle desagregado se adjunta en el Anexo N° 01 parte integrante de la presente Resolución y cuyo monto total es de S/. 471,531.37 (...)"*. (Énfasis añadido al original).

359. En suma, la liquidación de la obra no sólo se encontraba debidamente aprobada por la Resolución de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO, sino que además se contó con la opinión favorable de la propia Unidad Ejecutora de EMSAPUNO, del Supervisor de la Obra (el Consorcio Gitec-Serconsult) y de la Oficina de Asesoría Legal de EMSAPUNO, lo cual -para el Tribunal- no hace sino ratificar la validez de tal resolución.

- **Respecto el monto pendiente de pago**

360. Al haberse determinado la existencia y exigibilidad de la obligación cuyo cobro se solicita, le correspondía a EMSAPUNO la prueba de su pago, de conformidad con el artículo 1229° del Código Civil que señala: *"Artículo 1229°.- La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado"*

361. No obstante en el presente caso, EMSAPUNO no ha cuestionado el no pago del saldo de la liquidación de la obra, sino, por el contrario, ha justificado su incumplimiento en la supuesta nulidad de la Resolución que aprobó la liquidación.

362. Por otro lado, conforme a la Resolución de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO, se aprobó la liquidación final de EL Contrato con un saldo por pagar a favor del CONCYSSA por la suma de S/. 471,531.37. No obstante, en el escrito de demanda se solicita el pago de un monto menor ascendente a la suma de S/. 211,428.73, de donde se entendería que EMSAPUNO ha realizado amortizaciones del monto inicialmente aprobado. Al respecto, si bien las partes no se han manifestado de manera expresa, se debe tener en cuenta que, en todo caso, el monto solicitado (ascendente a S/. 211,428.73) no ha sido negado por EMSAPUNO, de donde deriva que se trata de un monto no controvertido.
363. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que la Primera Pretensión de la demanda debe ser declarada fundada y, en consecuencia se ordene a EMSAPUNO que cumpla con el pago inmediato de S/. 211,428.73 (doscientos once mil cuatrocientos veintiocho con 73/100 Nuevos Soles) que adeuda a CONCYSSA, como saldo de la liquidación final de la obra.

- **Respecto del pago de intereses**

364. CONCYSSA adicionalmente al pago del saldo de la liquidación de la obra, ha solicitado también que dicho monto sea *"incrementado con el interés respectivo"*, por lo que se debe analizar si corresponde también proceder a al pago por dicho concepto.
365. El artículo 134° de el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señala, respecto al pago de intereses, lo siguiente: *"Artículo 134.- Plazos para los pagos.- (...) Cuando los*

*pagos se realicen contra valorizaciones, éstas deberán ser periódicas de acuerdo a lo establecido en EL Contrato y tendrán el carácter de pagos a cuenta. **El contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en los Artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil** en caso de retraso en el pago, contado desde la oportunidad en que éste debió efectuarse"* (Énfasis añadido al original)

366. Por tanto, resulta pertinente remitirse las normas generales del derecho civil sobre el pago de intereses para determinar si corresponde el pago por dicho concepto en este caso.
367. El término interés es definido como el provecho, beneficio, utilidad, ganancia, lucro o réditos de un capital⁴¹. A saber de la doctrina económica y legal, el interés se define como el rendimiento paulatino que devenga un capital, en función a su importe y al tiempo transcurrido, sea como retribución por el uso del dinero o como compensación por la demora en el pago. Cabe destacar las siguientes características de los intereses: (i) son frutos o productos; (ii) se deben en virtud a una relación obligatoria, ya sea contractual o legal; (iii) constituyen una deuda de carácter pecuniario, es decir los intereses deben ser pagados en dinero; (iv) presuponen la existencia de una acreencia sujeta a rendimiento; este es un requisito inherente a todo supuesto, ya que si no hay acreencia no puede haber un interés; y (v) son una obligación de carácter accesorio a la obligación principal de entrega o devolución del capital.

⁴¹ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1953. p. 411.

368. Nuestra legislación prevé dos tipos de interés aplicables a toda operación de crédito: (i) el interés compensatorio; y, (ii) el interés moratorio.

369. **Interés compensatorio:** El artículo 1242° del Código Civil contiene una definición de este tipo de intereses, estableciendo que: "El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien (...)".

a. Se entiende entonces por interés compensatorio el rendimiento de un capital por el transcurso del tiempo. Dado que el uso o disfrute del dinero u otro bien perteneciente a un tercero proporciona un beneficio, resulta lógico que deba pagarse una prestación a cambio.

370. **Interés moratorio:** De acuerdo con el mencionado artículo 1242 del Código Civil, el interés: "Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago". Los intereses moratorios constituyen una sanción o penalidad que tiene por objeto resarcir al acreedor los daños y perjuicios que el deudor le causa con el cumplimiento tardío de su obligación.

371. Asimismo, los daños y perjuicios causados al acreedor no requieren ser probados a fin de que opere la obligación de pagar intereses moratorios. Por el contrario, en la mora los daños y perjuicios se presumen *juris et de jure*. La razón es que todo capital sujeto a rendimiento, por su propia naturaleza, genera frutos con el transcurso del tiempo, por lo que el solo hecho del

retardo en el pago importa la privación de réditos al acreedor, es decir, un daño y perjuicio que debe ser resarcido. En suma, la inejecución de obligación de dar suma de dinero genera intereses moratorios desde que el deudor incurre en mora, **sin que sea necesario para ello que se pruebe la existencia de daños y perjuicios.**

372. Por su parte, existen dos tipos de interés en función a su origen:
373. **Interés legal:** Es aquel que nace por imperio de la ley, es decir, cuando es la ley la que impone al deudor la obligación de pagar intereses; deber que subsiste aun cuando las partes involucradas no hubiesen convenido su aplicación.
374. Lo mismo ocurre con los intereses moratorios, cuyo pago es obligatorio en caso de constituirse en mora, aun cuando su aplicación no haya sido convenida por las partes, conforme se desprende de lo dispuesto en los artículos 1246º y 1324º del Código Civil.
375. **Interés convencional:** Es aquel que existe, no por estar ordenado por la ley, sino por haber sido establecido previamente por el común acuerdo entre las partes de una relación jurídica obligacional en ejercicio de su autonomía contractual.
376. Ahora bien, el Tribunal tiene presente que **la mora no es equivalente al mero retraso.** En tal sentido, no basta con que el deudor simplemente incurra en un retardo para que los intereses moratorios se devenguen. Además del retraso *per se* (elemento objetivo), es necesario que el mismo sea imputable al

obligado y sea también antijurídico, es decir, que obedezca a culpa, ya sea leve o grave, o dolo por parte del obligado (elemento subjetivo). Por consiguiente, si es que el deudor prueba que el retraso se debió a un caso fortuito o de fuerza mayor, o que hay ausencia de culpa debido a que actuó con la diligencia ordinaria requerida, el deudor no estará obligado al pago de intereses moratorios, en concordancia con lo previsto en los artículos 1314° a 1317° del Código Civil.

377. Adicionalmente, **el Código Civil exige la intimación** (elemento formal) para que se configure la mora, la cual consiste en que el acreedor le haya requerido al deudor, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación, salvo en aquellos casos en que el Código taxativamente señala que no se requiere intimación, y en que, por lo tanto, la mora es automática. Al respecto, el Código Civil prescribe lo siguiente en su artículo 1333°:

a. *“Artículo 1333.- Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación”*

b. *No es necesaria la intimación para que la mora exista:
Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.*

Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.

Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.

Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor"

378. Por consiguiente, es a partir del momento en que el obligado es constituido en mora, que se empiezan a computar los intereses moratorios y se hace exigible la obligación de pagarlos
379. En el presente caso, si bien CONCYSSA solicita el "interés respectivo" no ha cumplido con señalar de qué tipo de interés se trata. Es decir, no se ha establecido en este caso si es que existe un interés compensatorio o moratorio que haya sido pactado. Asimismo, no se indica en la demanda cuándo se produjo la intimación en mora de EMSAPUNO y desde qué fecha se empezarían a computar los mencionados intereses. Por su parte en el escrito de "Argumentos Finales" de CONCYSSA de fecha 9 de julio del 2010, se señaló que al saldo de la liquidación de EL Contrato se debía incrementar "los respectivos intereses compensatorios y moratorios calculados hasta la fecha de pago"; sin embargo, tal afirmación no fue desarrollada, no existiendo elementos ni pruebas para considerar que se ha pactado algún tipo de interés compensatorio o moratorio.
380. En este contexto, resultan aplicables de los artículos 1246° y 1324° del Código Civil que señalan: "Artículo 1246°.- Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal"

"Artículo 1324.- Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin

necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios”

381. En virtud de tales artículos, y en tanto en el presente caso no se ha acordado el pago de un interés compensatorio, ni moratorio, producida la mora deberá devengarse el interés legal en calidad de interés moratorio⁴².
382. Ahora bien, ¿desde cuando se debe empezar a computar el pago de intereses legales? El artículo 1333° del Código Civil, antes citado, establece que el obligado incurre en mora desde que el acreedor exija el pago judicial o extrajudicialmente. En este caso, no se ha demostrado ni fundamentado que se haya hecho un requerimiento extrajudicial con anterioridad a la interposición a la demanda objeto de este proceso arbitral. En tal sentido, se debe entender que la intimación en mora ha surtido efectos recién desde la interposición de la demanda arbitral realizada el día 14 de mayo del 2008.
383. En suma, el Tribunal Arbitral considera que debe declararse procedente el pago de intereses y ordena que EMSAPUNO cumpla con pagar el interés legal correspondiente, calculados desde el 14 de mayo del 2008, hasta la fecha efectiva de pago.

• **Respecto de la segunda pretensión de la demanda y su pretensión accesorio**

⁴² OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. *Tratado de las obligaciones*. Tomo VI. Lima: PUCP, 1996 p. 206

“Que el Tribunal Arbitral ordene la inejecución y declare la extinción de la Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79 otorgada por el Banco Continental como garantía de Buen Funcionamiento de las obras ejecutadas por CONCYSSA”.

“Que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO devolver a CONCYSSA la mencionada carta fianza N° 0011-09010-9800109234-79, en un plazo máximo de 24 horas contadas a partir de la notificación del laudo arbitral, y que, en su defecto, se asuma de pleno derecho que vencido el plazo establecido, la carta fianza ha sido devuelta para todos sus efectos”.

- **Posición de CONCYSSA**

384. En El Contrato se establecieron 3 garantías bancarias que fueron oportunamente entregadas por CONCYSSA. Estas garantías fueron: (i) **Garantía de Anticipo:** en respaldo del monto otorgado anticipadamente por la KfW; (ii) **Garantía de Cumplimiento:** que se mantuvo vigente hasta 30 días después de producida la Recepción Provisional de la Obra; y (iii) **Garantía de Buena Ejecución:** que fue otorgada una vez devuelta la Garantía de Cumplimiento y que se mantuvo vigente hasta el 30 de julio del 2007, fecha en la que se habría cumplido un año calendario contado a partir de la Recepción Provisional de la Obra.

385. El Contrato habría previsto la entrega de tres garantías distintas, en respaldo de 3 tipos de obligaciones diferentes. En tal sentido, mientras que la Garantía de Anticipo respaldaba el uso adecuado del dinero otorgado de manera anticipada como adelanto; la Garantía de Cumplimiento

respaldaba la ejecución de las obras y el cumplimiento de las obligaciones del contratista; y la Garantía de Buena Ejecución garantizaba la conservación de la obra, sirviendo de respaldo para aquellos casos en los que se presentara alguna falla no advertida en la obra ya terminada o algún vicio oculto por repararse.

386. Habiéndose cumplido con ejecutar a satisfacción de EMSAPUNO las obras materia de El Contrato, se dio inicio al periodo de conservación de la obra (de un año contado a partir de la Recepción sin observaciones). Dicho plazo ya habría vencido, y correspondería a EMSAPUNO la devolución de la Garantía de Buena Ejecución.

- **Posición de EMSAPUNO**

387. De conformidad con la cláusula décimo tercera de El Contrato, las garantías tienen la calidad de renovables, irrevocables y de ejecución automática a favor de la entidad. En la misma cláusula y en el punto II, se establece que en caso el contratista se negara a reparar o corregir los defectos encontrados en la obra y que se deban a una deficiente ejecución de esta, se harán efectivas las garantías de cumplimiento y buena ejecución. Sin perjuicio además, del ejercicio de cualquier otra acción para cubrir montos mayores.

388. Habiéndose declarados nulos los actos de recepción de obra provisionales sin observación, todo lo actuado se retrotrae, al estado de procederse a una recepción provisional sin observaciones de obra: etapa que concluida con la

conformidad de la entidad, da lugar recién a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento y genera la emisión de una garantía de buena ejecución. En el caso materia de análisis no se contaría con la garantía de cumplimiento que tendría que estar vigente. CONCYSSA pretende la devolución de la única garantía que EMSAPUNO tiene para salvaguardar los defectos y omisiones encontrados en la obra, a través de diferentes procesos de revisión e incluso acciones de control de la Contraloría General de la República.

- **Análisis de la segunda pretensión de la demanda y su pretensión accesoria**

389. Sobre este punto en concreto, El Contrato establece claramente en su cláusula décimo tercera lo siguiente:

"Décima Tercera: Garantías Bancarias y Seguros (...)

XIII-II Garantías de Cumplimiento de Contrato y de Buena Ejecución (...)

(...) la Garantía de Buena Ejecución de Obras, con validez de un (1) año calendario a partir de la fecha de dicha Recepción provisional de la Obra Construida (...).

La Garantía de Buena Ejecución de obras será devuelta al CONTRATISTA al año calendario y después de la Recepción Definitiva de la OBRA y siempre que se constate que se cumplió con todas las exigencias de EL Contrato y términos de las Condiciones Administrativas de obras; caso contrario, será retenida hasta la reparación de los defectos establecidos en la OBRA, los que deberán ser subsanados, corregidos o reparados por el CONTRATISTA a medida que los mismos

sean constatados y comprobados, para evitar que EMSAPUNO haga efectiva esta garantía en cualquier momento o se la consolide en su favor” (Énfasis añadido al original).

390. En el presente caso, y conforme a lo argumentado respecto de la primera pretensión de la demanda, se ha comprobado que se ha producido válidamente la recepción provisional de la obra, habiendo transcurrido más de un año desde dicha recepción. . Específicamente, dicho año se venció el 30 de julio del 2007. Asimismo, EMSAPUNO no ha argumentado que se existen defectos no reparados por CONCYSSA distintos a los que fueron materia de las observaciones ya levantadas. En tal sentido, y conforme la cláusula contractual citada en el punto anterior debe ser devuelta la garantía de buena ejecución.

391. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que la segunda pretensión de la demanda debe ser declarada FUNDADA y, en consecuencia se declara la inejecución y extinción de la Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79, presentada como garantía de buena ejecución.

392. Asimismo, el Tribunal Arbitral declara FUNDADA la pretensión accesoria a la segunda pretensión de la demanda y, en consecuencia, ordene a EMSAPUNO devolver a CONCYSSA la mencionada Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79.

- **Respecto de la tercera pretensión de la demanda**

393. *“Que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO el pago de una indemnización ascendente a la suma de S/. 500,000.00 (quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) por el daño emergente y el daño a la imagen ocasionados a CONCYSSA”.*

- **Posición de CONCYSSA**

394. CONCYSSA habría sufrido una serie de daños patrimoniales y extrapatrimoniales cuyo resarcimiento solicita. Específicamente CONCYSSA habría sido víctima de dos clases de daño: El primero de carácter **patrimonial** (daño emergente) y el segundo de carácter **extrapatrimonial** (daño a la imagen y la reputación).

395. **Daño emergente:** En el presente caso, dentro del concepto de daño emergente, CONCYSSA habría sufrido los siguientes daños:

396. CONCYSSA, durante todo el proceso de conservación de la obra, se habría visto obligada a asumir una serie de **gastos de viajes, viáticos, gastos de asesoría legal**, entre otros que ascenderían a la suma de S/. 79,864.19.

397. CONCYSSA se habría visto obligada a contratar **informes técnicos de primer nivel** para evaluar de manera imparcial y objetiva las características y el funcionamiento de las obras ejecutadas, pagando a los ingenieros responsables la suma de S/. 26,901.95.

398. CONCYSSA se habría visto obligada a **mantener vigente la**

carta fianza de buena ejecución hasta la fecha, aun cuando de acuerdo al Contrato solo debía mantenerla vigente hasta el 30 de julio de 2007. Mantener dicha carta fianza hasta la fecha, habría significado un costo financiero ascendente a la suma de S/. 22,465.82.

399. Para mantener vigente la carta fianza, CONCYSSA habría tenido que **inmovilizar sus cuentas** hasta por casi dos millones de soles, con la consecuente pérdida de utilidad y costo de oportunidad de este capital. Ello significaría una pérdida por costo de oportunidad del orden de entre el 10% y 15% anual, que se debería reconocer. En tal sentido, el costo de oportunidad por inmovilización del dinero oscilaría entre S/. 192,501.17 y S/. 288,751.76.

400. **Daño a la imagen:** Las conductas de EMSAPUNO habrían generado importantes daños a la imagen y reputación de CONCYSSA. Las difamaciones de las que CONCYSSA habría sido objeto han determinado que ésta vea menoscabada su imagen. Esta pretensión indemnizatoria, con relación al perjuicio generado a la imagen de CONCYSSA se valora entre S/. 80,000.00 y S/. 170,000.00.

- **Posición de EMSAPUNO**

401. Habiéndose demostrado que el incumplimiento atribuido a EMSAPUNO no habría existido, no concurrirían los elementos de la responsabilidad civil, al no existir el elemento de antijuridicidad. CONCYSSA tampoco habría definido si los supuestos daños y perjuicios ocasionados por EMSAPUNO se

encuentran en el ámbito de una responsabilidad civil contractual o extracontractual.

402. Las actuaciones referidas por CONCYSSA -y que a juicio de su defensa serían conductas dolosas que habrían causado daños y perjuicios- serían actuaciones que a EMSAPUNO le están permitidas por ley y dentro de su función administrativa que le correspondería como empresa de derecho público.
403. Se cita también que una de las conductas difamatorias de EMSAPUNO, habría consistido en citar a la demandante al foro parlamentario, en donde supuestamente se le han imputado hechos falsos. En este extremo, se debería tener en cuenta que fue responsable de la cita el congresista Yony Lescano Ancieta y no EMSAPUNO.
404. Respecto de las publicaciones efectuadas por EMSAPUNO, la demandante presenta copias de recortes periodísticos que contendrían informaciones de carácter genérico y que obedecerían al seguimiento de las acciones de control y revisión que la gestión actual debía realizar al recibir la Administración de la Empresa, hecho que no estaría prohibido por ley.
405. CONCYSSA no habría acreditado la confluencia de los elementos de la responsabilidad civil contractual, y por tanto no existirían fundamentos para argumentar que EMSAPUNO debe a la demandante una indemnización.

- **Análisis de la tercera pretensión de la demanda**

406. Como tercera pretensión CONCYSSA solicitó el pago de la suma de S/. 500,000.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios, que se habría generado en virtud de diversos incumplimientos contractuales por parte de EMSAPUNO.
407. Ahora bien, para que el Tribunal Arbitral pueda ordenar a EMSAPUNO el pago de una indemnización por supuestos daños y perjuicios causados a CONCYSSA, resulta necesario que se verifiquen, de manera concurrente, los siguientes elementos exigidos tanto por la doctrina, como por la legislación nacional: (i) la ocurrencia de un acto antijurídico generador de daños indemnizables; (ii) la existencia de un daño cierto causado a la parte perjudicada, lo cual debe estar debidamente acreditado; (iii) la existencia de un factor de atribución imputable a la conducta de EMSAPUNO y (iv) debe existir una relación de causalidad adecuada entre dicha la conducta antijurídica y el daño alegado.
408. **Respecto a la antijuricidad del acto** el análisis realizado anteriormente por el Tribunal en torno a la ineficacia de las resoluciones emitidas por la Gerencia General de EMSAPUNO declarando la nulidad del Acuerdo Amigable daría cuenta de la existencia de este primer elemento constitutivo de la responsabilidad por daños contractuales. Sin embargo, por ser uno de los elementos que tienen que concurrir en el análisis jurídico que haga el Tribunal, no es suficiente por lo que es necesario proseguir en el análisis para que los árbitros lleguen a una conclusión definitiva en términos de la indemnización solicitada por CONSYSSA.

409. **Respecto del daño:** CONCYSSA debe demostrar que ha sufrido un perjuicio real sobre su patrimonio y su imagen. A estos efectos, se debe verificar, de conformidad con los medios probatorios que obran en autos, si es que se ha acreditado este requisito.

410. De este modo, CONCYSSA ha alegado daños patrimoniales concretos como son lo siguientes:

- **Gastos de viajes, viáticos, gastos de asesoría legal**, entre otros que ascenderían a la suma de S/. 79,864.19.
- Contratación de **informes técnicos de primer nivel** para evaluar el funcionamiento de las obras ejecutadas, por la suma de S/. 26,901.95.
- **Mantenimiento de la vigencia de la carta fianza de buena ejecución hasta la fecha**, que habría significado un costo ascendente a la suma de S/. 22,465.82.
- La pérdida de **utilidad y costo de oportunidad** de CONCYSSA por la inmovilización de sus cuentas. El costo de oportunidad por inmovilización del dinero oscilaría entre S/. 192,501.17 y S/. 288,751.76.

411. Una vez delimitado el daño cuya reparación se solicita se debe analizar si éste se encuentra debidamente acreditado de los actuados en el presente proceso arbitral.

412. Para acreditar los mencionados daños CONCYSSA ha presentado los siguientes documentos:

- Respecto de los informes técnicos: 4 recibos profesionales por concepto de “peritaje en Puno” de setiembre y octubre del año 2007, por un monto total de S/. 26,901.95.
 - Respecto del mantenimiento de la carta fianza de buena ejecución: 5 estados de cuenta y 4 liquidaciones del BBVV Banco Continental de agosto del 2007 a abril del 2008, por un monto total de S/. 22,465.82.
 - Honorarios por arbitraje: 9 facturas y 1 nota de débito emitidas por el Estudio Cavero-Blumenfeld, Llosa & R. La Rosa Abogados S. Civil de R. L., por concepto de honorarios profesionales, de fechas junio 2007 a marzo del 2008, por un monto total de S/. 100,067.65 y US\$ 1,618.40.
 - Boletos de viajes: 13 boletos de avión expedidos por Lan Perú S.A. entre agosto del 2007 y abril del 2008, por un total de S/. 9,635.71.
 - Otros gastos: 39 recibos por diferentes conceptos emitidos entre julio del 2007 y abril del 2008, por un total de S/ 5,699.18.
413. En base a los documentos señalados, el Tribunal Arbitral no tiene dudas respecto de que se ha incurrido en gastos que evidencian un daño cierto y real al demandante. Sin embargo, ello no significa que este solo hecho genere algún tipo de responsabilidad para EMSAPUNO, siendo que es necesario la concurrencia de los otros elementos de la responsabilidad (factor de atribución y nexo causal).

414. Asimismo, no resulta pertinente pronunciarse en este punto sobre el **monto específico** al que ascenderían los daños reclamados, siendo que ello sólo tendrá relevancia de determinarse la responsabilidad de EMSAPUNO.
415. Por su parte, respecto de la pérdida de utilidad y el costo de oportunidad, CONCYSSA se ha limitado a señalar lo siguiente: *“el costo de oportunidad del capital de una empresa vinculada a la industria de la construcción, oscila entre el 10% y el 15%. En el escenario más conservador, una empresa dedicada al rubro de la construcción emplea su capital obteniendo una ganancia anual del 10% con niveles de eficiencia media. Sin embargo una empresa eficiente coma CONCYSSA, con más de 35 años en el mercado, maximiza su utilidad hasta en un 15% al año”* (página 39 del escrito de demanda). Sin embargo, no se ha acreditado con medio probatorio alguno dichas afirmaciones, mucho menos los pretendidos montos entre S/. 192,501.17 y S/. 288,751.76. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que los supuestos daños por pérdida de utilidad y costo de oportunidad no se encuentran acreditados, siendo innecesario mayor análisis sobre ellos.
416. Respecto de los daños a la imagen y reputación de CONCYSSA, se han adjuntado los siguientes documentos:
- La carta de citación de CONCYSSA al Congreso de la República.
 - Carta notarial N° 005-2007-EMSAPUNO en la que la Oficina de Control Institucional remite a CONCYSSA su Informe de Hallazgos.

- Diversas publicaciones periodísticas de diarios locales de la ciudad de Puno.
- Carta Notarial N° 034-2007-EMSAPUNO/GG, de fecha 10 de agosto de 2007, que EMSAPUNO remitió al Banco Continental en la que solicita la ejecución de la garantía de buena ejecución.
- Carta Notarial N° 038-2007-EMSAPUNO-GG en la que solicitan nuevamente la ejecución de la carta fianza otorgada como garantía de buena ejecución

417. Al respecto, si bien el Tribunal Arbitral considera que los daños a la imagen y la buena reputación a las personas jurídicas como CONCYSSA tienen pleno reconocimiento legal y debe propugnarse su tutela⁴³, en el presente caso, dichos daños no se encuentran acreditados puesto que todo daño debe ser cierto y real. Esto último no se desprende de la simple lectura de los documentos ofrecidos como prueba. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que los supuestos daños a la imagen y la reputación de CONCYSSA no han sido probados, siendo innecesario mayor análisis sobre ellos.

418. En virtud de lo señalado se debe proseguir el análisis de los elementos de la responsabilidad civil únicamente de aquellos daños que han sido demostrados; es decir, respecto de los gastos diversos y el mantenimiento de la carta fianza.

⁴³ "La persona jurídica también puede ser titular de situaciones jurídicas existenciales, como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, entre otros. En efecto. Se le pueden lesionar estos derechos a la persona jurídica si se hacen afirmaciones inexactas sobre ella, si se hacen juicios de valor negativos o si se viola su correspondencia". ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005. p. 200-201.

419. **Respecto del factor de atribución imputable a la conducta de EMSAPUNO:** CONCYSSA alega que la conducta antijurídica imputada a EMSAPUNO consiste en la negligencia de esta última al haber declarado la nulidad del Acuerdo Amigable y de la Resolución N° 069-2006-EMSAPUNO en la que se aprueba la liquidación final de las obra, negándose a su pago.
420. En suma, en este apartado se debe determinar si el actuar de EMSAPUNO ha sido llevado a cabo de manera diligente; es decir, sin mediar dolo o culpa. Sobre el particular el Tribunal Arbitral considera que *“en el concepto de culpa están incluidas tanto la voluntad de ocasionar el hecho lesivo (dolo) cuanto la negligencia, la imprudencia, la impericia, el incumplimiento de leyes, reglamentos, órdenes, regulaciones (culpa, en sentido estricto). La culpa, en otras palabras, es la violación de reglas de conducta que tienen como finalidad la salvaguardia de los derechos ajenos y que, de ser cumplidas, evitan hechos lesivos para terceros (culpa, en sentido lato)”*⁴⁴.
421. De este modo, se estima que el factor de atribución (dolo o culpa) se configura por la contravención de una norma legal o contractual, o más precisamente, por la contravención de un estándar de conducta fijado en base a un parámetro razonable.
422. El artículo 1329° del Código Civil establece, como regla general, que se presume que la inejecución de obligaciones (sea parcial, tardía o defectuosa) obedece a culpa leve del deudor⁴⁵. Siendo que

⁴⁴ CORSARO, Luigi. *Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano*. En: LEÓN HILARIO, Leysser (al cuidado de). *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ara, 2001. pp. 183-184.

⁴⁵ Artículo 1329 del Código Civil.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

en este caso la carga de la prueba de la culpa recae sobre el mismo deudor, quien debe demostrar que ha actuado con la diligencia debida.

423. Sobre el particular, y como se ha fundamentado al resolver la primera pretensión de la demanda, la nulidad de oficio del Acuerdo Amigable y de la Resolución que aprueba la liquidación de la obra, carecían de sustento jurídico, no debiendo negarse EMSAPUNO al pago del saldo de la liquidación. En tal sentido, el comportamiento descrito puede considerarse culposos, al haber contravenido las reglas contractuales y las normas legales detalladas con anterioridad.
424. De lo mencionado hasta este punto se puede concluir que se ha acreditado que EMSAPUNO ha actuado negligentemente respecto de la falta de cancelación del saldo de la liquidación de la obra. No obstante, se deben configurar los otros elementos para dar lugar a la responsabilidad civil de EMSAPUNO.
425. **Respecto del nexo de causalidad:** Este elemento de la responsabilidad civil (en este caso contractual) implica la existencia de un nexo entre el daño cuya reparación se solicita y la conducta ilícita que se atribuye a un determinado sujeto. Así, el nexo causal, entendido como causa adecuada, *“busca que se identifique como causa de un daño aquella que normalmente hubiera ocasionado ese tipo de daños en particular. Se busca identificar comportamientos que incrementan las posibilidades de un tipo de accidentes”* ⁴⁶.

⁴⁶ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Derecho y economía*. Lima: Palestra, 2003. p.521.

426. Este supuesto de la responsabilidad se encuentra regulado normativamente en el segundo párrafo del artículo 1321° del Código Civil en cuanto señala que: “El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, **en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución**”. (Énfasis añadido al original)
427. Ello aplicado a este caso significa que el daño sufrido por CONCYSSA debe ser una consecuencia “inmediata y directa” de la obligación contractual no ejecutada por EMSAPUNO. Específicamente, se debe determinar si el pago de gastos que se solicita fue causado por EMSAPUNO al haber incumplido con dos obligaciones claramente determinadas: a) el pago del saldo de la liquidación de la obra y b) la devolución de la carta fianza de buena ejecución.
428. En tal sentido, el Tribunal debe determinar si los daños comprobados -es decir, los gastos de viajes, viáticos, gastos de asesoría técnica y legal y gastos bancarios- pueden ser considerados una consecuencia “**inmediata y directa**” de las inejecuciones imputadas a EMSAPUNO.
429. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera que no existe nexo causal entre los gastos de viajes, viáticos, gastos de asesoría técnica y legal y la falta de pago del saldo de liquidación de la obra, puesto que dichos gastos no son una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento. En otras palabras, CONCYSSA pudo haber decidido simplemente no asumir dichos gastos. Se entiende que

CONCYSSA invirtió en dichos gastos buscando llegar a un arreglo con EMSAPUNO; sin embargo, tales gastos no son una consecuencia del incumplimiento.

430. Por otra parte, respecto de los gastos por la asesoría legal generados con ocasión del presente arbitraje, el Tribunal Arbitral considera que estos deben ser materia de análisis en el acápite referido a los gastos arbitrales.

431. Respecto del mantenimiento de la vigencia de la carta fianza de buena ejecución, el Tribunal Arbitral considera que éste sí es una consecuencia directa del incumplimiento de devolución de la mencionada garantía dentro del plazo pactado por las partes. Esa falta de devolución de la carta fianza por buena ejecución dio lugar a que dicha causa tenga que ser renovada, cumpliéndose el requisito del nexo causal entre el daño (los gastos bancarios) y el incumplimiento (la falta de devolución de la carta fianza).

432. En este orden de ideas, se deben resarcir los gastos por renovación de carta fianza debidamente acreditados. Al respecto CONCYSSA ofreció 5 estados de cuenta y 4 liquidaciones del BBVV Banco Continental emitidos entre agosto del 2007 a abril del 2008, por un monto total de S/. 22,465.82, por lo que dichos gastos se encuentran debidamente acreditados.

433. Por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral estima que la tercera pretensión de la demanda debe ser declarada FUNDADA en parte y, en consecuencia, ordena que EMSAPUNO cumpla con

pagar a CONCYSSA la suma de S/. 22,465.82 por concepto de indemnización.

- **Respecto de la primera pretensión de la reconvención y su pretensión accesoria**

434. *"Que el tribunal declare la NULIDAD del ACTA DE NEGOCIACION DE CONTRATO de fecha 03 de junio del 2004, que formaliza la incorporación de la propuesta técnica al Expediente Técnico de Rehabilitación de Redes del Método Sin Zanja y en este mismo extremo la nulidad de la cláusula novena del Contrato; dado que esta incorporación ha transgredido las formalidades previstas por el Contrato de Préstamo con el KFW (no objeción) y normas contenidas en la Resolución de Contraloría General de la República N° 072-98-CG. En consecuencia ordene que la demandante, ejecute la obra conforme al expediente técnico aprobado".*

435. *"Que (...) solicitamos que el Tribunal ordene el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados de hasta [S/. 841,324.28] nuevos soles, al haberse ejecutado la obra incumpliendo el Expediente Técnico y demás condiciones Técnicas y administrativas".*

- **Posición de EMSAPUNO**

436. EMSAPUNO pretende la declaración de nulidad del acta de negociación de contrato de fecha 03 de junio del 2004 (que formaliza la incorporación del método sin zanja), y la nulidad de la cláusula novena de EL CONTRATO. Ello en virtud del

artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que establece que es nulo el acto jurídico contrario al orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas. Así, en este caso se habrían vulnerado normas expresas de la Contraloría General de la República y el interés público.

437. Con la aplicación de la tecnología sin zanja se habría causado un daño patrimonial a EMSAPUNO, por lo que ésta solicita que CONCYSSA cumpla con lo estipulado originalmente en el Expediente Técnico o que se le indemnice por el daño patrimonial ocasionado con este cambio de la tecnología sin zanja.

438. Concretamente EMSAPUNO sustenta su pretensión en que la no objeción de la KfW fue posterior al acta de negociación que formalizó la incorporación de la propuesta técnica para la utilización del método sin zanja. En este contexto, sugiere que no se han cumplido las formalidades para la suscripción de EL CONTRATO y que como tal el Acta y la cláusula novena de EL CONTRATO serían nulas.

• **Posición de CONCYSSA**

439. EMSAPUNO sostendría que la vía de incorporación de la tecnología sin zanja es nula, lo que determinaría que su ejecución no sería válida. Siendo ello así, CONCYSSA estaría obligada a reemplazar las redes de agua utilizando tubos de PVC.

440. Asumiendo que sí existió algún vicio u omisión, tenemos que las tuberías rehabilitadas constituirían obras ejecutadas de manera indebida, pero aun así fueron recepcionadas por EMSAPUNO, con lo cual en aplicación de la teoría de los actos propios, a juicio de CONCYSSA, se habría superado cualquier vicio existente.
441. Para CONCYSSA, presumiendo que la invocación de EMSAPUNO estaría vinculada a la omisión de los requisitos del KfW para la suscripción del Contrato y aun cuando no se hubiese contado con la aprobación del KfW, no existe vicio de nulidad en tanto el Código Civil en estos casos exige que el documento que prescribe la formalidad (que en este caso sería la aprobación previa del KfW) señale que su omisión acarrea la nulidad del acto respectivo. Así, no existiría declaración en documento alguno que señale la nulidad del acto que no contenga la aprobación o No Objeción del KfW.
442. El contar o no con la No Objeción de la KfW sería competencia de la propia entidad (en este caso EMSAPUNO) y no del Contratista (CONCYSSA). CONCYSSA alega que sugirió y ofreció un método moderno y más adecuado a las necesidades de EMSAPUNO y ésta comunicó su aceptación de dicho método para su incorporación a EL CONTRATO.

- **Análisis de la primera pretensión de la reconvención**

443. Mediante la presente pretensión EMSAPUNO solicita la nulidad de dos actos claramente diferenciados:

- a) Acta de Negociación de Contrato de fecha 03 de junio del 2004, que formalizaría la incorporación de llamado Método Sin Zanja; y
- b) la cláusula novena de EL CONTRATO.

Dichos actos, en su parte pertinente, señalan textualmente lo siguiente:

"1. Considerando el Equipo mínimo propuesto del Contratista y los equipos necesarios para la nueva tecnología: redes sin zanja; el equipo a movilizar por el Contratista para la ejecución de la obra, está detallada en el anexo "A" adjunto al presente que es parte del Contrato" (Acta de Negociación del 3 de junio del 2004) (anexo 2-C de la reconvencción)

"Novena: Uso de tecnologías sin zanja

(1) Los trabajos de rehabilitación de tuberías se realizarán utilizando tecnologías sin zanja. Para el caso de la rehabilitación de tuberías de fierro fundido de agua potable se utilizara la "Limpieza y Revestimiento con mortero cemento", siempre y cuando se cumpla con las condiciones hidráulicas del proyecto; y para el caso de la rehabilitación de tuberías de alcantarillado y agua potable se utilizará «Fraccionamiento de tuberías o Cracking», de acuerdo a lo indicado en el Anexo N° 1". (Cláusula novena de EL CONTRATO)

444. Sobre este primer punto, el Tribunal toma en cuenta que, mediante comunicación de fecha 2 de abril del 2004, EMSAPUNO comunicó a la KfW el “Informe del Comité Especial y el cuadro de evaluación técnico económica de la LPI N° 003-2003-EMSAPUNO S.A. en el que se otorgó la Buena Pro provisional al postor CONCYSSA S.A. para su opinión y No Objeción”.

Dicha comunicación fue respondida por el representante de la KfW con fecha 6 de abril del 2004, señalando textualmente: **“damos nuestra NO OBJECCIÓN al resultado de la licitación del Lote 2”** (anexo 2-D de la reconvención).

445. Por otro lado, en el mismo mes de junio del 2004, CONCYSSA sustentó el uso de la denominada tecnología sin zanja conforme al Expediente Técnico respectivo (anexo 2-F de la reconvención). Es decir, ésta no habría contado con la **“no objeción”** de la KfW y por lo tanto no debía ser incorporada a EL CONTRATO, lo que contravendría las cláusulas 16.1 y 16.2 de las Condiciones Administrativas de la Licitación:

“16. CONTRATO

16.1 Formalización del Contrato

(1) En un lapso máximo de diez (10) días calendario después de la adjudicación, Entidad Contratante procederá a las negociaciones con el Postor favorecido, a efectos de elaborar la Minuta del Contrato de Ejecución de Obra. Si en el curso de as negociaciones, el Postor favorecido se colocara en una posición de

intransigencia en la negociación, o intentando sobrepasar los alcances y términos de su propuesta, perderá su derecho a la adjudicación de la obra (...)"

"16.2 Firma del Contrato

La Entidad Contratante enviará el documento al KfW para la consideración y aprobación respectiva y una vez obtenida la no-objeción del KfW, se firmará el Contrato entre la Entidad Contratante y el Postor ganador."

446. De una parte, para el Tribunal, conforme se desprende del texto del Acta de Negociación de Contrato de fecha 03 de junio del 2004, ésta no "formaliza" el uso de tecnología sin zanja, sino simplemente regula cuestiones secundarias referidas esencialmente al cambio del personal propuesto por CONCYSSA, situación que no tiene repercusión en la supuesta nulidad parcial de EL CONTRATO. Por tanto, el Tribunal considera que carece de objeto pronunciarse sobre la validez de esta Acta de Negociación de Contrato y sobre los argumentos de EMSAPUNO dirigidos a tal fin, por lo que el Tribunal Arbitral se avocará al análisis de la validez de la cláusula novena de EL CONTRATO.

447. Por otra parte, de la cláusula 16.2 de las Condiciones Administrativas de la Licitación se desprende que era una obligación exclusiva de EMSAPUNO comunicar a la KfW el documento conteniendo el texto del contrato a ser suscrito con CONCYSSA a efectos de solicitar su "no objeción". En efecto, las comunicaciones que obran como anexo 2-D de la

reconvención, en las que se solicita la no objeción, son comunicaciones privadas entre EMSAPUNO y la KfW. En tal sentido, de no haberse obtenido la no objeción de la KfW, ésta sería de entera responsabilidad de la misma EMSAPUNO. El Tribunal no puede admitir que EMSAPUNO puede solicitar la nulidad de EL CONTRATO basado en una omisión o negligencia de su parte.

448. Asimismo, el Tribunal considera que, en el supuesto de no haberse obtenido la “no objeción”, se trataría simplemente de un incumplimiento contractual por parte de EMSAPUNO que daría lugar a responsabilidad civil, más no a la nulidad de la cláusula novena de EL CONTRATO.

449. Por su parte, la cláusula sexta de EL CONTRATO (cuya validez y eficacia no ha sido cuestionada) señala textualmente lo siguiente:

“Con la opinión favorable de el Consultor, **la No Objeción del KfW** y la aprobación de EMSAPUNO, adicionalmente **las partes han convenido en la utilización de una tecnología especial (tecnología sin zanja)** para la ejecución de parte de la OBRA que conlleva una serie de mejoras operativas durante la ejecución de la misma, sin que signifique un mayor costo: conforme se acuerda en la Cláusula Novena”.
(Énfasis añadido al original)

Tal disposición contractual no deja dudas acerca de que la KfW dio su “no objeción” a la incorporación de la tecnología sin zanja a EL CONTRATO, por lo que se trata de una

modificación plenamente aceptada por todas las partes y legal y válidamente incorporada a la ejecución de la obra.

450. Finalmente, EMSAPUNO denuncia que la cláusula novena de EL CONTRATO es nula en virtud del artículo V del Título Preliminar y el artículo 219 del Código Civil que establecen:

Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: (...)

8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Ello en tanto se habría vulnerado normas de Contraloría General de la República.

451. Al respecto el Tribunal parte por analizar que “en el ordenamiento que rige las adquisiciones del Estado Peruano los contratos que se celebren se regulan en primer lugar por las **normas especiales** que establezcan la regulación administrativa de la materia y **solo supletoriamente por el Código Civil**”. En suma, para que sean de aplicación a este caso las normas citadas por EMSAPUNO para sustentar la nulidad solicitada, debe existir un vacío en las normas especiales. Pues bien ¿qué dice la LCAE sobre las nulidades?

La LCAE señala sobre el particular lo siguiente:

"Artículo 9.- Impedimentos para ser postor y/o contratista

Están impedidos de ser postores y/o contratistas:

a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los representantes al Congreso de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionales autónomos, hasta un año después de haber dejado el cargo; (...)

f) Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente Ley y su Reglamento; (...)

En los casos a que se refieren los incisos b), c) y d) el impedimento para ser postor se restringe al ámbito de la jurisdicción o sector al que pertenecen las personas a que se refieren los literales a) y b). En el caso de los organismos constitucionales autónomos, el impedimento se circunscribe a las adquisiciones y contrataciones que realizan dichas entidades.

Las propuestas que contravengan a lo dispuesto en el presente artículo se tendrán por no presentadas, bajo responsabilidad de los miembros del Comité Especial.

Los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto por el presente artículo son nulos sin perjuicio de las acciones a que hubiere lugar."

(Énfasis y subrayado añadido al original)

"Artículo 57.- Nulidad

El Tribunal en los casos que conozca declarará nulos los actos administrativos expedidos por las Entidades, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico, o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso.

*El Titular de la Entidad podrá declarar de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio de que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre los recursos impugnativos. **Después de celebrados los contratos sólo es posible declarar la nulidad por efectos del artículo 9 de la presente Ley. Esta facultad es indelegable.**"*

En suma, la LCAE tan sólo prevé como causal de nulidad del contrato administrativo, la contravención o incumplimiento de los impedimentos para ser postor o contratista contenida en el artículo 9° de LCAE, causal que no ha sido invocada por EMSAPUNO. En tal sentido, estando recogidos en una norma especial los supuestos de nulidad del contrato administrativo, resultan inaplicables al presente caso las normas del Código Civil en la misma materia.

452. Por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral estima que la primera pretensión de la reconvención debe ser declarada INFUNDADA.

453. Respecto de la pretensión accesoria sobre pago de indemnización por daños y perjuicios, ésta debe seguir, necesariamente, el mismo destino de su pretensión principal. En tal sentido, ésta debe ser también declarada INFUNDADA.

• **Respecto de la segunda pretensión de la reconvención y su pretensión accesoria**

454. *“Que, el Tribunal ordene al contratista que cumpla con las especificaciones técnicas establecidas en el Expediente para el proceso de la Licitación, referido a la tubería de filtro con el tipo «ranura continua» con mm (slop 60) la cual será fabricada de acero inoxidable AISI 304, de 100 mm de diámetro interno y con uniones para roscar. El área abierta de esta tubería será de 0,1165 m² por metro de tubería, su resistencia a la compresión axial deberá ser 23,56 kg y su resistencia al aplastamiento 7,51 Kg/cm², conforme a la cláusula 21.1 de las especificaciones técnicas generales del Tomo II de III del Expediente Técnico, colocada indebidamente con PVC, en el Componente de la Galería Filtrante Totorani. Asimismo deberá cumplirse con la especificación del material de filtro del mismo componente de acuerdo a las especificaciones técnicas”.*

455. Que el Tribunal Arbitral ordene al contratista que, habiendo desarrollado las obras sin respetar las especificaciones técnicas establecidas en el expediente técnico aprobado para

el expediente de licitación referido a la tubería de filtro básicamente para el componente de la Galería Filtrante Totorani, dichas obras sean asumidas por la contratista y, en consecuencia, su valorización que asciende a la suma de S/. 875,346.45 nuevos soles sea deducida de la liquidación.

- **Posición de EMSAPUNO**

456. **Respecto del cambio de especificaciones en tubería de filtro:** Mediante carta suscrita por el Proyectista, se precisa que, a petición de la Entidad Ejecutora, se ha determinado el tipo de tubería a colocar, prevista inicialmente con tubería de acero inoxidable, fuese modificada tuberías de PVC.
457. La decisión de la modificación según comunicación del Proyectista tendría una justificación económica que no habría tomado en cuenta la oferta económica de CONCYSSA, por lo que EMSAPUNO podría exigir el cumplimiento de la ejecución de la obra conforme a las especificaciones aprobadas en el Expediente Técnico.
458. **Respecto del cambio de especificaciones de material para el relleno de filtro:** Mediante Oficio N° 007-2005-EMSAPUNO-GP/CR, el Comité de Recepción dio a conocer que en la ejecución de la obra se habría colocado material de filtro distinto y de menor calidad a los establecidos en las especificaciones técnicas
459. Mediante Resolución N° 066-2005-EMSAPUNO, de fecha 30 de septiembre del 2005, la Entidad Ejecutora habría

aprobado, en vía de regularización, las nuevas características técnicas del material de filtro para su utilización en la Galería de Filtración Totorani, extraído de la Cantera Carpa, ubicada en la zona de Cabanillas, (cantera diferente a la signada en el Expediente Técnico), de acuerdo a los análisis aprobados por el Supervisor GITEC-SERCONSULT.

460. Este del cambio de material –a juicio de EMSAPUNO- no podía ser autorizado por el consultor supervisor (GITEC-SERCONSULT) en representación de EMSAPUNO, puesto que tal como lo establecería la Cláusula Décimo Novena del Contrato, el Consultor Supervisor habría estado facultado sólo para resolver cualquier aspecto no previsto en EL CONTRATO (entendiéndose como tal la totalidad de los documentos que lo conforman como por ejemplo el Expediente Técnico correspondiente), en las especificaciones, o en el proyecto, referente a la calidad y aceptabilidad de los materiales empleados; más aún, si el cambio de material representaría una "modificación sustancial" al Expediente Técnico, éste debía observar el procedimiento administrativo previsto para tal efecto en los artículos pertinentes de EL REGLAMENTO, así como la Resolución de Contraloría General de la República N° 072-98-CG.

461. **Respecto de la petición accesoría:** Las obras ejecutadas sin cumplir previa aprobación de los adicionales de obra no generarían derecho alguno a favor de CONCYSSA, conforme a la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, es decir que estas obras -que se ejecutaron antes de la aprobación expresa por EMSAPUNO- serían a cuenta del Contratista.

- **Posición de CONCYSSA**

462. De una parte, esta pretensión -según CONCYSSA- sería improcedente puesto que versa sobre una obra recepcionada sin observaciones y vinculada a una controversia resuelta por la vía de un Acuerdo Amigable (mecanismo previsto en EL CONTRATO para la solución de conflictos). Asimismo, el cambio de tubería fue aprobado por el Supervisor y aceptado por la Entidad. En este caso, EMSAPUNO no podría desconocer sus actos previos, en los cuales habría aceptado la colocación de tubería de PVC. Respecto al material filtrante, dice CONCYSSA, su cambio fue aceptado por la Supervisión (en nombre y representación de EMSAPUNO) y finalmente fue materia de conciliación vía Acuerdo Amigable.
463. De otra parte, el cambio de tubería y del material filtrante no tendría vinculación alguna con el menor caudal de la galería. Según Estudios Independientes (realizado por el Colegio de Ingenieros del Perú), el caudal previsto por EMSAPUNO para la galería no responde al diseño presentado, siendo que CONCYSSA habría ejecutado la obra tal como había sido requerida en las Especificaciones Técnicas. Por ello el menor caudal -argumenta CONCYSSA- respondería al diseño de la Obra y no a los componentes del mismo o a la ejecución realizada por CONCYSSA.

- **Análisis de la segunda pretensión de la reconvención**

464. Esta pretensión tiene como presupuesto la nulidad del Acuerdo Amigable del 15 de agosto de 2006 que determinó la recepción provisional de la obra sin observaciones, declarada mediante la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG. En efecto, en el mencionado documento se llegó a un acuerdo respecto del material de filtro estableciéndose lo siguiente:

*“(1) **El material de filtro utilizado en la obra, que no corresponde a lo estipulado** en las especificaciones técnicas, el cual fue aprobado en obra por el supervisor sin el conocimiento de la entidad, al respecto se realizaron las pruebas mineralógicas y petrográficas del material utilizado. Determinándose que efectivamente tiene otras características técnicas pero que **sirve perfectamente como material de filtro** asimismo se determinó que exista una compensación económica del precio por metro cúbico entre lo gastado por el contratista con el nuevo material de filtro y lo reconocido en el presupuesto contractual, de tal forma que este cambia de material no genere reconocimiento de adicional alguno, por tal razón con toda la documentación sustentatoria la Gerencia General de EMSAPUNO, expidió la Resolución N° 066-2005-EMSAPUNO-GG de fecha 30 de Setiembre del 2004, donde **se aprueba las nuevas características de este material**, solucionándose así el impase”.
(Énfasis añadido al original)*

Por su parte, la Resolución N° 066-2005-EMSAPUNO-GG (anexo 2-N de la reconvención) establecía sobre este mismo punto lo siguiente:

“Que el Supervisor GITEC-SERCONSULT, mediante carta t-757-JD/mr de fecha 15 de julio del 2005, presenta el expediente técnico sustentatorio del cambio de material de filtro en el cual, se detalla todo el proceso realizado por el contratista y la supervisión para la aprobación del nuevo tipo de material de filtro utilizado en las galerías de filtración Totorani, documentación en la cual se puede verificar que el consultor solicitó al contratista, todas las pruebas necesarias antes de proceder con la aprobación del material de filtro de la cantera Carpa (...)

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- APROBAR en vía de regularización, las nuevas características técnicas del material de filtro utilización en la construcción de la Galería de Filtración Totorani, extraído de la Cantera Carpa (...)”

465. En tal sentido, al haber determinado anteriormente este Tribunal la ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG y la validez del Acuerdo Amigable, no resulta improcedente cuestionar el mencionada cambio de material de filtro. Ello, con mayor razón, si es que la Resolución N° 066-2005-EMSAPUNO-GG no ha sido cuestionada por la propia EMSAPUNO. En caso contrario, se contravendría la denominado doctrina de los actos propios como pasamos a exponer.

466. Respecto de la doctrina de los actos propios: Esta teoría rige en nuestro ordenamiento por tratarse de una derivación de la cláusula normativa general de la buena fe, como lo ha acogido anteriormente el Tribunal en este mismo laudo) que debe guiar todo el iter contractual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1362 del Código Civil que señala:

"Artículo 1362.- Buena Fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes." (Énfasis y subrayado añadido al original)

467. Dada la importancia de la aplicación de esta doctrina para la resolución de la presente controversia, el Tribunal amplía las consideraciones anteriormente expresadas sobre la materia pues considera que, conforme a la buena fe, el Derecho no ampara a quienes se comportan de forma contradictoria. Precisamente, la doctrina de los actos propios tiene por finalidad garantizar este deber jurídico de coherencia.
468. Ahora bien, son tres los presupuestos básicos para aplicar esta doctrina a un caso concreto: (i) una conducta anterior vinculante y eficaz que permita inferir el sentido de la conducta futura; (ii) el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo que suponga una pretensión contradictoria con la conducta anterior; y que (iii) quien intervenga en ambas conductas debe ser el mismo sujeto.

469. **La primera conducta debe ser vinculante**, es decir, tiene que producirse al interior de una relación jurídica concreta y debe suscitar razonablemente la confianza de terceros. También debe ser jurídicamente válida y eficaz para poder limitar con éxito la pretensión contradictoria.

De otro lado, **la pretensión contradictoria** debe importar siempre el ejercicio de una facultad o de un derecho tutelable por el ordenamiento jurídico. Ciertamente, el ejercicio del derecho debe ser lícito; de no ser así no existiría la aludida primera conducta vinculante.

Finalmente, **el tercer elemento** de esta regla jurídica es la identidad de sujetos. Según este presupuesto, el individuo que interviene en ambas conductas (vinculante y contradictoria) debe ser el mismo.

470. El Tribunal reitera entonces que la doctrina de los actos propios es una regla jurídica de trascendencia y utilidad en nuestro ordenamiento jurídico, que aplicada a las relaciones contractuales rechaza las conductas contradictorias que vulneren la confianza de la contraparte y de terceros con lo que constituye de haber contradicción ésta constituye una falta contra la buena fe contractual.

471. En efecto, como señala Héctor A. Mairal, *“si bien el derecho no puede proscribir totalmente las contradicciones y obligar a una coherencia absoluta de conducta, existen ciertos supuestos en los cuales se ha juzgado necesario sancionarlas para crear así*

una base de confianza y dependencia reciproca que permita el desarrollo sereno del tráfico negocial".⁴⁷

Esta confianza y coherencia -añade Luis Diez Picaso- forman parte de la buena fe contractual que *"implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro, la conducta que los actos anteriores hacían prever".⁴⁸*

472. En el presente caso, tanto el Acuerdo Amigable del 15 de agosto de 2006 como la Resolución N° 066-2005-EMSAPUNO-GG, son manifestaciones de voluntad vinculantes y eficaces para EMSAPUNO de donde se deriva que la misma persona que las emitió no puede pretender desconocerlas unilateralmente.

473. Por otra parte, EMSAPUNO no ha acreditado que el cambio de material representaría una "modificación sustancial" al Expediente Técnico, por el contrario el Acuerdo Amigable del 15 de agosto del 2006 señala que este material "sirve perfectamente como material de filtro", es decir, su empleo no tendría mayor repercusión en la obra.

474. Asimismo, los cuestionamiento al Supervisor por haber "aprobado" el cambio de material deben ser desestimados a juicio del Tribunal. Ello en primer lugar porque de conformidad con el artículo 148° y 149° de EL REGLAMENTO, el Supervisor es el responsable de velar directa y

⁴⁷ MAIRAL, Héctor. *La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma. 1994, p. 125.

⁴⁸ DIEZ PICAZO, Luis. *La Doctrina de los Propios Actos*. Barcelona: Bosch, 1963, p.245.

permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato. La labor del Supervisor supone un conjunto de procedimientos técnicos y administrativos que se llevan a cabo para verificar que el contratista ejecute la obra dentro de los parámetros de calidad, precio, plazo y obligaciones contractuales.

475. Lo anterior no implica, en ningún caso, que el Supervisor se subrogue en la voluntad de la Entidad o que sus informes u opiniones obliguen a esta última –especialmente en temas que supponen la modificación de los términos contractuales-, pues la finalidad de los informes del Supervisor no es otra que la de dar a la Entidad los elementos de juicio que le permitan decidir sobre el pedido que el contratista formula. No obstante, en el presente caso, el cuestionamiento a la labor del Supervisor resulta irrelevante pues su opinión respecto al material de filtro fue expresamente admitida por la propia EMSAPUNO, mediante la Resolución N° 066-2005-EMSAPUNO-GG.
476. Por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral estima que la segunda pretensión de la reconvención debe ser declarada INFUNDADA.
477. Respecto de la pretensión accesorio de deducción de la suma de S/. 875,346.45 de la liquidación final de la obra, ésta por su propia naturaleza debe seguir, necesariamente, el mismo destino de su pretensión principal. En tal sentido, esta debe ser declarada INFUNDADA.

- **Respecto de la tercera pretensión de la reconvención y su pretensión accesoria**

478. *“Que, el Tribunal ordene al Contratista CONCYSSA S.A. realice los trabajos necesarios para que funcione la SECTORIZACIÓN cuyo objetivo es establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de abastecimiento y de presión, de forma tal que se puedan implementar mecanismos de control sobre la magnitud de los caudales que ingresan a determinadas horas y compararlas con la información que proporcionarán los micromedidores de los consumidores. Se podrá así determinar y cuantificar sobre la existencia de perdidas y proponer y llevar a la práctica planes para la disminución de dichas pérdidas de manera que posibilite la operación de abastecimiento de Agua Potable que garantice presión y continuidad en el servicio las 24 horas del día, conforme a los planos de la Sectorización (...) que indican las presiones de ingreso y salidas máximas y mínimas horarias”.*
479. *“Sin perjuicio de la declaración fundada de nuestra pretensión principal de la tercera reconvención, solicitamos considerar deducir el monto que corresponde al hecho de no haber puesto en funcionamiento de la Sectorización, toda vez que EMSAPUNO S.A., viene implementando la ejecución de actividades para el funcionamiento de la Sectorización aceptados y admitidos por el KfW, a un costo de S/. 1'000,000.00 Nuevos Soles, de los cuales S/. 700,000.00 se ejecutará en una primera etapa que consta de la puesta en funcionamiento de los sectores prioritarios”.*

• **Posición de EMSAPUNO**

480. Según EMSAPUNO, la Cláusula 4.2 "SECTORIZACIÓN DE LA RED DE DISTRIBUCION DE AGUA POTABLE DE PUNO", de la Memoria Descriptiva del Expediente Técnico "Rehabilitación y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de la Ciudad de Puno" Lote 2, desarrollaría un capítulo sobre la Sectorización. Mediante la cláusula 19.1 de las condiciones administrativas de las obras, se establecería que una vez concluida la ejecución de las obras, el Contratista procedería a efectuar su puesta en operación. Inmediatamente después logrado ello de manera exitosa, el Contratista solicitaría al Supervisor su participación en una prueba de funcionamiento de acuerdo a lo estipulado en las Especificaciones Técnicas.
481. La negligencia de la puesta en funcionamiento de la Sectorización se manifestó, a juicio de EMSAPUNO, en la disminución de número de horas de atención del servicio a la ciudad de Puno. Por consiguiente, el Expediente Técnico de la Sectorización contendría la Implementación de la Sectorización, la cual debía ejecutarse y entregarse a la entidad con las pruebas de funcionamiento, de conformidad con las cláusulas 9.01, 14.4, 19.1 y 19.2, Condiciones Generales Administrativas, así como las cláusulas octava y décima de EL CONTRATO.
482. **Respecto de la pretensión accesorio:** EMSAPUNO solicita considerar deducir el monto que corresponde al hecho de no haber puesto en funcionamiento de la

Sectorización, toda vez que se viene implementando la ejecución de actividades para el funcionamiento de la Sectorización a un costo de S/. 1'000,000.00.

- **Posición de CONCYSSA**

483. Para CONCYSSA, La pretensión de EMSAPUNO versa sobre la obligación de realizar una actividad que no estaría contemplada ni en las bases ni en EL CONTRATO. CONCYSSA cumplió con realizar las respectivas consultas sobre quién se encargaría de la Sectorización (actividad importante para estas obras pero que no estaban contempladas en el Expediente Técnico) y la respuesta de la Supervisión fue que no eran actividades a ser desarrolladas en el marco de la presente obra. Así, el Supervisor de la Obra designado por EMSAPUNO habría señalado que la puesta en operación y funcionamiento de la sectorización no correspondía ser efectuada por CONCYSSA (según constaría en el cuaderno de obra).

484. Cuando EL CONTRATO -según la argumentación de CONCYSSA- hace referencia a términos como "puesta en operación" o "prueba de funcionamiento", no se estaría refiriendo a trabajos de sectorización, que implican labores específicas que para su realización requieren metodologías específicas y bien definidas. La puesta en operación o prueba de funcionamiento estarían vinculados a la obra para determinar su correcta ejecución y funcionamiento, por lo que como tal, no demandarían actividades específicas.

• **Análisis de la tercera pretensión de la reconvención**

485. En este aspecto el Tribunal considera que, respecto de esta pretensión, nuevamente estamos ante una controversia que ha sido previamente resuelta por las mismas partes. Así, en el Acta de recepción provisional de la obra del 31 de julio del 2006 se señala:

"2.2.1.3. Sectorización de redes de Agua Potable (...)

*No se efectuaron Pruebas de Funcionamiento de los 14 sectores que demuestran el objeto del Contrato, toda vez que La Entidad y el Contratista precisan que **estas pruebas de control no son parte del presupuesto contractual**, quedando eximida de cualquier responsabilidad el Comité de Recepción de Obra". (Énfasis y subrayado añadido al original)*

Como se ha mencionado con anterioridad, tal documento no deja dudas a los miembros del Tribunal de que las partes (entidad y contratista) estuvieron de acuerdo sobre un aspecto sustancial de EL CONTRATO, como lo es en este caso la sectorización. Si EMSAPUNO y CONCYSSA estuvieron de acuerdo sobre los alcances de EL CONTRATO, no puede EMSAPUNO posteriormente, y de manera unilateral, pretender desconocer este pacto, pues según la doctrina de los actos propios nadie puede ponerse en contradicción con un comportamiento anterior.

486. Por otra parte, y a mayor abundamiento, hay suficientes indicios para determinar que las normas contractuales no

contemplaban que la llamada sectorización debía ser de cargo de CONCYSSA. Según el propio Consorcio Supervisor se define la sectorización de la siguiente manera:

“La Sectorización tiene como objetivo establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de abastecimiento y de presión e tal manera EMSAPUNO puede implementar mecanismos de control sobre la magnitud de los caudales que ingresan a determinadas horas y compararlas con la información que proporcionarían los micromedidores de los consumidores” (Carta N° 026-2006/CGS del 7 de febrero del 2006, anexo 2-R de la reconvención)

No obstante, desde un primer momento el tema de la sectorización fue materia de discusión entre las partes, habiendo CONCYSSA realizado las consultas respectivas. Así, el asiento 238 del Cuaderno de obra (anexo 2-H de la demanda) señala:

“Asiento N° 238

3 de mayo 2005

Ampliación y rehabilitación de las redes de agua potable

Respecto a los trabajos de sectorización que se realizarán en la obra, el proyecto no ha contemplado la ejecución de pruebas de sectorización. Consultamos a la Supervisión si se realizarán estas pruebas y de ser positiva su respuesta, agradeceríamos se nos indique cuál será la

metodología exacta a seguir a fin de poder formular el precio unitario para estos trabajos (Pruebas de sectorización) y poder presentar el adicional correspondiente para su revisión”.

Sobre el particular, el Supervisor de la obra acotó, en el mismo cuaderno de obra, lo siguiente:

“Respecto a lo indicado en el Asiento N° 238, comunicamos al Contratista que el proyecto no considera pruebas de sectorización”.

487. Del análisis de la prueba desarrollado hasta este momento, el Tribunal deriva que estuvo claro, tanto para el contratista como para el supervisor, que el proyecto no contemplaba la realización de trabajos de sectorización, siendo la única cuestión pendiente a determinar si la sectorización sería encargado a un tercero o a CONCYSSA y, si en este último caso, ello ameritaba un adicional de obra.

488. Esta declaración del Supervisor es importante para el Tribunal en la medida en que éste cumple una función de control de las actividades que se requieren llevar a cabo para la correcta ejecución de la obra. Así el Contrato de Prestación de Servicios de Supervisión C.P.I. 01-00-EMSAPUNO (celebrado entre EMSAPUNO y el Consorcio Gitec-Serconsult) señala lo siguiente:

12.2 EL CONSULTOR, a través del Jefe de Proyecto con residencia permanente en la Obra, actuará como

representante de La Entidad ante EL CONTRATISTA y, en tal sentido, cumplirá las siguientes funciones:

*12.2.1 Velar por el cumplimiento de las Especificaciones Técnicas y demás documentos contractuales durante la ejecución de las Obras, **tomando oportunamente las decisiones pertinentes** de acuerdo a los dispositivos reglamentarios vigentes, para lo cual EL CONSULTOR recibe el Expediente Técnico completo de la obra a supervisar (...). (Énfasis añadido al original)*

489. Asimismo, de lo anterior el Tribunal concluye que las labores de sectorización no son consustanciales a la obra encargada a CONCYSSA, sino que se trata de labores independientes que bien pudieron ser ejecutadas por otro contratista. De hecho según, la comunicación del 1 de setiembre del 2006, remitida por EMSAPUNO al Supervisor EMSAPUNO señala que los trabajos de sectorización están siendo implementados por la entidad con apoyo de un tercero. Así se señala:

Oficio N° 027-2006-EMSAPUNO/UE

*"(...) EMSAPUNO ha procedido a la recepción provisional de las mismas, por lo que en la actualidad **está desarrollando con el apoyo de PROAGUA-GTZ la implementación de la sectorización** y un programa de control de fugas y análisis de los sistemas hidráulicos a nivel de todo el sistema. (...)"*
(anexo 2-I de la contestación) (Énfasis añadido al original).

490. Por otra parte, EMSAPUNO sustenta que la obligación de realizar los trabajos de sectorización derivarían además de diversos documentos como el Acuerdo Separado al Contrato de Préstamos, la Memoria Descriptiva del Expediente Técnico, las condiciones administrativas de la obra, etc. Para el Tribunal, dichos documentos no hacen sino reafirmar que la sectorización es importante para un buen funcionamiento de la obra, pero no demuestran que ella debe ser de cargo de CONCYSSA. Lo que debió sustentar EMSAPUNO es que los trabajos de sectorización se hallaban debidamente presupuestados y que, pese a ello, CONCYSSA no habría cumplido con realizarlos. En caso contrario, lo que estaría pretendiendo EMSAPUNO es que CONYSSA asuma -por su cuenta y costo- dichos trabajos, lo que no puede ser amparado por el Tribunal. En efecto, como señala la misma EMSAPUNO, *"el Supervisor del Proyecto, expresa que la puesta en operación y funcionamiento de la Sectorización no está presupuestada y corresponde a EMSAPUNO la verificación de la implementación"* (páginas 37 y 38 del escrito de reconvención).
491. Por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral estima que la tercera pretensión de la reconvención debe ser declarada INFUNDADA.
492. Respecto de la pretensión accesoria referida a una indemnización de daños por la falta de implementación de la sectorización, ésta debe seguir, necesariamente, el mismo destino de su pretensión principal y, por tanto, debe ser declarada INFUNDADA.

- **Respecto de la cuarta pretensión de la reconvención**

493. *"Se declare la Nulidad por Ilegal la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG, de fecha 08 de agosto del 2005, que decide ampliar el plazo de Treinta y Siete (37) días calendario el plazo contractual de ejecución de obra a Precios Unitarios celebrado entre EMSAPUNO S.A. y CONCYSSA S. A., debido a que éste se dio por adicionales de obra aprobados mediante Resolución N° 051-2005-EMSAPUNO-GG, de fecha 21 de septiembre del 2005, contraviniendo las normas, específicamente lo dispuesto por el Art. 42° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobada por D.S. N° 012-2001-PCM y el art. 155° del Reglamento; es decir que la solicitud de ampliación debe formalizarse dentro de los quince (15) días siguientes al hecho que la motiva; Resolución de Contraloría N° 072-2001-CG así como la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG".*

- **Posición de EMSAPUNO**

494. EMSAPUNO, a través de la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG, de fecha 08 de agosto del 2005, habría decidido ampliar indebidamente el plazo contractual en 37 días calendario, desde el 22 de agosto del 2005 hasta el 28 de setiembre del 2005, bajo el argumento de ejecutar un adicional de obra por concepto de mayores metrados (colocación de 2,543 micromedidores).

495. Esta ampliación de plazo concedida, que genera pago de gastos generales, se habría formalizado sin la respectiva aprobación del Adicional de Obra, que recién mediante Resolución N° 051-2005-EMSAPUNO/GG, de fecha 21 de septiembre del 2005, aprobó la colocación de micromedidores en calidad de Adicional de Obra. Ello querría decir, a juicio de EMSAPUNO, que a partir de esta fecha quedó autorizada la ejecución del adicional conforme señala la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, que dispuso que *"las obras adicionales deben ejecutarse solo cuando se cuente previamente con la Resolución aprobatoria del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la entidad, las obras ejecutadas sin cumplir dichos requisitos no generan derecho alguno a favor del contratista"*. Por ello, concluye EMSAPUNO que existiría un vacío de vigencia del Contrato de Obra desde el 22 de agosto del 2005 hasta cuando se aprueba el adicional 21 de setiembre del 2005, puesto que desde esta última fecha recién existiría aprobación expresa para la ejecución del Adicional y sería ésta la que motiva la ampliación de plazo.

496. Por tanto, concluye EMSAPUNO la aprobación de ampliación de plazo para la ejecución de obra se habría dado sin contar con la previa aprobación del adicional de obra por el Titular del Pliego.

• **Posición de CONCYSSA**

497. Para CONCYSSA, como cuarta pretensión, EMSAPUNO solicita que se declare la nulidad por "ilegal" de la Resolución

de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG del 08 de agosto de 2005 que amplió el plazo de ejecución del Contrato. Sin embargo, a juicio del contratista, la Resolución de EMSAPUNO para ampliar el plazo constituiría un acto válido, emitido conforme a ley, por lo que no contendría ningún vicio de nulidad.

498. Aun cuando EMSAPUNO haya emitido su Resolución de manera posterior a los actos que la motivan (supuesto fundamento para solicitar la nulidad), ello no determinaría su nulidad o falta de legitimidad.

- **Análisis de la cuarta pretensión de la reconvención**

499. El Tribunal se basa en que, mediante la presente pretensión EMSAPUNO solicita la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG que decidió ampliar el plazo contractual. Sobre el particular, y en primer lugar, el Tribunal debe aclarar que, en caso haberse incurrido en algún vicio en la mencionada Resolución, dicho vicio habría sido subsanado por: (a) la Resolución de Gerencia General N° 051-2005/GG que concedió el adicional de obra solicitado y (b) la recepción provisional de la obra sin observaciones. Consecuentemente el Tribunal deriva que carecería de objeto proceder a analizar el supuesto vicio invocado por EMSAPUNO. No obstante, y a mayor abundamiento, para beneficio de la solución arbitral de la presente controversia, el Tribunal procede a su análisis a continuación.

500. La cuestionada Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG, de fecha 8 de agosto del 2005, señala textualmente:

"(...) CONCYSSA S.A. solicita (...) una ampliación de Plazo (...) debido a los mayores metrados habidos en la partida de rehabilitación de conexiones domiciliarias, específicamente por la instalación adicional de 2,534 micromedidores solicitados por la entidad para diferentes sectores de la ciudad

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- AMPLIAR por el plazo de Treinta y Siete (37) días calendario el plazo contractual de Ejecución de Obra a Precios Unitarios celebrado entre EMSAPUNO S.A. y CONSYSSA S.A., en consecuencia la conclusión de la "Obra de Ampliación y Rehabilitación de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de Puno" será diferida del 22 de agosto del 2005 al 28 de setiembre del 2005".
(anexo 2-X de la reconvención)

Conforme se desprende de la misma Resolución, la decisión de ampliar el plazo contractual se fundamentó, además, en: (a) la opinión favorable del Supervisor expresada mediante Carta t-848-JD/mr; (b) el informe N° 101-2005-EMSAPUNO/UE elaborado por la Unidad ejecutora de EMSAPUNO; y (c) la Opinión Legal N° 057-2005-EMSAPUNO/AL elaborada por la asesoría legal de EMSAPUNO.

501. No obstante que la aprobación del adicional referido a la instalación de micromedidores se dio posteriormente,

mediante Resolución N° 051-2005/GG del 21 de septiembre del 2005, se estableció que:

"SE RESUELVE:

Artículo Primero.- APROBAR el Expediente del Adicional de Obra N° 05 y su correspondiente Presupuesto, referido a partidas del componente Agua Potable – rehabilitación de elementos de control; que consiste en la instalación de 2,534 micromedidores en sectores priorizados de la ciudad, cuyo detalle desagregado se adjunta en el Anexo N° 01 parte integrante de la presente Resolución y cuyo presupuesto correspondiente es de S/. 640,342.02" (anexo 2-Y de la reconvención)

502. Según EMSAPUNO dicha decisión contravendría la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO aprobada por Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG que dispone lo siguiente:

"V. DISPOSICIONES GENERALES

*1. Competencia para aprobación de obras adicionales.
(...)*

1.2 Las obras adicionales deben ejecutarse sólo cuando se cuente previamente con la Resolución aprobatoria del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la entidad, y cuando el monto del presupuesto adicional supere el 15% del monto total del contrato original, requerirá adicionalmente contar con la autorización expresa de la Contraloría General de la República. Las obras ejecutadas sin cumplir dichos requisitos no

generan derecho alguno a favor del contratista por cuenta del Estado". (Énfasis añadido al original)

503. Al respecto, en primer lugar, el Tribunal tiene presente que la Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG no ha sido recogida dentro de la normativa aplicable a la relación contractual establecida en la cláusula segunda de EL CONTRATO. Es decir, las partes estaban en aptitud de establecer un procedimiento de ampliaciones de plazo y adicionales distinto al ahí regulado y no lo hicieron.
504. En segundo lugar, aun cuando se considere aplicable al presente caso la Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG, ésta no ha sido contravenida, ni determina de manera alguna la invalidez de la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG. En efecto, según la citada norma, la ejecución de obras adicionales sin autorización (en este caso la instalación de micromedidores) tiene como única consecuencia que su costo sea asumido por el contratista en caso no ser aprobado el adicional. Aún en el supuesto negado de que la Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG se hubiese incumplido, dicho incumplimiento no acarrea, en ningún caso, la nulidad de la ampliación de plazo solicitada por EMPUSANO y concedida por Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG.
505. Por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral estima que la cuarta pretensión de la reconvención debe ser declarada INFUNDADA.

- **Respecto de la quinta pretensión de la reconvención**

506. *“Solicitamos se aplique las penalidades del Componente de Galerías Filtrantes Totorani por mora en la entrega según se establece en la Décima Primera Cláusula del Contrato de Construcción de Obra a precios Unitarios, materia de la Licitación Pública N° 002-2003-EMSAPUNO S.A. Lote N° 02, se ha previsto que la aplicación de penalidades serán por cada día de retraso que transcurra entre la fecha estipulada para la conclusión del Componente cuyo plazo de ejecución es de Noventa (90) días calendario, se ha extendido hasta la fecha sin levantar las observaciones determinadas por los diferentes Comités de Recepción, finalmente recepcionada irregularmente mediante un Acuerdo Amigable de fecha 15/08/2006, inobservando que este acuerdo pacta hechos de contenido penal según la legislación penal peruana”.*

- **Posición de EMSAPUNO**

507. Para EMSAPUNO, mediante Acta de Acuerdo Amigable de fecha 01 de diciembre del 2004, se otorgó 14 días calendario de ampliación de plazo en calidad de regularización, estableciéndose como fecha de conclusión del Componente Totorani el 02 de octubre del 2004. Este acto lesionaría los procedimientos establecidos para tratar las ampliaciones de plazo. En el entender de EMSAPUNO la cláusula octava de EL CONTRATO precisaría que solamente podrán ser prorrogados los plazos por caso de fuerza mayor y/o motivo justificado y aceptado por EMSAPUNO, siempre y cuando ello

sea solicitado por CONCYSSA por escrito, quince (15) días antes de la expiración del respectivo plazo. Para la entidad, esta solicitud debió cursarse según el procedimiento previsto por EL REGLAMENTO, conforme a la base legal del Contrato. Por lo cual se infiere EMSAPUNO la penalidad de catorce (14) días por ampliación indebida en la etapa de la ejecución del Componente Totorani.

508. La designación del Comité de Recepción del componente de la "Galería de Filtración Totorani" también se habría efectuado, alega EMSAPUNO, inobservando el artículo 163° de EL REGLAMENTO. A juicio de la entidad, luego de la conclusión de la obra, CONCYSSA contaba con cinco (5) días para comunicar al Supervisor y a la Entidad y siete (7) días para conformar el Comité de Recepción, doce (12) días en su totalidad. Sin embargo, dicho Comité había sido designado después de cuarenta y un (41) días de haber concluido el supuesto plazo vigente, (habilitado indebidamente por Acuerdo Amigable según el parecer de EMSAPUNO). Consecuentemente, esta recepción, mediante Acuerdo Amigable, contravendría los artículos 3°, 8°, 10° y 202.1° de la Ley N° 27444.
509. Concluye EMSAPUNO que, desde la determinación de las observaciones efectuada por el primer Comité de Recepción hasta la recepción ilegal mediante Acuerdo Amigable, habrían transcurrido 211 días. Por tanto, a su juicio, considerando que el Contratista contaba con 30 días para levantar dichas observaciones, ha existido un retraso de 181 días que correspondería a las penalidades.

- **Posición de CONCYSSA**

510. A juicio de CONCYSSA, la recepción de la Galería Filtrante no se habría realizado en el momento definido inicialmente en EL CONTRATO debido a que EMSAPUNO consideró que existían observaciones no levantadas por el contratista, siendo a su vez que CONCYSSA considero que las observaciones planteadas por EMSAPUNO no serían correctas. Ante el entrampamiento, las partes sometieron sus diferencias a un proceso de solución de controversias que concluyó con un Acuerdo Amigable.

511. La etapa de negociación del conflicto para fines del Acuerdo, alega CONCYSSA, determinó una demora en la recepción de la obra mas no en su entrega. Sin embargo, sigue argumentando CONCYSSA, el tiempo transcurrido para solucionar el conflicto no podría ser considerado como una demora en la entrega de la obra y, como tal, un incumplimiento contractual, máxime si en el Acuerdo Amigable no habría establecido penalidad alguna.

- **Análisis de la quinta pretensión de la reconvención**

512. Según EMSAPUNO el Acta de Acuerdo Amigable, de fecha 01 de diciembre del 2004, sería ineficaz al haber otorgado 14 días calendario de ampliación de plazo en calidad de regularización para la conclusión del Componente Totorani. Ello en la medida en que, según EMSAPUNO, tal proceder contravendría EL REGLAMENTO.

Al respecto, el Tribunal reitera, tal y como lo ha señalado anteriormente, que el Acuerdo Amigable es un mecanismo legal válido para resolver cualquier controversia relativa a la ejecución de EL CONTRATO. De ello es lógico concluir que, si se presenta alguna desavenencia sobre una ampliación de plazo, ésta puede ser resuelta mediante un Acuerdo Amigable en lugar de los procedimientos establecidos supletoriamente en EL REGLAMENTO (que más bien operaría en los casos en que no existan controversias entre las partes). Por tanto, los supuestos incumplimientos a EL REGLAMENTO carecen de sustento. De no ser así, el Tribunal tendría que concluir que todo Acuerdo Amigable sería per se inválido al no estar contemplado expresamente como mecanismos de resolución de conflictos en EL REGLAMENTO, lo cual no puede ser admitido pues lesionaría la voluntad de las partes claramente expresada en el CONTRATO y el marco legal estipulado por los contratantes en EL CONTRATO.

513. Por otra parte, si bien desde las observaciones realizadas el 16 de enero del 2006 hasta la recepción de la obra mediante Acuerdo Amigable del 15 de agosto del 2006, transcurrieron 211 días, dicha demora no se debió a un retraso de CONCYSSA por no levantar las observaciones de la obra, sino al periodo en que las partes estuvieron negociando sus diferencias que finalmente fueron plasmadas en un Acuerdo Amigable. Así, sobre este retraso y las observaciones a la obra el Acuerdo Amigable del 15 de agosto del 2006 señala:

*"El Consorcio Supervisor GITEG-SERCONSULT presentó la Carta N° 070-A-2006/CGS de fecha 11 de Agosto del 2,006, referentes a la recepción de las obras de la Galería de filtración Totorani, donde expresan primeramente su posición respecto a las 02 observaciones pendientes de levantar y recomiendan que el mismo sea recepcionado mediante la suscripción de un Acuerdo Amigable, dado al tiempo transcurrido; finalmente se cuenta con el Informe Legal N° 027-2006-EMSAPUNO/AL, de fecha 14 de Agosto del 2,006, donde **la oficina de Asesoría Legal de EMSAPUNO S.A. se pronuncia por la procedencia de la suscripción de este Acuerdo Amigable como mecanismo alternativo para culminar este proceso de recepción** conforme al Contrato de obra suscrito e inciso 3 del artículo N° 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente o la celebración del contrato principal, **dado las circunstancias y el tiempo transcurrido**". (Énfasis añadido al original)*

514. Por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral estima que la quinta pretensión de la reconvención debe ser declarada INFUNDADA.

- **Respecto de la sexta pretensión de la reconvención**

515. *"Se concluya con la Etapa de Recepción Provisional de Obra concluida con observaciones debido a que administrativamente se ha determinado nula, el Acta de Recepción Provisional de la*

Obra Construida de fecha 31.07.06, por los argumentos y causal expuesta en la parte considerativa de la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO S.A./GG, en consecuencia se continúe con la etapa de conservación por defectos por el periodo de 1 (un) año según establece el Contrato”.

• **Posición de EMSAPUNO**

516. Según el parecer de EMSAPUNO, la forma de levantamiento de observaciones por parte de CONCYSSA contravendría las disposiciones establecidas en las normas Técnicas de Contraloría que exige y faculta al Comité de Recepción a la verificación de dicho levantamiento. Ello ocurriría principalmente en el tema de la Sectorización que tiene como propósito fundamental el abastecimiento racionalizado de agua potable en la ciudad de Puno, la que bajo la justificación de no estar presupuestada no se habría implementado ni se habrían efectuado las pruebas necesarias.
517. EMSAPUNO alega que, en estas circunstancias, se habría ejecutado una obra diferente a la requerida en el Expediente Técnico y, al no haber cumplido con las especificaciones técnicas expresadas en los documentos contractuales, se habría generado el acto administrativo (Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO), por medio del cual se declaró la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO que aprueba la liquidación final de obra del Lote N° 2.

518. Por estas razones, EMSAPUNO solicita que CONCYSSA concluya con el levantamiento de las observaciones efectuadas por el Comité de Recepción, toda vez que en su criterio- las observaciones pendientes han sido levantadas documentariamente por la Gerencia General, órgano que sería incompetente para el levantamiento de observaciones de las obras ejecutadas.

- **Posición de CONCYSSA**

519. En el entender de CONCYSSA, esta pretensión estaría sustentada en la declaración de nulidad del Acta de Recepción Provisional. EMSAPUNO sostiene que dicha Acta de Recepción no tendría validez por haber sido declarada nula y, sobre la base de tal circunstancia, CONCYSSA tendría que levantar las observaciones que fueron materia de un Acuerdo Amigable (conciliación para fines de la recepción de la obra) para luego realizar una nueva recepción provisional.

520. Para CONCYSSA no resulta procedente realizar una nueva recepción de obra y discutir nuevamente diferencias ya solucionadas entre las partes. Las observaciones que EMSAPUNO mantiene, a juicio del contratista, fueron materia de solución y no deberían constituir cuestiones de discusión y nuevo pronunciamiento.

- **Análisis de la sexta pretensión de la reconvención**

521. En consideración del Tribunal la presente pretensión tiene como premisa la invalidez del Acta de Recepción Provisional

de la Obra Construida de fecha 31 de julio del 2006, con lo cual se busca retrotraer la ejecución de la obra a la etapa de recepción provisional. Como se ha argumentado hasta este punto, el Acta de Recepción Provisional de la Obra ha sido válidamente suscrita por las partes. Consecuentemente, el Tribunal no encuentra causal de nulidad alguna, por lo que carece de objeto lo que solicita EMSAPUNO como sexta pretensión de la reconvención

522. Por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral estima que la sexta pretensión de la reconvención debe ser declarada INFUNDADA.

• **Respecto de la séptima pretensión de la reconvención**

523. *"El Contratista CONCYSSA S.A. cumpla con el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios a favor de EMSAPUNO por la falta de implementación de la Sectorización por la cual se ha dejado de prestar servicio de agua a los usuarios de la Entidad durante las 24 horas al día luego de culminada las obras financiadas con los fondos de la República Federal de Alemania en el Contrato de Préstamo, de Aporte Financiero y Ejecución de Proyecto N° 1999 66 599, suscrito entre el Banco Alemán KfW (Kreditanstalt für Wiederaufbau) y la República del Perú como beneficiario y EMSAPUNO S.A."*

• **Posición de EMSAPUNO**

524. EMSAPUNO estima que el perjuicio económico que ha sufrido asciende a la suma de S/. 104,793.75 en forma mensual, durante el periodo de culminación de las obras recepcionadas irregularmente hasta que CONCYSSA, logre solucionar la implementación de la Sectorización.

- **Posición de CONCYSSA**

525. CONCYSSA por su parte considera que la presente pretensión no cumpliría con los cuatro requisitos o presupuestos básicos para la determinación de la responsabilidad por daños y perjuicios: antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución.

526. Alega CONCYSSA que EMSAPUNO ha señalado simplemente que, al incumplir CONCYSSA con la Sectorización, existiría un daño vinculado a la falta de suministro de agua las 24 horas al día. No se entendería la relación entre el supuesto daño y el presunto hecho de haber incumplido con la Sectorización.

527. Sin perjuicio de ello, CONCYSSA insiste en que no habría estado obligada a ejecutar la verificación de la Sectorización. Sobre la base de dicha premisa, no puede existir –a juicio del contratista- acción u omisión de CONCYSSA que hubiese determinado o generado algún daño a EMSAPUNO.

- **Análisis de la séptima pretensión de la reconvención**

528. Para el Tribunal, conforme a lo resuelto con motivo de la tercera pretensión de la reconvención y habiéndose determinado que no es de cargo de CONCYSSA la realización de las labores de sectorización, se concluye que no hay incumplimiento contractual alguno, ni se ha generado responsabilidad civil en CONCYSSA.

529. Por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral estima que la sétima pretensión de la reconvención debe ser declarada INFUNDADA.

• **Respecto de la octava pretensión de la reconvención**

530. *"El Contratista CONCYSSA S.A. pague [S/. 430,199.58] a favor de EMSAPUNO S.A. por el concepto de pérdida de agua en el periodo comprendido de la Ejecución de Obras hasta la culminación de las mismas, así como por todo el periodo de Conservación por Defecto, debido a que el proyecto de la Sectorización tiene el propósito determinar las fugas de agua potabilizada y su implementación de acciones correctivas, situación que no funciona en la actualidad, cuya cuantía económica será sustentada en la contestación del Arbitraje".*

• **Posición de EMSAPUNO**

531. **Respecto de las pérdidas de agua por roturas:**

EMSAPUNO afirma haber tenido considerables pérdidas de agua en la etapa de la ejecución de la obra, debido a varios factores, tales como roturas, retiro de válvulas de sectores cerrados antes de la ejecución de la obra. Ello, a juicio de la

entidad, habría generando un desbalance hídrico que hasta la fecha no se habría podido restablecer, toda vez que está dicho desbalance se encuentra ligado a la falta de la implementación de la Sectorización.

532. **Respecto de las pérdidas de agua por suspensión de atención al cliente:** EMSAPUNO también se habría visto obligada a suspender el servicio de abastecimiento de agua potable, registrándose reclamos operacionales que habrían deteriorado la imagen de EMSAPUNO frente a los usuarios y a la comunidad.

533. **Respecto de los mayores metrados pagados por la supervisión y diferencias encontradas por Comité de Recepción:** Durante el proceso de recepción de obra el Comité designado realizó observaciones. En respuesta a tales observaciones, CONCYSSA y el Supervisor se habrían comprometido a realizar las compensaciones económicas referentes a los aspectos que no se ejecutaron en la obra. No habría ocurrido así pues se habrían encontrado valorizadas y pagadas.

534. La suma total de los tres rubros desarrollados (cortes de agua por roturas, cortes de agua por suspensión de servicio y valorización de mayores metrados respecto de los determinados por el Comité de Recepción), alcanzaría a criterio de EMSAPUNO el monto de S/. 430,199.58 que la entidad solicita se devuelva en la valorización de cuentas final que debería practicarse como resultado del presente arbitraje.

- **Posición de CONCYSSA**

535. En la posición de CONCYSSA, EMSAPUNO no ha explicitado si lo que solicita es una indemnización u otra modalidad de pago. Simplemente EMSAPUNO exigiría que CONCYSSA asuma la responsabilidad de las pérdidas de agua y solicita se LE reconozca un menor valor a favor de CONCYSSA por supuestos metrados no ejecutados.
536. EMSAPUNO no habría acreditado ninguno de los presupuestos para la determinación e imputación de responsabilidad.

- **Análisis de la octava pretensión de la reconvención**

537. Respecto de la presente pretensión indemnizatoria por supuestos daños y perjuicios causados a EMSAPUNO, EL Tribunal reitera que resulta necesario que se verifiquen, de manera concurrente, los siguientes elementos exigidos tanto por la doctrina, como por la legislación nacional: (i) la existencia de un daño cierto causado a la parte perjudicada; (ii) la existencia de un factor de atribución imputable a la conducta de EMSAPUNO; y (iii) una relación de causalidad adecuada entre dicha la conducta antijurídica y el daño alegado. Como resulta obvio y lo ha dejado en claro este Tribunal en el presente laudo, cada uno de dichos elementos debe estar debidamente acreditado.

- a) Para acreditar esta pretensión, EMSAPUNO ofrece únicamente los siguiente documentos: (a) Memorando N°

051-2007-EMSAPUNO/GC que señala: *"alcanzo el Informe N° 019-2007-EMSAPUNO-GC adjuntando el expediente por las reparaciones realizadas durante los años 2004 y 2005 de las roturas de nuestras redes de distribución ocasionadas por CONCYSSA solicitando que por su intermedio se gestione los pagos de las valorizaciones (...)"* (anexo 2.1.J de la reconvencción); (b) Memorando N° 019-2007-EMSAPUNO/GC que señala: *"Adjunto a la presente las valorizaciones de reparaciones por roturas efectuadas por le Empresa CONCYSSA por roturas durante la ejecución de trabajos de los años 2004 (...) y 2005 (...)"*. (anexo 2.1.K de la reconvencción); (c) Memorando N° 064-2006-EMSAPUNO/GC que señala: *"Mediante la presente alcanzo a usted el Informe N° 122-2006-EMSAPUNO-GP/DOM, por el cual se comunica la valorización de las reparaciones realizadas en el año 2004 y 2005, ocasionadas por la Empresa CONCYSSA"* (anexo 2.1.L de la reconvencción); y (d) Informe N° 122-2006-EMSAPUNO-GP/DOM que señala: *"Mediante la presente tengo a bien adjuntar a Ud. valorizaciones realizadas de las roturas de redes de agua y desagüe, roturas de conexiones domiciliarias, desperdicios y otros ocasionados por la empresa CONCYSSA"* (anexo 2.1.LL de la reconvencción)

538. En tal sentido, el Tribunal Arbitral estima que los mencionados medios probatorios no resultan adecuados para sustentar los elementos de la responsabilidad civil antes mencionados. Se trata de documentos conteniendo simples declaraciones unilaterales de parte de EMSAPUNO. Tales

documentos no resultan idóneos para acreditar especialmente que los mencionados daños han sido efectivamente causados por CONCYSSA.

En suma, el Tribunal aprecia que los imputados daños por cortes de agua por roturas, cortes de agua por suspensión de servicio y valorización de mayores metrados no se encuentran sustentados documentalmente, por lo que carece de objeto una profundización abstracta sobre los daños invocados.

539. Por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral estima que la octava pretensión de la reconvención debe ser declarada INFUNDADA.

XIV. CON RELACIÓN A CÓMO DEBEN LAS PARTES ASUMIR LOS COSTOS Y HONORARIOS DEL PRESENTE ARBITRAJE

540. El artículo 52° de la LGA, dispone que los árbitros se pronunciaran en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes. Además, la norma establece que en el laudo el Tribunal Arbitral se pronunciará por su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del laudo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

En el presente caso, el convenio arbitral sí establece una regulación sobre los costos del arbitraje señalando textualmente, en su parte pertinente, lo siguiente:

“Vigésima Tercera: Arbitraje (...)

(2) La decisión del Tribunal Arbitral será inapelable y definitiva para **ambas partes**, las cuales **deberán cubrir los costos del arbitraje por igual**.

Se aplicara supletoriamente la Ley General de Arbitraje”. (Énfasis añadido al original)

541. En tal sentido, el Tribunal Arbitral aprecia que en el Convenio Arbitral contenido en la cláusula vigésima tercera de EL CONTRATO, las partes de esta controversia han pactado una regla particular sobre los gastos arbitrales.
542. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral considera que no corresponde ordenar a ninguna de las partes el pago de los gastos del proceso arbitral para no alterar el pacto expreso contenido en la mencionada cláusula arbitral. En consecuencia, dispondrá que cada parte deberá cubrir sus propios gastos y los gastos comunes, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Arbitral, por mitades; es decir, cada parte deberá asumir los gastos en que ya incurrió.

XV. LAUDO

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, así como por la voluntad de las partes a través de El Contrato suscrito por ellas y del convenio arbitral contenido en él, unido a lo establecido por el Acta de Instalación, este Tribunal Arbitral, resuelve en **DERECHO**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda y, en ese sentido, se ordena a EMSAPUNO que cumpla con el pago inmediato de S/. 211,428.73 (doscientos once mil cuatrocientos veintiocho con 73/100 Nuevos Soles) que adeuda a CONCYSSA, como saldo de la liquidación final de la obra, y que cumpla con pagar el interés legal correspondiente, calculado desde el 14 de mayo del 2008, hasta la fecha efectiva de pago.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión de la demanda y, en consecuencia, en este extremo, se declara la inejecución y extinción de la Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79, presentada como garantía de buena ejecución.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal y, en consecuencia, se ordene a EMSAPUNO devolver a CONCYSSA la mencionada Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79 en el plazo de cinco (5) días hábiles.

CUARTO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión de la demanda y, en consecuencia, ordena que EMSAPUNO cumpla con pagar a CONCYSSA la suma de S/. 22,465.82 por concepto de indemnización.

QUINTA: DECLARAR INFUNDADA la reconvencción de EMSAPUNO en el extremo en que solicita como primera pretensión principal se declare la nulidad del acta de negociación de contrato de fecha 03 de junio de 2004 y la nulidad de la cláusula novena del Contrato.

SEXTA: DECLARAR INFUNDADA la reconvencción de EMSAPUNO en el extremo en que solicita como primera y segunda pretensión accesoria a la pretensión principal: (i) que se ordene la ejecución de la obra conforme al expediente técnico aprobado; y (ii) que se ordene a CONCYSSA el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados de hasta S/. 841,324.28 nuevos soles.

SÉTIMA: DECLARAR INFUNDADA la reconvencción de EMSAPUNO en el extremo en que solicita como segunda pretensión principal se ordene a CONCYSSA cumpla con las especificaciones técnicas establecidas en el Expediente para el proceso de la Licitación, referido a la tubería de filtro. Asimismo DECLARA INFUNDADA la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal por la que solicita se ordene al contratista se deduzca de su liquidación la suma de S/. 875,346.45 nuevos soles.

OCTAVA: DECLARAR INFUNDADA la reconvencción de EMSAPUNO en el extremo en que solicita como tercera pretensión principal que se ordene a CONCYSSA S.A. realizar los trabajos necesarios para que funcione la sectorización cuyo objetivo es establecer zonas independientes de consumo. Asimismo resuelve **DECLARAR INFUNDADA** la tercera pretensión accesoria en que solicita se indemnice a EMSAPUNO por la suma total de S/. 1'000,000.00 nuevos soles.

NOVENA: DECLARAR INFUNDADA la reconvencción de EMSAPUNO en el extremo en que solicita como cuarta pretensión principal se **declare la**

nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG de fecha 08 de agosto del 2005 que decidió ampliar el plazo de El Contrato por 37 días.

DÉCIMA: DECLARAR INFUNDADA la reconvención de EMSAPUNO en el extremo en que solicita como quinta pretensión principal se aplique las penalidades por mora en la entrega del Componente de Galerías Filtrantes Totorani.

UNDECIMA: DECLARAR INFUNDADA la reconvención de EMSAPUNO en el extremo en que solicita como sexta pretensión principal se concluya con la Etapa de Recepción Provisional de Obra.

DUODÉCIMA: DECLARAR INFUNDADA la reconvención de EMSAPUNO en el extremo en que solicita como séptima pretensión principal se ordene pagar una indemnización por la suma de S/. 1 084,651.37 nuevos soles por la falta de implementación de la sectorización.

DÉCIMO TERCERA: DECLARAR INFUNDADA la reconvención de EMSAPUNO en el extremo en que solicita como octava pretensión principal se ordene a CONCYSSA S.A. *pagar a favor de EMSAPUNO S.A. por el concepto de pérdida de agua la suma de S/. 430,199.58 Nuevos Soles.*

DÉCIMO CUARTO: FIJAR, de manera definitiva, los honorarios de cada árbitro en la suma de S/. 48,000.00 (Cuarenta y ocho mil y 00/100 nuevos soles) netos y del secretario arbitral en la suma de S/. 15,000.00 (Quince mil quinientos y 00/100 nuevos soles) netos, conforme a los tres anticipos de honorarios dispuestos por el Tribunal Arbitral que se encuentran debidamente cancelados.

DÉCIMO QUINTO: Cada parte deberá cubrir sus propios gastos y los gastos comunes, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Arbitral, por mitades; consecuentemente, cada parte deberá asumir los gastos en que ya incurrió.

DÉCIMO SEXTO: Dispóngase que el Secretario Arbitral cumpla con remitir el presente Laudo Arbitral de Derecho al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE.

Notifiquese a las partes.



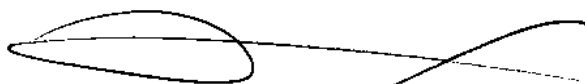
JAVIER DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA

Presidente del Tribunal Arbitral



JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

Árbitro



ALDO ZELA VILLEGAS

Secretario Arbitral

VOTO PARTICULAR O SINGULAR DE LAUDO ARBITRAL EMITIDO POR EL
ÁRBITRO DR. JOSÉ LUIS BRIONES TINOCO

LAUDO DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR:

PARTE DEMANDANTE: CONCYSSA S.A.

PARTE DEMANDADA: EMPRESA MUNICIPAL DE SANEAMIENTO DE PUNO S.A. – EMSAPUNO S.A.

MATERIA: OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO Y OTROS.

TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR EL DOCTOR JAVIER DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA (PRESIDENTE), EL DOCTOR JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (ÁRBITRO) Y EL DOCTOR JOSÉ LUIS BRIONES TINOCO (ÁRBITRO)

VISTOS: los antecedentes del proceso que se exponen:

CUESTIONES SOMETIDAS A ARBITRAJE Y SUMARIA REFERENCIA A LAS ALEGACIONES Y CONCLUSIONES DE LAS PARTES.

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 18 de febrero de 2008, CONCYSSA S.A. (en adelante, CONCYSSA) suscribió con EMSAPUNO S.A. (en adelante, EMSAPUNO) un contrato de construcción de obra a precios unitarios, con la finalidad de que CONCYSSA ejecutara (con el financiamiento de República Federal Alemana a través de la entidad KfW) las obras en el Lote 2: Galerías de Filtración Totorani, rehabilitación de la cámara de bombeo de desagüe El Floral, colectores secundarios Urbanización Vallecito y Machallata y las redes de alcantarillado del proyecto del sistema de agua potable y alcantarillado de Puno (en adelante EL CONTRATO).

De conformidad con la cláusula vigésimo tercera de EL CONTRATO, cualquier controversia que pudiese surgir desde la celebración de EL CONTRATO, sería resuelto de manera definitiva mediante un Arbitraje.

II. DESIGNACIÓN DE LOS INTEGRANTES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Al surgir una controversia entre las partes en relación a EL CONTRATO, CONCYSSA designó como árbitro al doctor Augusto Ferrero Costa. A su turno y dentro del plazo de ley, EMSAPUNO designó al doctor José Luis Briones Tinoco como árbitro.

Posteriormente, ambos árbitros llegaron a un acuerdo sobre la designación del Presidente del Tribunal Arbitral, nombrándose como tal al doctor Javier de Belaunde López de Romaña.

Cabe señalar que con fecha 19 de octubre del 2009, el Dr. Augusto Ferrero Costa renunció a su cargo como árbitro del presente proceso, siendo sustituido por el Dr. Jorge Santistevan de Noriega, ello de conformidad con lo señalado en la Resolución N° 22, de fecha 26 de noviembre del 2009.

Con fecha 25 de abril de 2008, se instaló el Tribunal Arbitral con presencia y participación de ambas partes. Los árbitros ratificaron la aceptación del cargo declarando no tener ningún tipo de incompatibilidad ni compromiso con las partes. En este acto también se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios de los árbitros y del secretario arbitral.

En el numeral 3 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se dispuso que en virtud de EL CONTRATO y, en concordancia con lo establecido por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM (en adelante, LCAE) y su Reglamento (en adelante EL REGLAMENTO), el presente arbitraje fuera de derecho.

Asimismo, en EL CONTRATO se estableció que el laudo emitido en el presente proceso sería vinculante y pondría fin al proceso de manera definitiva, siendo el mismo inapelable.

Además, de acuerdo con el punto 4 del Acta de Instalación, el presente arbitraje debe regirse de acuerdo con las reglas establecidas en ella y, en su defecto, por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante, LA LEY) y EL REGLAMENTO, así como por la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA).

Asimismo, se dispuso que en caso de deficiencia o vacío de las mencionadas reglas, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva

del modo que considerase apropiado, velando por el derecho de ambas partes a un debido proceso.



III. SÍNTESIS DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR CONCYSSA EN SU ESCRITO DE DEMANDA, ASÍ COMO LOS ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN

Con fecha 14 de mayo de 2008, CONCYSSA presentó su escrito de demanda formulando las siguientes pretensiones:

3.1. Pretensiones formuladas por CONCYSSA

- 3.1.1. **Primera pretensión principal:** *"Que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO el pago inmediato de los S/. 211,428.73 (doscientos once mil cuatrocientos veintiocho con 73/100 Nuevos Soles) que hasta la fecha EMSAPUNO adeuda a CONCYSSA, como liquidación final del Contrato, incrementados con el interés respectivo, considerando que el Contrato ha sido ejecutado con sujeción a los términos establecidos en el mismo, así como a los acuerdos posteriores, celebrados voluntariamente entre las partes".*
- 3.1.2. **Segunda pretensión principal:** *"Que el Tribunal Arbitral ordene la inejecución y declare la extinción de la Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79 otorgada por el Banco Continental como garantía de Buen Funcionamiento de las obras ejecutadas por CONCYSSA".*
- 3.1.3. **Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal:** *"Que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO devolver a CONCYSSA la mencionada carta fianza N° 0011-09010-9800109234-79, en un plazo máximo de 24 horas contadas a partir de la notificación del laudo arbitral, y que, en su defecto, se asuma de pleno derecho que vencido el plazo establecido, la carta fianza ha sido devuelta para todos sus efectos".*
- 3.1.4. **Tercera pretensión principal:** *"Que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO el pago de una indemnización ascendente a la suma de S/. 500,000.00 (quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) por el daño emergente y el daño a la imagen ocasionados a CONCYSSA".*

3.2. Fundamentos de hecho de la demanda



3

CONCYSSA sustenta sus pretensiones en los siguientes fundamentos de hecho:

- 3.2.1. Con fecha 4 de junio de 2004, CONCYSSA y EMSAPUNO suscribieron un contrato de construcción de obra a precios unitarios, con la finalidad de que CONCYSSA ejecutara (con el financiamiento de República Federal Alemana a través de la entidad KfW) las obras en el Lote 2: Galerías de Filtración Totorani, rehabilitación de la cámara de bombeo de desagüe El Floral, colectores secundarios Urbanización Vallecito y Machallata y las redes de alcantarillado del proyecto del sistema de agua potable y alcantarillado de Puno. La retribución total por las obras a ejecutarse se pactó en S/. 19'250,117.65.
- 3.2.2. En EL CONTRATO se establecieron tres (3) garantías bancarias que fueron oportunamente entregadas por CONCYSSA. Estas garantías fueron:
- (i) **Garantía de Anticipo:** prevista en el numeral XIII-III de EL CONTRATO en respaldo del monto otorgado anticipadamente por la KfW.
 - (ii) **Garantía de Cumplimiento:** prevista en el numeral XIII-III de EL CONTRATO, que conforme al mismo se mantuvo vigente hasta 30 días después de producida la Recepción Provisional de la Obra.
 - (iii) **Garantía de Buena Ejecución:** prevista en el numeral XIII-III de EL CONTRATO, que fue otorgada por CONCYSSA una vez devuelta la Garantía de Cumplimiento y que se mantuvo vigente hasta el 30 de Julio del 2007, fecha en la que se habría cumplido un año calendario contado a partir de la Recepción Provisional de la Obra.
- 3.2.3. En la cláusula décima del Contrato, se estableció que en tal oportunidad, EMSAPUNO debería proceder a la Recepción Definitiva de la Obra entregando el "Certificado Final de Terminación de la Obra Construida", en la medida que no existieran fallas o desperfectos en la obra construida que no hubiesen sido reparados por CONCYSSA a requerimiento de EMSAPUNO.
- 3.2.4. EL CONTRATO habría previsto la entrega de tres garantías distintas, en respaldo de 3 tipos de obligaciones diferentes. En tal sentido, mientras que la Garantía de Anticipo respaldaba el uso adecuado del dinero otorgado de manera anticipada como

adelanto; la Garantía de Cumplimiento respaldaba la ejecución de las obras y el cumplimiento de las obligaciones del Contrato; y la Garantía de Buena Ejecución garantizaba la conservación de la obra, sirviendo de respaldo para aquellos casos en los que se presentara alguna falla no advertida en la obra ya terminada o algún vicio oculto por repararse.

- 3.2.5. Durante la vigencia de EL CONTRATO, CONCYSSA habría ejecutado las obras conforme a lo pactado, siendo que con fecha 7 de diciembre del 2004, EMSAPUNO procedió a la Recepción de parte de la Obra contratada (la Galería Filtrante de Totorani) planteando 14 observaciones, que habrían sido subsanadas, procediéndose el 15 de agosto del 2006 a la Recepción de dicha Obra sin observaciones, y suscribiéndose un Acta de Acuerdo Amigable entre EMSAPUNO y CONCYSSA, mediante la cual se pretendió superar de mutuo acuerdo, las observaciones que fueron planteadas en su oportunidad por EMSAPUNO.
- 3.2.6. Con fecha 5 de abril de 2006, EMSAPUNO procedió a la Recepción de la otra parte de la Obra planteando determinadas observaciones, que habrían sido de igual manera subsanadas, procediéndose a la Recepción de dicha Obra sin observaciones, mediante acta de fecha 31 de julio del 2006.
- 3.2.7. Entre la fecha en la que se plantearon las observaciones por EMSAPUNO y la fecha en que dichas observaciones fueron levantadas a través de la suscripción del Acuerdo Amigable, habría transcurrido un plazo considerable, en el que las partes habrían negociado, de acuerdo a consideraciones técnicas y no políticas, una solución a las divergencias existentes.
- 3.2.8. Habiéndose cumplido con ejecutar a satisfacción de EMSAPUNO las obras materia de EL CONTRATO, se dio inicio al periodo de conservación de la obra (de un año contado a partir de la Recepción sin observaciones). Para ello, CONCYSSA entregó la Garantía de Buena Ejecución como respaldo de las obligaciones de conservar la obra y responder ante fallas o vicios ocultos que pudieran presentarse y que le fueran imputables.
- 3.2.9. Durante esta etapa, CONCYSSA habría atendido a los requerimientos planteados por EMSAPUNO con arreglo a EL CONTRATO, no existiendo ninguna obligación vinculada a la conservación de la obra que se

encuentre pendiente.

- 3.2.10. A poco tiempo de cumplirse con el plazo de conservación de la obra (prevista para julio 2007) y esperando que EMSAPUNO cumpliera con efectuar la Recepción Definitiva de la misma, con fecha 20 de junio de 2007, CONCYSSA recibió la Carta Notarial N° 018-2007-EMSAPUNO, a través de la cual se comunica la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG.
- 3.2.11. Mediante la mencionada Resolución, EMSAPUNO declaró la "nulidad" de cuatro actos ejecutados por ella misma, en su administración anterior, a saber:
- (i) La Resolución N° 037-2006-EMSAPUNO/GG que modifica la composición del Comité de Recepción Provisional de la obra "Galería de Filtración Totorani" originalmente nombrado por EMSAPUNO.
 - (ii) El acuerdo amigable de fecha 15 de agosto de 2006 en el que se levantan las observaciones originalmente planteadas a la obra y se recibe la misma sin observaciones.
 - (iii) El Acta de Recepción Provisional de fecha 31 de julio de 2006 donde se reciben sin observaciones las obras del "Lote 2".
 - (iv) La Resolución N° 069-2006-EMSAPUNO en la que se aprueba la liquidación final de las obras del "Lote 2".
- 3.2.12. La nueva Gerencia General de EMSAPUNO declaró la nulidad de Los referidos actos argumentando que los mismos se habrían generado irregularmente por las anteriores autoridades; y que el acuerdo amigable de fecha 15 de agosto de 2006 no se encontraba permitido.
- 3.2.13. Con fecha 5 de julio de 2007, CONCYSSA habría remitido la Carta de Respuesta N° 024-2007-GC, manifestando que la mencionada Resolución de EMSAPUNO carecía de todo sustento y que por ende no podía generar ningún efecto frente a ella ni frente a terceros. Asimismo, EMSAPUNO no habría dado respuesta a dicha comunicación.
- 3.2.14. Con fecha 10 de agosto de 2007, EMSAPUNO remitió al Banco Continental la Carta Notarial N° 034-2007-EMSAPUNO/GG solicitando la ejecución de la garantía de buena ejecución de EL CONTRATO por Las siguientes consideraciones: (1) al no haberse producido la recepción definitiva; y, (ii) ante la necesidad de mantener vigente la citada garantía, señalándose además que, por tales consideraciones, EMSAPUNO determina que CONCYSSA no habría cumplido EL

CONTRATO en forma debida.

- 3.2.15. Frente a ello, CONCYSSA solicitó al Tercer Juzgado Civil de Puno una medida cautelar genérica que ordene la suspensión de la ejecución de la mencionada garantía. Así, mediante Resolución N° 1 de fecha 28 de agosto de 2007, se concedió la medida cautelar solicitada, ordenándose renovar la mencionada garantía.
- 3.2.16. Posteriormente, habiéndose desistido CONCYSSA de la medida cautelar concedida, con fecha 30 de octubre del 2007, EMSAPUNO remitió al Banco Continental la Carta Notarial N° 038-2007-EMSAPUNO-GG mediante la cual solicitó nuevamente la ejecución de la carta fianza emitida como Garantía de Buena Ejecución, aduciendo esta vez que CONCYSSA no habría cumplido con el contrato en la forma debida, negándose a reparar o corregir defectos de la obra. Así, CONCYSSA presento nuevamente una solicitud cautelar requiriendo la suspensión de la nueva solicitud de ejecución de carta fianza presentada por EMSAPUNO. Dicha medida cautelar fue otorgada con fecha 8 de noviembre de 2007.

3.3. Fundamentos de derecho

En el escrito de demanda se señalan los siguientes fundamentos de derecho:

- 3.3.1. EMSAPUNO estaría desconociendo unilateralmente un contrato (el Acuerdo Amigable) y; sobre la base de tal desconocimiento, pretende ejecutar una carta fianza y hacer suyo su valor.
- 3.3.2. Las obras materia de EL CONTRATO habrían sido ejecutadas íntegramente por CONCYSSA y recibidas en su totalidad por EMSAPUNO. La recepción de las obras se hizo bajo el esquema de recepción de obra con observaciones en un primer momento, y luego las partes procuraron una solución amigable que se materializó en el Acuerdo Amigable suscrito el 15 de agosto de 2006. Este Acuerdo Amigable sería un contrato que contendría la aceptación de EMSAPUNO y la correspondiente recepción de las obras materia de EL CONTRATO.
- 3.3.3. Posteriormente, EMSAPUNO desconoce el Acuerdo Amigable y deja de pagar a CONCYSSA la liquidación final del contrato y exige la ejecución de la carta fianza otorgada como garantía de buena

ejecución. EMSAPUNO no habría considera lo siguiente:

- a. Que de acuerdo a EL CONTRATO, la ejecución de la cartas fianza es el último remedio y que EMSAPUNO no tiene constancia que acredite el cumplimiento del requisito de requerimiento formal hacia CONCYSSA.
- b. Que la carta fianza vigente al momento de la solicitud es una de garantía de buena ejecución, en respaldo exclusivo de vicios ocultos o desperfectos nuevos propios de la etapa en que se encontraba la obra. La carta fianza vigente no respaldaba la ejecución del contrato (que fue en su época respaldada por otra garantía que a la fecha no tiene vigencia).
- c. Que de acuerdo a EL CONTRATO, la ejecución de las garantías no es un mecanismo de enriquecimiento arbitrario, sino un mecanismo para suplir incumplimientos determinados en función a cada etapa de la obra. EMSAPUNO consecuentemente con su actuación arbitraria de no precisar el incumplimiento, tampoco se preocupo en precisar el importe que en todo caso se requería para corregir las obras, sino que habría buscado la ejecución del integro del importe garantizado. Asimismo, habría solicitado que el pago se efectuara en una cuenta propia de EMSAPUNO, y no en aquella prevista en EL CONTRATO (cuenta KfW), considerando que fue la KfW la que financió íntegramente la obra. Esto ultimo evidenciaría las intenciones de EMSAPUNO, cuales no parecerían ser otras que las de apropiarse arbitrariamente del importe de la carta fianza.

3.3.4 Mediante Carta Notarial N° 005-2007-EMSAPUNO, EMSAPUNO ha manifestado que a su entender CONCYSSA ha incumplido en la ejecución básicamente en los siguientes puntos:

- (i) EMSAPUNO señaló que CONCYSSA habría incumplido EL CONTRATO, puesto que habría utilizado para ejecutar las obras, un material distinto al requerido. Al respecto, no solo el cambio de material habría sido aceptado v aprobado expresamente por EMSAPUNO a través del Consultor Supervisor de la Obra (GITEC SERCONSULT) de acuerdo a la cláusula décimo novena de EL CONTRATO (como lo revelaría la carta de fecha 19 de agosto de

2004 en la que se otorga conformidad al nuevo material), sino que además esta observación fue absuelta de manera expresa en el Acuerdo Amigable.

(ii) EMSAPUNO señala que el rendimiento y caudal de la Galería Filtrante Totorani no alcanzaría el considerado en el expediente técnico y que el defecto en dicho rendimiento constituye un incumplimiento imputable a CONCYSSA. Respecto de este punto, y al igual que el anterior, la discusión acerca del rendimiento y caudal de la Galería Filtrante, se produjo anteriormente entre las partes y fue resuelto mediante el Acuerdo Amigable (observación 13) en el que las partes reconocen que si bien el rendimiento es de 20 l.p.s. y no de 35,6 l.p.s., esto no se debe a una causa imputable a CONCYSSA sino al diseño de la obra que fue elaborado por otro proveedor.

(iii) EMSAPUNO señala que hay un incumplimiento de CONCYSSA en realizar la sectorización de las obras ejecutadas. Al respecto, CONCYSSA habría hecho una pregunta formal al Supervisor de la Obra (GITEC SERCONSULT), que fue anotada en el respectivo Cuaderno de Obra (asiento 238), sobre quién debería realizar la verificación de la sectorización, para que, en caso se requiriese ser efectuada por CONCYSSA, se procediera a la aprobación del adicional correspondiente (en tanto no estaba contemplado en EL CONTRATO, las bases y las condiciones técnicas). Frente a dicha consulta, el Supervisor de la Obra designado por EMSAPUNO señaló expresamente que la puesta en operación y funcionamiento de la sectorización no correspondía ser efectuada por CONCYSSA, tal y como se constaría en el último párrafo del Asiento 239 del Cuaderno de obra.

(iv) EMSAPUNO reclama a CONCYSSA el uso de la tecnología sin zanja que involucraba que en algunos sectores se realizara una labor de mantenimiento a las tuberías de fierro fundido existentes, en lugar de efectuar el cambio por otras nuevas tuberías de PVC. Sobre este punto, si bien en un inicio el expediente técnico originalmente planteado contemplaba la sustitución de todas las tuberías, CONCYSSA sustentó técnicamente que existían tuberías de fierro fundido que presentaban

características de calidad muy superiores a las de PVC. En virtud a ello, CONCYSSA sugirió que en esos casos se empleara sin costo adicional alguno una tecnología para rehabilitar dichas tuberías mediante acciones de limpieza y revestimiento con mortero cemento. Esta sugerencia habría sido acogida en su oportunidad por EMSAPUNO con la no objeción de la KfW, toda vez que no hacerlo hubiese implicado causar un perjuicio al pueblo de Puno sustituyendo unas tuberías (que requerían solo un mantenimiento especializado) por otras de menor calidad. Por ello, esta sugerencia habría sido incorporada en la cláusula novena de EL CONTRATO.

3.3.5 Respecto de la resolución unilateral de contratos a través de la emisión de actos administrativos.- La nulidad de oficio es una prerrogativa excepcional con la que cuenta la administración para que, bajo los parámetros de la legalidad, interés público y respeto al orden jurídico, pueda corregir errores en la emisión de actos administrativos.

3.3.6 Desde un punto de vista formal y de acuerdo a lo establecido en el artículo 202° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG sería ilegal e incapaz de producir efectos legales por las siguientes consideraciones:

- (i) El Acuerdo Amigable es un contrato y no se encontraría sujeto al poder de *ius imperium* de la administración pública. En tal sentido no podría ser objeto de una acción de nulidad de oficio.
- (ii) La acción de nulidad del contrato tiene sus propias causales establecidas en el Código Civil y la vía sería la judicial.
- (iii) En cualquier caso, no existe contravención al artículo 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General.
- (iv) La Resolución fue emitida por la Gerencia General de EMSAPUNO y el Acuerdo Amigable fue también suscrito por la Gerencia General, por lo que no se cumple con el requisito de emisión por el superior jerárquico.
- (v) La Resolución carecería de motivación.
- (vi) La Resolución vulneraría los principios de legalidad, debido procedimiento y predictibilidad previstos en el artículo IV de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

- 3.3.7 La resolución mencionada habría tenido como único móvil el desconocer un contrato previamente celebrado y con ello ejecutar la carta fianza otorgada y hacer suyo su valor.
- 3.3.8 Respecto de la responsabilidad de EMSAPUNO en los daños ocasionados a CONCYSSA.- CONCYSSA habría sufrido una serie de daños patrimoniales y extrapatrimoniales cuyo resarcimiento estaría justificado.
- 3.3.9 Para que exista responsabilidad civil contractual o extracontractual, deberán necesariamente confluir cuatro presupuestos básicos: la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución de responsabilidad.

Antijuricidad: En el presente caso, encontraríamos diversas conductas antijurídicas que se podrían agrupar en: (i) conductas violatorias al deber contractual de colaboración y buena fe contractual; (ii) conductas contrarias a la buena fe como principio general; y (iii) conductas difamatorias y de agravio directo a la imagen.

La conducta de EMSAPUNO de no respetar el deber de colaboración que el derecho impone a todos los contratantes, se pondría de manifiesto en todo el periodo de conservación de la obra, resultando evidente en los siguientes casos:

- a) Cuando EMSAPUNO desconoció unilateralmente la recepción de las obras efectuada por ella misma e imputa un incumplimiento general a CONCYSSA.
- b) Cuando EMSAPUNO exigió la ejecución de una carta fianza sin advertir la existencia de algún vicio o desperfecto, así como requerir la subsanación de dicho vicio o desperfecto particular en caso de haber existido, violando EL CONTRATO
- c) Cuando EMSAPUNO se rehúsa a pagar a CONCYSSA el importe que le debe conforme a EL CONTRATO.
- d) Cuando EMSAPUNO se rehúsa a reunirse con CONCYSSA, para que, dentro del marco establecido en EL CONTRATO, puedan solucionar sus diferencias.
- e) Cuando EMSAPUNO requiere que el pago del importe de la carta fianza se haga en una cuenta propia y no en la prevista en EL CONTRATO (cuenta KfW).

En cuanto a las actuaciones contrarias a la buena fe como principio general señalan las siguientes:

- a) Abusar de las prerrogativas legales con que cuenta la administración pública para procurar oponer una resolución ilegal.
- b) Engañar para obtener una ventaja que llevó a CONCYSSA a desistirse de la primera medida cautelar obtenida.
- c) Dilatar todo intento de solución de una diferencia, postergando y trabando la instalación del Tribunal Arbitral.

En cuando a las conductas difamatorias señalan las siguientes:

- a) Citar al Congreso de la República a CONCYSSA para difamarla públicamente, imputándole incumplimientos y la comisión de ilícitos penales tales como la estafa y la colusión.
- b) Publicar en medios masivos de comunicación como son la página web de acceso al público de EMSAPUNO, y diversos diarios que CONCYSSA ha incumplido dolosamente el contrato en desmedro de la población puneña.
- c) Difundir verbalmente en toda la comunidad de Puno que CONCYSSA ha incumplido sus obligaciones, ha estafado al Estado y ha malversado sus fondos.

El daño: CONCYSSA habría sido víctima de dos clases de daño: El primero de carácter patrimonial -daño emergente- y el segundo de carácter extrapatrimonial -daño a la imagen y la reputación-.

Daño emergente: El daño emergente se vincula a la idea de gasto, derogación, empobrecimiento. Es la consecuencia inmediata e inminente de la conducta antijurídica.

En el presente caso, dentro del concepto de daño emergente, CONCYSSA habría sufrido los siguientes daños:

- a) CONCYSSA, durante todo el proceso de conservación de la obra, se habría visto obligada a asumir una serie de gastos de viajes, viáticos, gastos de asesoría legal, entre otros que ascenderían a la suma de S/. 79,864.19.
- b) CONCYSSA se habría visto obligada a contratar informes técnicos de primer nivel para evaluar de manera imparcial y

objetiva las características y el funcionamiento de las obras ejecutadas, pagando a los ingenieros responsables la suma de S/. 26,901.95.

- c) CONCYSSA se habría visto obligada a mantener vigente la carta fianza de buena ejecución hasta la fecha, aun cuando de acuerdo al contrato solo debía mantenerla vigente hasta el 30 de julio de 2007. Mantener dicha carta fianza hasta la fecha, habría significado un costo financiero ascendente a la suma de S/. 22,465.82.
- d) Para mantener vigente la carta fianza, CONCYSSA habría tenido que inmovilizar sus cuentas hasta por casi dos millones de soles, con la consecuente pérdida de utilidad y costo de oportunidad de este capital. Ello significaría una pérdida por costo de oportunidad del orden de entre el 10% y 15% anual, que se debería reconocer. En tal sentido, el costo de oportunidad por inmovilización del dinero oscilaría entre S/. 192,501.17 y S/. 288,751.76.

Daño a la imagen: Las conductas de EMSAPUNO habrían generado importantes daños a la imagen y reputación de CONCYSSA. Así, CONCYSSA tendría un valor que excede aquel que pueda obtenerse de la simple lectura de sus balances y estados financieros. Ese activo intangible está compuesto por su marca, su prestigio, su imagen y su reputación. Las difamaciones de las que CONCYSSA habría sido objeto han determinado que ésta vea menoscabada su imagen. Esta pretensión indemnizatoria, con relación al perjuicio generado a la imagen de CONCYSSA se valora entre S/. 80,000.00 y S/. 170,000.00.

El nexo causal: En el presente caso las conductas antijurídicas señaladas constituirían causa adecuada de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales invocados por CONCYSSA.

El factor de atribución de responsabilidad: En el presente caso quedaría evidenciado que EMSAPUNO ha actuado dolosamente, ya que su conducta habría sido intencionada y dirigida a perjudicar a CONCYSSA.

- 3.3.10 La confluencia de los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil ampararían la tercera pretensión principal de la demanda, por lo que se debería ordenar a EMSAPUNO el pago de una indemnización ascendente a S/.

500,000.00 por todos los daños y perjuicios (daño emergente y daño a la imagen).

3.3 Medios probatorios ofrecidos por CONCYSSA

En calidad de medios probatorios, CONCYSSA ofreció en su escrito de demanda los documentos y pruebas correspondientes al acápite IV, denominado "MEDIOS PROBATORIOS" y que se identifican como anexos del 1-C al 2-K.

IV. SINTESIS DE LA POSICIÓN DE EMSAPUNO RESPECTO DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR CONCYSSA Y LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN

Mediante escrito presentado el 29 de mayo de 2009, EMSAPUNO contestó la demanda, solicitando que sea declarada infundada en todos sus extremos.

Sustentó su posición en los siguientes fundamentos:

4.1. Pronunciamiento sobre los hechos expuestos en la primera pretensión demandada:

4.1.1. La pretensión de pago de saldo por concepto de Liquidación Final resultaría infundada; puesto que mediante Carla Notarial N° 018-2007-EMSAPUNO/GG, recepcionada por CONCYSSA en fecha 18 de junio del 2007, se notificó la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG del 14 de junio del 2007, por la que se declaraba la "nulidad" de la aprobación de la correspondiente Liquidación Final de Obra; resolución que, si bien mereció comentarios y apreciaciones por parte de CONCYSSA, no habría sido cuestionada en forma expresa ante el Tribunal Arbitral; deviniendo en un acto administrativo firme. En tal sentido, resultaría jurídicamente errado refutar un acto administrativo firme cuya validez o invalidez no forma parte de ninguna de las pretensiones demandadas, tentando la emisión de un Laudo, que devendría en "extrapetita".

4.1.2. Al ser aplicable –según la Base Legal establecida en el Cláusula Segunda de EL CONTRATO– la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444); resultaría que CONCYSSA no tendría la facultad de poder inferir la ineficacia o nulidad de los Actos Administrativos contenidos en la Resolución de Gerencia

General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG; puesto que, tal como lo preceptuarían los Artículos 9° y 10° de la mencionada Ley, todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por órgano competente (en este caso el Tribunal Arbitral, en aplicación de la Cláusula Vigésimo Tercera de EL CONTRATO); nulidad que no habría sido pretendida.

- 4.1.3. Si bien es cierto que la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG es unilateral; ello se debería a que, a través de la misma, ante el agravio del interés público (entendido como correcta y adecuada prestación de los servicios de saneamiento de esta ciudad), y en ejercicio del derecho de "autotutela" que ostentaría la administración pública; se ha materializado la institución jurídica administrativa de la "nulidad de oficio", por medio de la "función administrativa revisora del estado" de diversos actos administrativos que habrían sido emitidos contraviniendo el Artículo 62° de la Constitución Política del Estado, el Acuerdo Separado al Contrato de Préstamo Aporte Financiero y Ejecución del Proyecto –suscrito entre el KfW, el MEF, y EMSAPUNO–, las Normas para la Contratación y Adquisiciones en el Marco de la Cooperación Financiera Oficial Con Países en Desarrollo, EL CONTRATO (Cláusulas Tercera: las especificaciones técnicas del proyecto no habrían sido cumplidas; Quinta: No se han aplicado los deductivos correspondientes en las respectivas valorizaciones; Octava: los plazos de ejecución no han sido cumplidos, y Décima: no se cumplió con el procedimiento de recepción de obras), la Ley N° 27444 (puesto que los Actos administrativos declarados nulos no se sujetaron a los principios de legalidad, debido procedimiento, imparcialidad; así como tampoco cumplieron con los requisitos de competencia, motivación, procedimiento regular, y la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su respectivo Reglamento (artículos 147, 149, 152, 163, y 164); función que por su propia naturaleza no requeriría de consenso o aceptación previa de los administrados; sin que tal circunstancia implique arbitrariedad.

- 4.1.4. La Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG, no contravendría ningún Principio Administrativo; toda vez que habría sido emitida dentro del marco legal previsto y las facultades atribuidas a la Administración Pública (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento), y Ley del Procedimiento Administrativo General (Principio de Legalidad). Así,

el procedimiento de formación y emisión de la precitada Resolución habría observado las garantías sustantivas y formales requeridas para su validez; derecho que sin embargo, no habría sido ejercido por la accionante al no haber sido pretendido en el presente proceso.

- 4.1.5. La Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG habría sido emitida por Órgano Competente; puesto que el artículo 48° de los Estatutos Sociales de EMSAPUNO preceptúa que el Gerente General es el ejecutor de todas las disposiciones del Directorio; siendo que en el Acta de Continuación de Sesión Ordinaria de Directorio, de fecha 07 de mayo del año 2007, luego de escuchar los informes técnicos y legales sobre la ejecución de las obras del "Lote 02", el Directorio acordó por unanimidad, entre otros, encargar al gerente general declarar la nulidad de oficio de los siguientes actos administrativos: Acuerdo Amigable de fecha 15 de agosto del 2006, Resolución de Gerencia General N° 037-2006-EMSAPUNO-GG, Recepción Provisional Sin Observaciones de fecha 31 de Julio del 2006, y Resolución de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO-GG". Dicho Acuerdo estaría acorde con las atribuciones previstas para este Órgano en el artículo 45° del referido cuerpo estatutario; por tanto, la resolución en cuestión, habría sido emitida por órgano competente.
- 4.1.6. Si bien es cierto que los precitados cuatro Actos Administrativos fueron emitidos por la anterior administración de EMSAPUNO; resultaría igualmente cierto que los mismos sólo han beneficiado a CONCYSSA en desmedro de los intereses institucionales de EMSAPUNO e intereses públicos; entendidos estos últimos como la necesidad de contar con una adecuada prestación de los Servicios Básicos de Saneamiento.
- 4.1.7. La Nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 037-2006-EMSAPUNO/GG habría sido declarada por contravención de los incisos 1 y 2 del Artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (referidas a la nulidad del acto administrativo), en base a los siguientes fundamentos:
- a) Las catorce observaciones establecidas por el Comité en la Recepción Provisional con observaciones de la obra debían ser levantadas o subsanadas por CONCYSSA (según lo establecido en la cláusula décima de EL CONTRATO) en un plazo máximo de 30 días calendarios, plazo que venció el 18

de enero del 2005.

- b) Mediante Oficio N° 007-2005-EMSAPUNO-GP/CR, el Comité de Recepción da a conocer que en la ejecución de la obra se ha colocado material de filtro distinto y de menor calidad a los establecidos en las especificaciones técnicas.
- c) Ante los informes y pronunciamientos del Comité de Recepción, de manera extemporánea e irregular, mediante la Resolución de Gerencia General N° 066-2005-EMSAPUNO-GG se aprueba el cambio de las especificaciones técnicas en la ejecución de la obra "Galería Filtrante de Totorani".
- d) Mediante Oficio N° 013-2006-EMSAPUNO/CR, el Comité de Recepción informó que se habría comprobado que la obra ejecutada no cumplía con lo requerido por EMSAPUNO; puesto que constituía una obra distinta a la prevista; siendo entonces que el cambio de material efectuado por CONCYSSA al ejecutar la Obra "Galería Filtrante de Totorani", habría incidido negativamente en el funcionamiento de la obra.
- e) El Comité de Recepción, mediante Informe N° 001-2006-EMSAPUNO/GP-CR de fecha 16 de enero del 2006 (al haber transcurrido más de 300 días desde la "Recepción Provisional con Observaciones de la Obra Galería Filtrante de Totorani") llega a la conclusión que la obra "Galería Filtrante de Totorani no es recepcionable".
- f) Habiendo transcurrido ya 895 días desde producida la "Recepción Provisional Con Observaciones de la Obra", mediante Resolución de Gerencia General N° 037-2006-EMSAPUNO-GG de fecha 27 de junio del 2006, se designó a un nuevo Comité de Recepción de la referida obra.
- g) Mediante Informe N° 001-2006-EMSAPUNO/CR de fecha 17 de julio del 2006, el nuevo Comité de Recepción refiere que de las 14 Observaciones iniciales, han sido levantadas 12; quedando pendientes las observaciones "09" y "13"; concluyendo por tanto que la empresa contratista no ha cumplido con las especificaciones técnicas consideradas en el plan de trabajo de su propuesta ni con las Bases Administrativas de la Licitación.
- h) El cambio de material en la ejecución de la obra estaría previsto expresamente en el correspondiente expediente técnico; consecuentemente, el consultor supervisor carecía de competencia y legitimidad para aprobar, a nombre de EMSAPUNO, cualquier cambio de material.
- i) La Gerencia General de EMSAPUNO, excluyendo de sus

funciones al Comité de Recepción de obra designado, mediante Resolución de Gerencia General N° 037-2006-EMSAPUNO-GG, y en forma contradictoria a lo establecido por el Artículo 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, procede a ejecutar los Actos Administrativos propios conducentes a la "Recepción Provisional Sin Observaciones de la Obra Galería Filtrante de Totorani", simulando para ello la formalidad de un Acuerdo Amigable.

4.1.8. La Nulidad del Acuerdo Amigable de fecha 15 de agosto del año 2006 (por el que se lleva a cabo la "Recepción Provisional Sin Observaciones" de la Obra "Galerías Filtrantes de Totorani" como obra Componente del "Lote 02"), fue declarada por contravención de los incisos 1 y 2 del Artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General; siendo además que tal instrumento constituiría un "acto administrativo" y no un contrato por las siguientes razones:

- a) Según se tiene de la Cláusula Segunda del propio Acuerdo Amigable, éste fue suscrito con la finalidad de "levantar las observaciones" que fueran efectuadas por el correspondiente Comité de Recepción de Obras en el Acto Administrativo de "Recepción Parcial con Observaciones de la Obra Galería Filtrante de Totorani", en tal sentido, la recepción de obra no contendría las características intrínsecas de un contrato, puesto que no se creó, reguló, modificó o extinguió una relación jurídica patrimonial, conforme al Artículo 1351 del Código Civil.
- b) Una relación jurídica es patrimonial cuando versa sobre bienes o intereses que poseen naturaleza económica, cuando pueden ser objeto de valoración. Esta valoración debe medirse de una manera objetiva, es decir, con independencia de cual sea la postura o actitud del sujeto con respecto a los bienes en cuestión.
- c) Las partes no podrían emplear el contrato para celebrar operaciones que no tengan contenido patrimonial. Un contrato destinado a satisfacer un interés no patrimonial se considera privado de protección por parte del ordenamiento y privado de efectos; se trataría, en todo caso, de un

acaecimiento que ha tenido lugar entre los sujetos, que no tiene relevancia en el ordenamiento jurídico.

- d) Si bien el Acuerdo Amigable, deriva de un Contrato de Construcción de Obra a Precios Unitarios, el primero no ostentaría esta calidad; al no contener los elementos intrínsecos de todo contrato, además de ser, en estricto sentido, la materialización del acto administrativo de "recepción parcial de obra sin observaciones", levantando y dando por subsanado y solucionado el entrampamiento surgido por discrepancias en la etapa inicial de recepción; discrepancias y recepción que tenían un trámite y procedimiento legal imperativamente previsto (Artículo 163 de EL REGLAMENTO).

En tal sentido se tiene que, de forma imperativa, el Artículo 163 de EL REGLAMENTO norma la forma de ejecución de los actos administrativos que se hallan contenidos en el Acuerdo Amigable en cuestión; subsumiéndose para el particular que *"en caso que CONCYSSA S.A. o su residente no hubiera estado conforme con las observaciones anotadas por el correspondiente Comité de Recepción de Obra, debían anotar su discrepancia en el acta. El Comité de Recepción, por su parte debió elevar a la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad debió pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta debe ser sometida a los mecanismos de solución de controversias establecidos en la Ley y el Reglamento. Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación (30 días según contrato), la Entidad comprobare que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes para levantar las observaciones, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, debió dar por vencido dicho plazo, tomar el control de la obra, resolver el contrato y adoptar las medidas necesarias para la conclusión de la obra"*.

- e) El Acuerdo Amigable, deviene en un "acto administrativo" al considerar y aceptar que las decisiones administrativas no se expresan sólo a través de operaciones materiales, sino también mediante declaraciones intelectuales de origen

unilateral o bilateral, de alcance individual o general y de efectos directos o indirectos, como ha ocurrido en el caso del tantas veces referido Acuerdo Amigable; mas aun, si se tiene en cuenta que los contratos son lo que su naturaleza determina que sean, y no así lo que las partes celebrantes refieren que son.

- f) El Contrato de Construcción de Obra a Precios Unitarios está definido como un "Contrato de la Administración". Este contrato es una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, es una especie dentro del género contrato, cuya especificidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos; en suma, por su régimen jurídico.
- g) Los contratos del Estado, "Contratos de la Administración", están regidos predominantemente por el Derecho Público y con un régimen jurídico único. Estrictamente no habrían contratos civiles de la administración; pues todos serían de derecho público, sometidos a reglas especiales.
- h) El régimen jurídico de los contratos que celebra la Administración es predominantemente de Derecho Público. Los contratos de la Administración en la práctica no van titulados como "administrativos" o "privados". En este sentido los vicios en la competencia y voluntad administrativa se regirán por las normas propias del acto administrativo; los vicios en la capacidad y la voluntad del contratista cuando éste fuere un particular, se regirán, en principio, por las normas del derecho privado.
- i) Los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el Contrato Administrativo. En este sentido puede decirse que la libertad de las partes queda circunscripta o limitada por la norma que fija un determinado procedimiento, la aprobación o autorización legislativa o administrativa, y la subordinación del objeto al interés público.
- j) En el presente, ha existido un mandato imperativo que ha pretendido ser burlado por las partes contratantes mediante el referido Acuerdo Amigable; ya que ante la continua

discrepancia en las observaciones a la recepción de obra, se debió someter la controversia a una conciliación o arbitraje. En todo caso, el Artículo 163° de EL REGLAMENTO deviene en una norma taxativa, que es aquella que ordena por sobre la voluntad de las sujetos de la relación jurídica; por tanto, el Acuerdo Amigable (al ser un Acto Administrativo que contraviene la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento) resulta ser anulable de oficio.

4.1.9. La Nulidad de la "Recepción Provisional sin observaciones de las Obras del Lote 02, con Excepción del Componente Galería Filtrante de Totorani" de fecha 31 julio del 2006 fue declarada por contravención de los incisos 1 y 2 del Artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General por las siguientes razones:

- a) En el Acuerdo Separado al Contrato de Préstamo, de Aporte Financiero, y Ejecución de Proyecto; se haya precisado el costo total del financiamiento por concepto de "Rehabilitación y sectorización de redes".
- b) EL CONTRATO, en sus Cláusulas Octava y Décima; así como el Punto 4 de la Memoria Descriptiva del Expediente Técnico de la Obra Rehabilitación y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de la Ciudad de Puno, el Literal F de la Oferta Económica del Contratista, el numeral 14.4 de la Propuesta Económica Negociada, el punto 1 de la cláusula 19 de las condiciones administrativas para las obras referido a la "Conclusión de las Obras" como integrante de las Bases Administrativas de la L.P.I N° 002-2003-EMSAPUNO, prevén que una vez concluida la ejecución de las obras, el Contratista procederá a efectuar la puesta en operación de las mismas. Inmediatamente después de la puesta en operación exitosa, el Contratista solicitará al Supervisor su participación en una prueba de funcionamiento de acuerdo a lo estipulado en las Especificaciones Técnicas; siendo ello así, se tiene que resulta ser obligación de CONCYSSA acreditar el funcionamiento independiente de los catorce sectores técnicamente definidos para establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de abastecimiento y presión; a fin de alcanzar la dotación confiable de agua potable de manera continua y sostenible; es decir, le corresponde acreditar el funcionamiento de la denominada

"sectorización"; obligación refrendada y acreditada con el Informe N° 011-2007-EMSAPUNO-OCI por el que el Órgano de Control Institucional refiere que, si bien es cierto, no existe una partida presupuestaria específica para el funcionamiento de la "sectorización", se tiene que la totalidad de las "pruebas de funcionamiento" de las obras ejecutadas se hallan a cargo del contratista; por lo que la acreditación del funcionamiento de la "sectorización" resulta ser obligación de CONCYSSA incluida en la partida presupuestaria de "Gastos Generales"; sin embargo, del Informe N° 004-2007-EMSAPUNO/UE, se colige que la demandante no ha cumplido con su obligación de "Probar el Funcionamiento de la Sectorización".

- c) Del Informe N° 014-2007-EMSAPUNO/UE se acreditaría que CONCYSSA no ha cumplido con subsanar las observaciones 25, 28, y 34, contenidas en el Informe de Auditoría Financiera de EMSAPUNO correspondiente al año 2005 que fuera formulado por el Órgano de Control Interno de la Empresa; siendo que se habría recepcionado una obra inconclusa y no se habrían aplicado los "deductivos".

4.1.10. La nulidad de la resolución de Gerencia General N° 069-2006-GG/EMSAPUNO de fecha 21 noviembre del 2006, fue declarada por contravención de los incisos 1 y 2 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General por las siguientes razones:

- a) Durante el Acto Administrativo de "Recepción provisional con observaciones de la obra ampliación y rehabilitación de los sistemas de agua potable y alcantarillado de la ciudad de Puno" correspondientes al Lote 02 con excepción del componente "Galería Filtrante de Totorani" de fecha 05 de abril del 2006, se determinó una relación de observaciones que motivaron la anotación de las disconformidades por parte del Residente de Obras; observaciones y disconformidades que fueron elevadas a la entidad por parte del Comité de Recepción Obras para su correspondiente pronunciamiento; luego de tal acto, no existe formalidad administrativa oficial referente al levantamiento o persistencia de las observaciones planteadas por el Comité de Recepción. En tal sentido, las observaciones planteadas

no habrían sido levantadas, siendo inexistente pronunciamiento expreso que resuelva lo contrario; sin embargo, mediante el documento "Levantamiento de observaciones de la obra construida", suscrita por los integrantes del Comité de Recepción, Residente de Obra, Supervisor de Obra, Representante Legal de CONCYSSA y la Unidad Ejecutora, se efectúa un levantamiento irregular (meramente declarativo y no físico-técnico) de la mayoría de las observaciones; dejándose expresa constancia de la "no responsabilidad" del Comité de Recepción por aquellas observaciones absueltas unilateralmente por la Gerencia General de EMSAPUNO.

- b) Esta forma de levantamiento de observaciones contravendría las disposiciones establecidas en las normas técnicas de contraloría, que exigía y facultaría al Comité de Recepción, la verificación de la subsanación y levantamiento de las observaciones planteadas.
- c) Por los hechos detallados y aquellos que comprenden el Componente de las Galerías de Filtración Totorani, que fueron expuestas en los puntos precedentes; habiéndose conculcado normas de carácter imperativo (Resolución de Contraloría General de la República N° 072-98-CG y los artículos pertinentes de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento), la Resolución de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO, sería nula.

4.2. Pronunciamiento sobre los hechos expuestos en la segunda pretensión demandada:

- 4.2.1. Esta pretensión debería ser declarada infundada por el Tribunal, dado que el mismo ha dispuesto la no extinción de la carta fianza materia de la presente pretensión, ordenando además que la misma sea renovada por CONCYSSA por seis meses y ampliable hasta el momento de emitirse el laudo.
- 4.2.2. De conformidad con la cláusula décimo tercera de EL CONTRATO, las garantías tienen la calidad de renovables, irrevocables y de ejecución automática a favor de la entidad. En la misma cláusula y en el punto II, se establece que en caso el contratista se negara a reparar o corregir los defectos encontrados en la obra y que se

deban a una deficiente ejecución de la misma, se harán efectivas las garantías de cumplimiento y buena ejecución. Sin perjuicio además, del ejercicio de cualquier otra acción para cubrir montos mayores.

4.2.3. Habiéndose declarados nulos los actos de recepción de obra provisionales sin observación, todo lo actuado se retrotrae, al estado de procederse a una recepción provisional sin observaciones de obra: etapa que concluida con la conformidad de la entidad, da lugar recién a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento y genera la emisión de una garantía de buena ejecución. En el caso materia de análisis no se contaría con la garantía de cumplimiento que tendría que estar vigente. CONCYSSA pretende la devolución de la única garantía que EMSAPUNO tiene para salvaguardar los defectos y omisiones encontrados en la obra, a través de diferentes procesos de revisión e incluso acciones de control de la Contraloría General de la República.

4.2.4. Que la única garantía con la que cuenta EMSAPUNO para exigir a CONCYSSA el cumplimiento de sus obligaciones, es la garantía de Buena Ejecución. CONCYSSA debería haber generado una carta fianza de cumplimiento, por encontrarnos actualmente en etapa de recepción de obra y no de conservación.

4.3. Pronunciamiento sobre los hechos expuestos en la tercera pretensión demandada:

4.3.1. La pretensión de pago de una indemnización ascendente a la suma de S/. 500,000.00, por el daño emergente y el daño a la imagen ocasionados a CONCYSSA, debería ser declarada infundada, toda vez que siendo su génesis el incumplimiento contractual; y habiéndose demostrado que este incumplimiento no habría existido por parte de EMSAPUNO, no concurrirían los elementos de la responsabilidad civil sea contractual o extracontractual, al no existir el elemento de antijuridicidad.

4.3.2. CONCYSSA no habría definido si los supuestos daños y perjuicios ocasionados por EMSAPUNO se encuentran en el ámbito de una responsabilidad civil contractual o extracontractual, hecho trascendente para determinar la existencia de los cuatro requisitos de toda responsabilidad civil.

4.3.3. Que las actuaciones referidas por CONCYSSA y que a juicio de su

defensa, serían conductas dolosas que habrían causado daños y perjuicios a la misma, serían actuaciones que a EMSAPUNO le están permitidas por ley y dentro de su función administrativa que le correspondería como empresa de derecho público

- 4.3.4. CONCYSSA afirma que EMSAPUNO engaño a la misma con el objeto de que se desistiera de su primera medida cautelar; hecho que no se ajustaría a la realidad, toda vez que este hecho hace referencia a uno de los muchos intentos de la actual administración de EMSAPUNO, de pretender soluciones inmediatas y favorables a la colectividad puneña.
- 4.3.5. En cuanto al hecho de dilatar y trabar la instalación del Tribunal arbitral, no se habría precisado en que consistieron esos actos. Sin embargo, EMSAPUNO no habría pretendido trabar la instalación del Tribunal, por cuanto sería interés no solo de la EMSAPUNO, sino del pueblo de Puno, que las cuestiones de hecho y derecho, sometidas al Tribunal Arbitral sean resueltas con prontitud. Así, se ofrecieron múltiples quejas presentadas por los usuarios sobre las obras realizadas por CONCYSSA.
- 4.3.6. Se cita también que una de las conductas difamatorias de EMSAPUNO, habría consistido en citar a la demandante al foro parlamentario, en donde supuestamente se le han imputado hechos falsos. En este extremo, se debería tener en cuenta que quien cita a la misma es el congresista Yony Lescano Ancieta y no EMSAPUNO.
- 4.3.7. Al tratarse de una obra con fondos públicos y no privados, en beneficio de una población, estos tiene una fiscalización instituida por ley, la cual tiene sus propios mecanismos y responsables. La Contraloría General de la República habría emitido diversos informes, dando a la demandante su derecho a réplica y defensa, por lo que resultaría malicioso pretender atribuir a EMSAPUNO arbitrariedades en este extremo.
- 4.3.8. Respecto de las publicaciones efectuadas por EMSAPUNO, la demandante presenta copias de recortes periodísticos que contendrían informaciones de carácter genérico y que obedecerían al seguimiento de las acciones de control y revisión que la gestión actual debía realizar al recibir la Administración de la Empresa, hecho que no estaría prohibido por ley y más bien sería exigido.

4.3.9. La demandante es una persona jurídica, que en su momento estuvo representada por personas naturales que tuvieron a su cargo la ejecución del contrato. En consecuencia, las deficiencias e incumplimientos que EMSAPUNO reclama a CONCYSSA habrían sido ocasionadas por su propio personal; es decir, quienes habrían causado el daño a la imagen de CONCYSSA sería su propio personal que probablemente con actuaciones negligentes habrían ocasionado el incumplimiento de obligaciones contractuales, atentando contra la reputación de CONCYSSA.

4.3.10. CONCYSSA no habría acreditado la confluencia de los elementos de la responsabilidad civil contractual, y por tanto no existirían fundamentos para argumentar que EMSAPUNO debe a la demandante una indemnización.

4.4. Medios Probatorios ofrecidos por EMSAPUNO en su contestación de la demanda

En calidad de medios probatorios, EMSAPUNO ofreció en su escrito de contestación de demanda los documentos correspondientes al rubro denominado "MEDIOS PROBATORIOS" mencionados en los puntos 1 al 25.

V. SINTESIS DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR EMSAPUNO EN SU ESCRITO DE RECONVENCIÓN DE DEMANDA, ASÍ COMO LOS ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN

Con fecha 26 de junio de 2008, EMSAPUNO presentó su escrito de reconvencción de demanda formulando las siguientes pretensiones:

5.1. Pretensiones formuladas por EMSAPUNO

5.1.1. **Primera pretensión principal:** *"Que el tribunal declare la NULIDAD del ACTA DE NEGOCIACION DE CONTRATO de fecha 03 de junio del 2004, que formaliza la incorporación de la propuesta técnica al Expediente Técnico de Rehabilitación de Redes del Método Sin Zanja y en este mismo extremo la nulidad de la cláusula novena del Contrato; dado que esta incorporación ha transgredido las formalidades previstas por el Contrato de Préstamo con el KFW (no objeción) y normas contenidas en la Resolución de Contraloría General de la República N° 072-98-CG. En*

consecuencia ordene que la demandante, ejecute la obra conforme al expediente técnico aprobado".

5.1.2. **Pretensión alternativa a la primera pretensión principal¹:** *"Que en acumulación objetiva originaria y ALTERNATIVA, solicitamos que el Tribunal ordene el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados de hasta [S/. 841,324.28]² nuevos soles, al haberse ejecutado la obra incumpliendo el Expediente Técnico y demás condiciones Técnicas y administrativas".*

5.1.3. **Segunda pretensión principal:** *"Que, el Tribunal ordene al contratista que cumpla con las especificaciones técnicas establecidas en el Expediente para el proceso de la Licitación, referido a la tubería de filtro con el tipo "ranura continua" con mm (slop 60) la cual será fabricada de acero inoxidable AISI 304, de 100 mm de diámetro interno y con uniones para roscar. El área abierta de esta tubería será de 0,1165 m² por metro de tubería, su resistencia a la compresión axial deberá ser 23,56 kg y su resistencia al aplastamiento 7,51 Kg/cm², conforme a la cláusula 21.1 de las especificaciones técnicas generales del Tomo II de III del Expediente Técnico, colocada indebidamente con PVC, en el Componente de la Galería Filtrante Totorani. Asimismo deberá cumplirse con la especificación del material de filtro del mismo componente de acuerdo a las especificaciones técnicas".*

5.1.4. **Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal:** *Que el Tribunal Arbitral ordene al contratista que habiendo desarrollado las obras sin respetar las especificaciones técnicas establecidas en el expediente técnico aprobado para el expediente de licitación referido a la tubería de filtro básicamente para el componente de la galería filtrante Totorani, sean asumidas por la contratista y, en consecuencia, su valorización que asciende a la suma de S/. 875,346.45 nuevos soles sean deducidas de la liquidación³.*

5.1.5. **Tercera pretensión principal:** *"Que, el Tribunal ordene al Contratista CONCYSSA S.A. realice los trabajos necesarios para que funcione la SECTORIZACION cuyo objetivo es establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de abastecimiento y de*

¹ Posteriormente, durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, EMSAPUNO aclaró que esta pretensión tenía la calidad de accesoria y no de alternativa.

² Durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, EMSAPUNO aclaró el monto de su pretensión.

³ Esta pretensión fue aclarada por EMSAPUNO durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.

presión, de forma tal que se puedan implementar mecanismos de control sobre la magnitud de los caudales que ingresan a determinadas horas y compararlas con la información que proporcionarán los micromedidores de los consumidores. Se podrá así determinar y cuantificar sobre la existencia de pérdidas y proponer y llevar a la práctica planes para la disminución de dichas pérdidas de manera que posibilite la operación de abastecimiento de Agua Potable que garantice presión y continuidad en el servicio las 24 horas del día, conforme a los planos de la Sectorización (...) que indican las presiones de ingreso y salidas máximas y mínimas horarias".

- 5.1.6. **Pretensión accesoria a la tercera pretensión principal:** *"Sin perjuicio de la declaración fundada de nuestra pretensión principal de la tercera reconvencción, solicitamos considerar deducir el monto que corresponde al hecho de no haber puesto en funcionamiento de la Sectorización, toda vez que EMSAPUNO S.A., viene implementando la ejecución de actividades para el funcionamiento de la Sectorización aceptados y admitidos por el KfW, a un costo de S/. 1'000,000.00 Nuevos Soles, de los cuales S/. 700,000.00 se ejecutará en una primera etapa que consta de la puesta en funcionamiento de los sectores prioritarios"*⁴.
- 5.1.7. **Cuarta pretensión principal:** *"Se declare la Nulidad por ilegal la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG, de fecha 08 de agosto del 2005, que decide ampliar el plazo de Treinta y Siete (37) días calendario el plazo contractual de ejecución de obra a Precios Unitarios celebrado entre EMSAPUNO S.A. y CONCYSSA S. A., debido a que éste se dio por adicionales de obra aprobados mediante Resolución N° 051-2005-EMSAPUNO-GG, de fecha 21 de septiembre del 2005, contraviniendo las normas, específicamente lo dispuesto por el Art. 42° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobada por D.S. N° 012-2001-PCM y el art. 155° del Reglamento; es decir que la solicitud de ampliación debe formalizarse dentro de los quince (15) días siguientes al hecho que la motiva; Resolución de Contraloría N° 072-2001-CG así como la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG".*
- 5.1.8. **Quinta pretensión principal:** *"Solicitamos se aplique las penalidades del Componente de Galerías Filtrantes Totorani por mora en la entrega*

⁴

EMSAPUNO aclaró durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos que esta pretensión tiene carácter indemnizatorio y en tal sentido no cabría deducción alguna.

según se establece en la Décima Primera Cláusula del Contrato de Construcción de Obra a precios Unitarios, materia de la Licitación Publica N° 002-2003-EMSAPUNO S.A. Lote N° 02, se ha previsto que la aplicación de penalidades serán por cada día de retraso que transcurra entre la fecha estipulada para la conclusión del Componente cuyo plazo de ejecución es de Noventa (90) días calendario, se ha extendido hasta la fecha sin levantar las observaciones determinadas por los diferentes Comités de Recepción, finalmente recepcionada irregularmente mediante un Acuerdo Amigable de fecha 15/08/2006, inobservando que este acuerdo pacta hechos de contenido penal según la legislación penal peruana".

- 5.1.9. **Sexta pretensión principal:** *"Se concluya con la Etapa de Recepción Provisional de Obra concluida con observaciones debido a que administrativamente se ha determinado nula, el Acta de Recepción Provisional de la Obra Construida de fecha 31.07.06, por los argumentos y causal expuesta en la parte considerativa de la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO S.A./GG, en consecuencia se continúe con la etapa de conservación por defectos por el periodo de 1 (un) año según establece el Contrato".*
- 5.1.10. **Sétima pretensión principal:** *"El Contratista CONCYSSA S.A. cumpla con el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios a favor de EMSAPUNO por la falta de implementación de la Sectorización por la cual se ha dejado de prestar servicio de agua a los usuarios de la Entidad durante las 24 horas al día luego de culminada las obras financiadas con los fondos de la República Federal de Alemania en el Contrato de Préstamo, de Aporte Financiero y Ejecución de Proyecto N° 1999 66 599, suscrito entre el Banco Alemán KfW (Kreditanstalt für Wiederaufbau) y la República del Perú como beneficiario y EMSAPUNO S.A."⁵.*
- 5.1.11. **Octava pretensión principal:** *"El Contratista CONCYSSA S.A. pague a favor de EMSAPUNO S.A. por el concepto de pérdida de agua en el periodo comprendido de la Ejecución de Obras hasta la culminación de las mismas, así como por todo el periodo de Conservación por Defecto, debido a que el proyecto de la Sectorización tiene el propósito determinar las fugas de agua potabilizada y su implementación de*

⁵

Durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, EMSAPUNO aclaró que el monto de esta pretensión asciende a la suma de S/. 1'084,651.37, la cual se ha generado desde agosto del año 2006 hasta junio del año 2008.

*acciones correctivas, situación que no funciona en la actualidad, cuya cuantía económica será sustentada en la contestación del Arbitraje"*⁶.

- 5.2. Fundamentos de hecho y de derecho de la reconvención de demanda**
- 5.2.1. Sobre la primera pretensión de la reconvención y su pretensión accesoria:**
- 5.2.1.1. La cláusula 16.1 de las Condiciones Administrativas de la Licitación Publica habría establecido un plazo máximo de diez (10) días calendario después de la adjudicación para que la Entidad Contratante procediera a las negociaciones con el postor favorecido, a efectos de elaborar la Minuta del Contrato de Ejecución de Obra.
- 5.2.1.2. La cláusula 16.2 de las Condiciones Administrativas de la Licitación, establecería que la Entidad Contratante envía el documento de negociación al KfW para su consideración y aprobación, y una vez obtenida la no objeción del KfW, se firmaría el Contrato entre la Entidad Contratante y el postor ganador. Sin embargo, el Acta de Negociación del Contrato suscrita en fecha el 03 de junio del 2004, y la no-objeción del KfW para la contratación se habría formalizado mediante correo electrónico de fecha 06 de abril del 2004. Es decir, el Acta de Negociación del contrato se ha suscrito en fecha extemporánea (posterior a la fecha de la no objeción del Contrato), motivo por el cual resultaría irregular la incorporación de la nueva tecnología de redes sin zanja a propuesta del Contratista, introducida a través del acta de negociación del contrato e incorporada en la cláusula novena del contrato suscrito.
- 5.2.1.3. Las condiciones originalmente planteadas se refieren a cambiar con tuberías de PVC nuevas con un coeficiente de rugosidad que permita el flujo de mayor cantidad de agua con menor resistencia por fricción y con los diámetros iguales al existente y un revestimiento con mortero de 3 mm de espesor disminuiría la sección de la tubería, alterando las condiciones hidráulicas exigidas.
- 5.2.1.4. Asimismo, no se garantizaría la durabilidad del revestimiento con relación a la vida útil de una tubería de PVC nueva.

⁶

Durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, EMSAPUNO aclaró que el monto de esta pretensión asciende a la suma S/. 430,199.58 por concepto de daño emergente.

- 5.2.1.5. Con la aplicación de la tecnología sin zanja se habría causado un daño patrimonial a EMSAPUNO, dado que ofreciendo CONCYSSA utilizar esta tecnología bajo el argumento de una reducción de costos que no se habría dado, habiéndose mantenido el presupuesto inicial que contemplaba el cambio de tuberías.
- 5.2.1.6. Este sería un caso de nulidad virtual, dada que se habría pactado contraviniendo el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que establece que *"es nulo el acto jurídico contrario al orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas"*. En el caso materia de análisis, no solo se habría vulnerado normas expresas de la Contraloría General de la República; sino que además se habría vulnerado el interés público.
- 5.2.1.7. El reconocimiento de este tipo de nulidad (virtual) estaría recogido en el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil, en concordancia con el artículo V de su Título Preliminar.
- 5.2.1.8. EMSAPUNO pretende con la declaración de nulidad del acta de negociación de contrato de fecha 03 de junio del 2004 (que formaliza la incorporación del método sin zanja), y la nulidad de la cláusula novena del contrato, que el colegiado ordene a CONCYSSA que ejecute la obra conforme al expediente técnico aprobado.
- 5.2.1.9. Sin embargo y considerando los probables inconvenientes que esto podría generar, se solicita que el Tribunal pueda disponer que la demandante indemnice a EMSAPUNO por el daño patrimonial ocasionado con este cambio de la tecnología sin zanja.
- 5.2.1.10. Esta ejecución con el cambio de tecnología no habría sido ejecutada a cabalidad, en cuanto se evidenciaría que los tubos de fierro fundido revestidos de concreto por CONCYSSA, se encontrarían deteriorados y el revestimiento se estaría desprendiendo, hecho que causaría un daño patrimonial a EMSAPUNO.
- 5.2.1.11. Los daños y perjuicios reclamados por EMSAPUNO por este cambio de tecnología; se encontrarían en el ámbito de la responsabilidad civil contractual.
- 5.2.1.12. La propuesta económica del Expediente Técnico de Rehabilitación de Redes Método sin Zanja alcanza la suma de S/. 2'804,414.28, de la cual se ha efectuado los cálculos reales de los costos unitarios que

deben haberse constituido para la negociación de precios unitarios por partidas nuevas, luego de la implementación de adicional de obra y deductivo correspondiente, cuyo justiprecio alcanza a la suma de S/.1'963.090.00. Por lo tanto, la diferencia resultante es el mayor costo pagado a CONCYSSA: S/. 841,324.28, la misma que constituiría un daño y perjuicio a EMSAPUNO que debería deducirse de la liquidación final de cuentas que debería practicarse, toda vez que la liquidación practicada se ha declarado nula.

5.2.2. Sobre la segunda pretensión de la reconvención y su pretensión accesoria

5.2.2.1. Respecto del cambio de especificaciones en tubería de filtro: Las modificaciones sustanciales que se determinen en la etapa de ejecución contractual, así como la subsanación de errores y omisiones en el Expediente Técnico, deberían contar con la opinión del Proyectista, pues tendrían incidencia en el cumplimiento de las metas físicas establecidas en el contrato y, podrían generar mayores costos o daños y perjuicios a la entidad contratante. Estas modificaciones se formalizan con los actos administrativos que correspondan de acuerdo a su naturaleza.

5.2.2.2. Las especificaciones técnicas generales del Tomo II de III del Expediente Técnico, en su cláusula 21.1 había previsto una tubería de filtro para la Galería Filtrante Totorani con las siguientes características:

- a. Tubería Material acero inoxidable AISI 304, de 100 mm de diámetro interno y con uniones para roscar.
- b. Tipo "ranura continua" con abertura de 1,5 mm (slop 60). Área abierta de esta tubería será de 0,1165 m² por metro de tubería.
- c. Resistencia a la compresión axial deberá ser 23,56 kg.
- d. Resistencia al aplastamiento 7,51 Kg/cm².

5.2.2.3. Mediante carta suscrita por el Proyectista, se precisa que a petición de la Entidad Ejecutora se ha determinado el tipo de tubería a colocar, prevista inicialmente con tubería de acero inoxidable, se modifican por su mayor costo a colocar tuberías de PVC, con las siguientes características:

- a. PVC de 160mm: Slop 125% % área abierta 21.11%/unidad de longitud.
- b. PVC de 200mm: Slop 125% % área abierta 18.12%/unidad de longitud.

- c. Coeficiente de uniformidad del material de filtro debe variar entre 1.4 a 2.0.
- 5.2.2.4. Este cambio de especificación, se habría realizado a través de dos comunicaciones suscrita por el Proyectista, cuya firma diferiría de la establecida en el Expediente Técnico, razón por la cual se establecería la presunción de falsedad de la firma del titular, considerando que un cambio de especificación genera un adicional de obra con justificación técnica de aquellas partidas nuevas que se deciden implementar y la deducción de las partidas que no serán utilizadas.
- 5.2.2.5. La decisión de la modificación según comunicación del Proyectista tendría una justificación económica que no habría tomado en cuenta la oferta económica de CONCYSSA, por lo que EMSAPUNO podría exigir el cumplimiento de la ejecución de la obra conforme a las especificaciones aprobadas en el Expediente Técnico.
- 5.2.2.6. Por las consideraciones expuestas, se solicita al Tribunal que ordene a CONCYSSA que cumpla con ejecutar la Tubería de PVC colocada con Material acero inoxidable AISI 304, de 100 mm de diámetro interno y con uniones para roscar Tipo "ranura continua" con abertura de 1,5 mm (slop 60), colocado de manera que se cumpla con las especificaciones técnicas determinadas en el Expediente Técnico.
- 5.2.2.7. **Respecto del cambio de especificaciones de material para el relleno de filtro:** Las especificaciones técnicas generales, establecidas en la cláusula de 8.3, refieren que el material para relleno cuyas condiciones no cumplen con las de las canteras existentes debe de ser zarandeado (numeral 4) y se detalla determinadas características generales.
- 5.2.2.8. El Acta de entrega parcial con observaciones de fecha 13 de diciembre del 2004 habría establecido 14 observaciones, cuya segunda observación señalaría que el material colocado en los filtros no es material silicoso, como establecería el Expediente Técnico, por lo que el Comité de Recepción habría requerido la actuación de pruebas mineralógicas y petrológicas del material colocado.
- 5.2.2.9. Mediante Oficio N° 007-2005-EMSAPUNO-GP/CR, el Comité de Recepción da a conocer que en la ejecución de la obra se habría colocado material de filtro distinto y de menor calidad a los establecidos en las especificaciones técnicas

- 5.2.2.10. Mediante Resolución N° 066-2005-EMSAPUNO, de fecha 30 de septiembre del 2005, la Entidad Ejecutora habría aprobado, en vía de regularización, las nuevas características técnicas del material de filtro para su utilización en la Galería de Filtración Totorani, extraído de la Cantera Carpa, ubicada en la zona de Cabanillas, (cantera diferente a la signada en el Expediente Técnico), de acuerdo a los análisis aprobados por el Supervisor GITEC-SERCONSULT.
- 5.2.2.11. La justificación para el cambio de especificación de material de filtro se establecería en la tercera cláusula considerativa de la Resolución N° 066-2005-EMSAPUNO, que expresa: El Proyectista y el Supervisor GITEC SERCONSULT han considerado en el Expediente Técnico características del material de filtro que no existen en la zona, obligando al contratista a buscar canteras alternas y que la colocación del material con diferentes características ha sido consentida y aprobada por el Supervisor, sin tener en consideración que el Contratista se ha obligado en EL CONTRATO a cumplir con las especificaciones, y estando previsto en las especificaciones técnicas seleccionar el material en las canteras establecidas, a través de zarandeo.
- 5.2.2.12. Esta autorización del cambio de material no puede ser autorizado por el consultor supervisor (GITEC-SERCONSULT) en representación de EMSAPUNO, puesto que tal como lo establecería la Cláusula Décimo Novena del Contrato, el Consultor Supervisor habría estado facultado sólo para resolver cualquier aspecto no previsto en EL CONTRATO (entendiéndose como tal la totalidad de los documentos que lo conforman como por ejemplo el Expediente Técnico correspondiente), en las especificaciones, o en el proyecto, referente a la calidad y aceptabilidad de los materiales empleados; mas aun, si el cambio de material representaría una "modificación sustancial" al Expediente Técnico, éste debía observar el procedimiento administrativo previsto para tal efecto en los artículos pertinentes del Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, así como la Resolución de Contraloría General de la República NO 072-98-CG.
- 5.2.2.13. **Respecto de la petición accesorio:** Las obras ejecutadas sin cumplir previa aprobación de los adicionales de obra no generarían derecho alguno a favor de CONCYSSA, conforme a la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, es decir que estas obras que se ejecutaron antes de la aprobación expresa por EMSAPUNO serían a cuenta del Contratista.

5.2.2.14. Las obras adicionales deberían ejecutarse sólo cuando se cuente previamente con la Resolución aprobatoria del Titular del Pliego a la máxima autoridad administrativa de la entidad y formalizarse según procedimiento de las normas técnicas de Contraloría de la República.

5.2.3. Sobre la tercera pretensión de la reconvención y su pretensión accesoria

5.2.3.1. La Sectorización dentro del Proyecto "Agua y Alcantarillado para la ciudad de Puno", tiene como objetivo establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de abastecimiento y de presión, (es decir una dotación de agua en toda la ciudad de Puno con la misma calidad de servicio), de forma tal que se pueden implementar mecanismos de control sobre la magnitud de los caudales que ingresan a determinadas horas y compararlas con la información de los micromedidores de los consumidores, cuyo propósito final es abastecer a la población de la ciudad de Puno con un sistema de agua confiable de manera continua y sostenible durante las 24 horas del día. Condición que estaría ligada al Acuerdo Separado del Contrato de Préstamo, Aporte Financiero y de Ejecución del Proyecto Agua Potable y Alcantarillado Puno, suscrito entre EMSAPUNO, el Ministerio de Economía y Finanzas y la "Kreditanstalt Fur Wiederaufbau - KfW", que en su cláusula 2.1 exige que el Proyecto dote del servicio de agua a la población de la ciudad de Puno con un sistema confiable de manera continua y sostenible para que garantice presión y continuidad en el servicio las 24 horas del día.

5.2.3.2. **Respecto de los documentos que sustentarían la ejecución de la sectorización:** El Acuerdo Separado (cláusula 2.1) al Contrato de Préstamo y Aporte Financiero y Ejecución de Proyecto de la Rehabilitación y Ampliación de los Sistemas de agua potable y alcantarillado de la ciudad de Puno, precisaría como Objetivo del Financiamiento, la dotación de agua potable confiable de manera continua y sostenible, para cuyo efecto se contrata al Consultor para la supervisión, inspección, control técnico, control económico-financiero y control administrativo de los contratos.

5.2.3.3. La memoria descriptiva del Expediente Técnico establece que la sectorización tiene como objetivo establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de abastecimiento y

de presión, de forma tal que se pueden implementar mecanismos de control sobre la magnitud de los caudales que ingresan a determinadas horas y compararlas con la información que proporcionarían los micro medidores de los consumidores. Se podrá así determinar y cuantificar sobre la existencia de pérdidas y proponer y llevar a la práctica planes para la disminución de dichas pérdidas.

- 5.2.3.4. La Cláusula 4.2 "SECTORIZACION DE LA RED DE DISTRIBUCION DE AGUA POTABLE DE PUNO", de la Memoria Descriptiva del Expediente Técnico "Rehabilitación y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de la Ciudad de Puno" Lote 2, desarrollaría un capítulo sobre la Sectorización.
- 5.2.3.5. Mediante la cláusula 19.1 de las condiciones administrativas de las obras, se establecería que una vez concluida la ejecución de las obras, el Contratista procederá a efectuar la puesta en operación de las mismas. Inmediatamente después de la puesta en operación exitosa, el Contratista solicitará al Supervisor su participación en una prueba de funcionamiento de acuerdo a lo estipulado en las Especificaciones Técnicas.
- 5.2.3.6. La cláusula Octava del contrato de obra establecería que los plazos fijados en este Contrato, incluyen el tiempo necesario para la movilización, puesta en operación y prueba de funcionamiento de las Obras.
- 5.2.3.7. **Respecto del funcionamiento de la sectorización:** Por Carta N° 026-2006/CGS el Consorcio GITEC-SERCONSULT, Supervisor del Proyecto, expresó que la puesta en operación y funcionamiento de la Sectorización no estaba presupuestada y correspondería a EMSAPUNO la verificación de su implementación.
- 5.2.3.8. Mediante Carta N° 011-2007-EMSAPUNO/CGS, de fecha 10 de mayo del 2007, emitida por el Supervisor del Proyecto se precisó que "(...) *corresponde al Contratista la verificación y pruebas necesarias para el óptimo funcionamiento de las redes que ellos han instalado, y que en su momento fueron instalados (...)*". Esta versión, contraria a la comunicación, anterior implicaría que el Acta de Recepción Provisional de la Obra Construida de fecha 31 de julio del 2006 (que deslinda de responsabilidad al Comité de Recepción sobre el funcionamiento la sectorización), no cuenta con la conformidad suficiente, principalmente

de la Supervisión.

- 5.2.3.9. La negligencia de la puesta en funcionamiento de la Sectorización se manifiesta en la disminución de número de horas de atención del servicio a la ciudad de Puno.
- 5.2.3.10. Por consiguiente, el Expediente Técnico de la Sectorización contendría la Implementación de la Sectorización, la cual debía ejecutarse y entregarse a la entidad con las pruebas de funcionamiento, de conformidad con las cláusulas 9.01, 14.4, 19.1 y 19.2, Condiciones Generales Administrativas, así como las cláusulas octava y décima del Contrato de Construcción de Obra a Precios Unitarios.
- 5.2.3.11. **Respecto de la pretensión accesoria:** EMSAPUNO solicita considerar deducir el monto que corresponde al hecho de no haber puesto en funcionamiento de la Sectorización, toda vez que se viene implementando la ejecución de actividades para el funcionamiento de la Sectorización a un costo de S/. 1'000,000.00.

5.2.4. **Sobre la cuarta pretensión de la reconvención**

- 5.2.4.1. EMSAPUNO, a través de la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG, de fecha 08 de agosto del 2005, habría decidido ampliar indebidamente el plazo contractual en 37 días calendario, desde el 22 de agosto del 2005 hasta el 28 de setiembre del 2005, bajo el argumento de ejecutar un adicional de obra por concepto de mayores metrados (colocación de 2,543 micromedidores).
- 5.2.4.2. Esta ampliación de plazo concedida, que genera pago de mayores gastos por concepto de gastos generales, se habría formalizado sin la respectiva aprobación del Adicional de Obra, que recién mediante Resolución N° 051-2005-EMSAPUNO/GG, de fecha 21 de septiembre del 2005, aprobó la ejecución de la colocación de los micromedidores en calidad de Adicional de Obra, es decir que a partir de esta fecha quedó autorizada la ejecución del adicional conforme señala la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, que dispone que *"las obras adicionales deben ejecutarse solo cuando se cuente previamente con la Resolución aprobatoria del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la entidad, las obras ejecutadas sin cumplir dichos requisitos no generan derecho alguno a favor del contratista"*, por lo cual se concluye que existiría un vacío de vigencia del Contrato de Obra

desde el 22 de agosto del 2005 hasta cuando se aprueba el adicional 21 de setiembre del 2005, puesto que desde esta fecha recién existiría aprobación expresa para la ejecución del Adicional, y sería ésta la que motiva la ampliación de plazo.

5.2.4.3. Por tanto, la aprobación de ampliación de plazo para la ejecución de obra se habría dado sin contar con la previa aprobación del adicional de obra por el Titular del Pliego

5.2.4.4. Las formalidades para la aprobación de adicionales de obra están reguladas en la Resolución de Contraloría N° 072-2001-CG, así como en la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG.

5.2.4.5. Sin embargo, la formalidad institucional que aprobó la ejecución de la colocación de micromedidores se habría registrado con la Resolución N° 051-2005-EMSAPUNO-GG, del 21 de septiembre del 2005, fecha desde la cual recién se debe haber ejecutado las obras autorizadas motivando la ampliación de plazo, motivo por el cual estas obras ejecutadas son de cargo del contratista, conforme señala la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, que dispone que *"las obras adicionales deben ejecutarse solo cuando se cuente previamente con la Resolución aprobatoria del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la entidad. Las obras ejecutadas sin cumplir dichos requisitos no generan derecho alguno a favor del contratista"*.

5.2.5. Sobre la quinta pretensión de la reconvención

5.2.5.1. Según el asiento N° 02 del cuaderno de obras, suscrito por el Residente de Obra, se ha registrado que la obra del Componente Galería Filtrante Totorani ha iniciado el 21 de junio del 2004, por lo tanto la fecha de conclusión contractual de este componente habría terminado el 20 de septiembre del 2004.

5.2.5.2. Mediante Acta de Acuerdo Amigable de fecha 01 de diciembre del 2004, se otorgó 14 días calendario de ampliación de plazo en calidad de regularización, estableciéndose como fecha de conclusión del Componente Totorani el 02 de octubre del 2004. Este acto lesionaría los procedimientos establecidos en las normal para tratar las ampliaciones de plazo, toda vez que la cláusula octava del contrato precisaría que solamente podrán ser prorrogados por caso de fuerza mayor y/o motivo justificado y aceptado por EMSAPUNO, siempre y

cuando sea solicitado por CONCYSSA por escrito, quince (15) días antes de la expiración del respectivo plazo, situación que debió solicitarse según procedimiento previsto por el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, conforme a la base legal del Contrato. Por la cual se infiere la penalidad de catorce (14) días por ampliación indebida, en la etapa de la ejecución del Componente Totorani.

- 5.2.5.3. La designación del Comité de Recepción del componente de la "Galería de Filtración Totorani" también se habría efectuado inobservando el artículo 163° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado vigente en la fecha. Luego de la conclusión de la obra se contaba con cinco (5) días para comunicar el Supervisor a la Entidad y siete (7) días para conformar el Comité de Recepción, es decir la totalidad de doce (12) días, sin embargo este Comité ha sido designado después de cuarenta y un (41) días de haber concluido el supuesto plazo vigente, (habilitado indebidamente con acuerdo amigable). Esta recepción mediante acuerdo amigable, contravendría los artículos 3°, 8°, 10° y 202.1° de la Ley N° 27444.
- 5.2.5.4. El artículo 163° del Reglamento del Texto Único de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, dispone que en el caso de los retrasos en la subsanación de las observaciones que exceda el plazo otorgado se considera como demora para efectos de las penalidades que correspondan, los mismo que son acumulable hasta un máximo del 5% del monto contratado, sin requerimientos previo, de acuerdo a la décima primera cláusula del Contrato de Obra.
- 5.2.5.5. Desde la determinación de las observaciones efectuada por el primer Comité de Recepción hasta la recepción ilegal mediante acuerdo amigable, han haber transcurrido 211 días, y considerando que el Contratista contaba con 30 días para levantarlas, ha existido un retraso de 181 días, que corresponden a las penalidades.
- 5.2.5.6. El monto máximo de la penalidad será del 5% del monto del Contrato, aplicándose S/. 15,149.49 por cada día de retraso, por lo cual sería suficientes aplicar una penalidad por 63 días naturales para llegar al tope del 5% del monto de contrato de penalidad establecida en EL CONTRATO, la misma que alcanzaría la suma de S/. 954,417.89.

5.2.6. Sobre la sexta pretensión de la reconvención

- 5.2.6.1. La forma de levantamiento de observaciones por parte de CONCYSSA contravendría las disposiciones establecidas en las normas Técnicas de Contraloría, que exige y faculta al Comité de Recepción a la verificación de su levantamiento, principalmente en el tema de la Sectorización que tiene como propósito fundamental el abastecimiento racionalizado de agua potable en la ciudad de Puno, la misma que bajo la justificación de no estar presupuestada no se habría implementado y efectuado las pruebas necesarias.
- 5.2.6.2. Se habría ejecutado una obra diferente a la requerida en el Expediente Técnico, y al no haber cumplido con las especificaciones técnicas expresadas en los documentos contractuales, se habría generado el acto administrativo (Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO), por la cual se declaró la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 069-2006-EMSAPUNO que aprueba la liquidación final de obra del Lote N° 2.
- 5.2.6.3. Por estas razones, EMSAPUNO solicita que CONCYSSA concluya con el levantamiento de las observaciones efectuadas por el Comité de Recepción, toda vez que las observaciones pendientes han sido levantadas documentariamente por la Gerencia General, órgano que sería incompetente para el levantamiento de observaciones de las obras ejecutadas.

5.2.7. Sobre la séptima pretensión de la reconvención

- 5.2.7.1. Para calcular el total el volumen de agua que ha dejado de facturar EMSAPUNO, por no contar con un servicio de 24 horas se tomó en cuenta lo siguiente:

Consumo (teórico) = 120 lt/hab/día. (Con un servicio de 24 horas continuas)

Numero de personas por conexión: 5

Consumo por conexión de agua = 0.60 m³/día.

Consumo por conexión por mes = 18 m³/mes.

Consumo (Real) = 75 lt/hab/día. (Con un servicio de 8 horas)

Numero de personas por conexión: 5

Consumo por conexión de agua = $0.375 \text{ m}^3/\text{día}$.

Consumo por conexión por mes = $11.25 \text{ m}^3/\text{mes}$.

Diferencia en una conexión = $18 - 11.25 = 6.75 \text{ m}^3/\text{mes/conexión}$.
(Solo en la categoría domestico).

Total dejado de facturar = $6.75 \times 22,500$ (número de usuarios) $\times 0.45 = 6,8343.75 \text{ m}^3$ mensuales de agua.

Valorizado en soles tarifa domestica = $6,8343.75 \times 0.69 = 47,157.19$ soles/mensual.

Con los cálculos obtenidos, procedemos a sumar los costos por años:

Año 2006 (agosto 2006) = $5 \times 47,157.19 = \text{S/}. 235,785.95$

Año 2007 (periodo de garantía) = $12 \times 47,157.19 = \text{S/}. 565,886.28$

Año 2008 (junio 2008) = $6 \times 47,157.19 = \text{S/}. 282,943.14$

Total = $\text{S/}. 1'084,651.37$.

5.2.7.2. Con respecto a la valorización que se detalla líneas arriba, se ha considerado la tarifa doméstica, sin embargo dentro de la ciudad se cuenta con usuarios comerciales e industriales que tienen otra tarifa por m^3 de agua consumida, con lo que se incrementaría el monto de la valorización de daños ocasionados a EMSAPUNO.

5.2.7.3. Por tanto, se determina que el perjuicio económico a EMSAPUNO asciende a la suma de $\text{S/}. 104,793.75$ en forma mensual, durante el periodo de culminación de las obras recepcionadas irregularmente hasta que CONCYSSA, logre solucionar la implementación de la Sectorización.

5.2.8. Sobre la octava pretensión de la reconvención

5.2.8.1. El Contratista se responsabilizó por las pérdidas y daños a los materiales de las obras que le sean entregadas por la Entidad Contratante.

5.2.8.2. **Respecto de las pérdidas de agua por roturas:** EMSAPUNO habría

tenido considerables pérdidas de agua en la etapa de la ejecución de la obra, debido a varios factores tales como roturas, retiro de válvulas de sectores cerrados antes de la ejecución de la obra, generando un desbalance hídrico que hasta la fecha no se habría podido restablecer, toda vez que está ligada a la falta de la implementación de la Sectorización.

- 5.2.8.3. Se han determinado el valor de las pérdidas por roturas, según el siguiente detalle:

Año 2004 :	S/. 24,204.58
Año 2005 :	S/. 25,715.00
Total :	S/. 49,919.58

- 5.2.8.4. **Respecto de las pérdidas de agua por suspensión de atención al cliente:** EMSAPUNO también se habría visto obligada a suspender el servicio de abastecimiento de agua potable, registrándose reclamos operacionales que habrían deteriorado la imagen de EMSAPUNO, estimándose el perjuicio causado en S/. 150,000.00.

- 5.2.8.5. **Respecto de los mayores metrados pagados por la supervisión, y diferencias encontradas por Comité de Recepción:** Durante el proceso de recepción de obra el Comité designado realizó observaciones. En respuesta a las mismas, el Contratista y el Supervisor se habrían comprometido a realizar las compensaciones económicas referentes a los aspectos que no se ejecutaron en la obra, sin embargo se habrían encontrado valorizados y pagados. El compromiso fue que en la liquidación de obra se descontaría estos montos pagados que no fueron ejecutados, situación que no se refleja en la liquidación que ha sido objeto de nulidad.

- 5.2.8.6. **Respecto de las observaciones generales:** Según especificaciones técnicas del proyecto, en las conexiones domiciliarias, no se habría colocado marco y tapa de fierro fundido, sino de concreto. Por tanto, se debería descontar los costos que corresponden al tipo de material presupuestado. CONCYSSA adeudaría la suma de S/.18,000.00.

- 5.2.8.7. La tubería utilizada como protección o forro de las conexiones domiciliarias de agua no cumplirían con las especificaciones técnicas. Se debería descontar la suma de S/. 24,000.00.

- 5.2.8.8. En la liquidación de obra no se descontó al contratista lo que corresponde al material que no habría sido internado en los

almacenes de EMSAPUNO, el monto estimado es por S/. 25,000.00.

- 5.2.8.9. CONCYSSA debería entregar al Comité el acta de internamiento de los medidores retirados en la rehabilitación de conexiones domiciliarias de agua, así como las cajas de concreto y accesorios. Este incumplimiento acarrearía daños por la suma de S/.20,000.00.
- 5.2.8.10. Se solicita entregar las válvulas retiradas de las estaciones pitométricas existentes. El costo de estos accesorios sería de S/. 2,000.00.
- 5.2.8.11. En la rehabilitación de conexiones domiciliarias no se habría utilizado una tubería conforme al proyecto de obra. No se habría descontado el monto que significa hacer la diferencia entre la tubería proyectada y la ejecutada en obra, que se calcula en la suma de S/. 12,000.00.
- 5.2.8.12. El contratista adeudaría 35 naves de paso que le habrían sido otorgadas por la División de Logística de EMSAPUNO, en calidad de préstamo. El monto valorizado de estos accesorios ascendería a la suma de S/. 400.00.
- 5.2.8.13. La recepción total determinada por el Comité de Recepción referida a la valorización de mayores metrados, que no habrían sido verificados físicamente, alcanzaría la suma de S/. 230,280.00.
- 5.2.8.14. La suma total de los tres rubros desarrollados (cortes de agua por roturas, cortes de agua por suspensión de servicio y valorización de mayores metrados respecto de los determinados por el Comité de Recepción), alcanzaría el monto de S/. 430,199.58, que se solicita se devuelva en la valorización de cuentas final que debería practicarse, toda vez que la liquidación aprobada contendría varios asuntos pendientes, así como actos administrativos irregulares.

5.3. Medios Probatorios ofrecidos por EMSAPUNO en su reconvención de la demanda

En calidad de medios probatorios, EMSAPUNO ofreció en su escrito de reconvención de demanda los documentos correspondientes al rubro denominado "ANEXOS" mencionados en los puntos 2.A al 2.1.LL.

VI. SINTESIS DE LA POSICIÓN DE CONCYSSA RESPECTO DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR EMSAPUNO EN SU RECONVENCIÓN DE DEMANDA

Mediante escrito presentado el 13 de agosto de 2009, CONCYSSA absuelve traslado del escrito de la reconvencción de demanda de EMSAPUNO, a través del cual expresó lo siguiente:

6.1. Cuestiones preliminares

- 6.1.1. Entre las pretensiones de EMSAPUNO se encontrarían aquellas destinadas a buscar el mismo efecto que pretendió obtener al emitir la Resolución de Gerencia General N° 041-2007/EMSAPUNO-GG.
- 6.1.2. La intención de EMSAPUNO al emitir dicha Resolución sería retrotraer los efectos de EL CONTRATO al momento anterior a la Recepción Provisional de la Obra sin Observaciones, de modo tal que tuvieran la posibilidad de decidir a su libre antojo la no recepción de la Obra hasta que ésta se modificara según lo que EMSAPUNO llama el "expediente original".
- 6.1.3. La disminución en el suministro de agua para la ciudad de Puno no se debería a una obra mal realizada ni inconclusa, sino al hecho que EMSAPUNO no ha ampliado el sistema de suministro mediante una alimentación adecuada de agua. Es decir, por un lado se amplió la red para abastecimiento del agua (mediante la ejecución de la Obra), pero por otro lado se mantuvo el mismo nivel de suministro y a la fecha no se ha conectado la Galería Filtrante con las redes de abastecimiento.
- 6.1.4. De otro lado, en el caso de la Galería Filtrante, el cambio de material no influyo en la disminución de caudal. La Galería fue mal diseñada, al menos para los fines que pretendía EMSAPUNO respecto a su caudal. Sin perjuicio de ello, las imputaciones realizadas hoy por EMSAPUNO fueron anteriormente realizadas por dicha Entidad (aunque a través de la anterior administración) y ante el entrapamiento se decidió recurrir a los mecanismos de solución de conflictos, que derivaron finalmente en un Acuerdo Amigable (conciliación).
- 6.1.5. Los actuales requerimientos de EMSAPUNO ya habían sido expuestos con motivo de la Recepción Provisional de las Obras. EMSAPUNO en dicho momento observó la Obra en los mismos términos que hoy manifiesta la nueva administración de EMSAPUNO. Ante ello,

CONCYSSA habría presentado sustento suficiente que demostraría que la Obra (incluyendo la Galería Filtrante Totorani) fue ejecutada según el Expediente Técnico y que CONCYSSA no estaba obligada a ejecutar los trabajos de verificación de la Sectorización.

- 6.1.6. No resultaría procedente discutir nuevamente y arbitrar sobre cuestiones que ya fueron materia de una controversia anterior y que fueron resueltos por la vía conciliatoria.

6.2. Pronunciamiento sobre la primera pretensión de la reconvención

- 6.2.1. La primera pretensión incluida en la reconvención es que se declare la nulidad del Acta de Negociación de Contrato de fecha 3 de junio del 2004, así como la nulidad de la cláusula novena del Contrato, de forma tal que se ordene la ejecución de la Obra conforme al expediente técnico aprobado (sin la utilización del sistema de Rehabilitación de Redes sin Zanja).
- 6.2.2. Alternativamente, EMSAPUNO solicita el pago de una indemnización de daños y perjuicios por la suma de S/. 841,324.28 que correspondería al mayor pago realizado a favor de CONCYSSA.
- 6.2.3. EMSAPUNO sustentaría su pretensión en el supuesto hecho que la no objeción de la KfW fue posterior al acta de negociación que formaliza la incorporación de la propuesta técnica para la utilización del método sin zanja. En este contexto, sugiere que no se han cumplido las formalidades para la suscripción del Contrato y que como tal el Acta y la Cláusula Novena del Contrato serían nulas.
- 6.2.4. Al respecto, CONCYSSA considera prudente enfocarse en dos cuestiones: (a) la inexistencia de algún vicio de nulidad; y (b) la inexistencia de algún factor atribuible a CONCYSSA.
- 6.2.5. **Inexistencia de vicios de Nulidad:** EMSAPUNO sostendría que la vía de incorporación de la tecnología sin zanja es nula, lo que determinaría que su ejecución no sería válida. Siendo ello así, CONCYSSA estaría obligada a reemplazar las redes utilizando tubos de PVC.
- 6.2.6. La nulidad invocada por EMSAPUNO no existiría y no habría sido probada. De otro lado, asumiendo que si existió algún vicio u omisión, tenemos que las tuberías rehabilitadas constituirían obras ejecutadas

de manera indebida, pero aun así fueron recepcionadas por EMSAPUNO, con lo cual en aplicación de la teoría de los Actos Propios se habría superado cualquier vicio existente.

- 6.2.7. El artículo 219 del Código Civil señala las causales por las que un acto jurídico es nulo. Dentro de dichos supuestos no existiría ninguno que haya sido expuesto por EMSAPUNO como sustento de su pedido de nulidad.
- 6.2.8. Presumiendo que la invocación de EMSAPUNO estaría vinculada a la omisión de los requisitos del KfW para la suscripción del Contrato y aun cuando no se hubiese contado con la aprobación del KfW, no existe vicio de nulidad en tanto el Código Civil en estos casos exige que el documento que prescribe la formalidad (que en este caso sería la aprobación previa del KfW) señale que su omisión acarrea la nulidad del acto respectivo. Así, no existiría documento que señale la nulidad del acto que no contenga la aprobación o No Objeción del KfW.
- 6.2.9. En el hipotético caso que se aceptara la premisa que la rehabilitación de las tuberías mediante la utilización de la tecnología sin zanja no constituía parte u obligación del Contrato, sino que correspondía el reemplazo por las tuberías de PVC, tenemos que CONCYSSA habría ejecutado una actividad indebida, es decir, habría incumplido una obligación de hacer. En este supuesto, sería de aplicación la teoría de los actos propios que se sustenta en el principio de buena fe contractual.
- 6.2.10. EMSAPUNO argumenta que CONCYSSA incumplió su obligación de hacer mediante la ejecución de una actividad no contemplada (según indican por aplicación de un supuesto de nulidad) en el Contrato. Sin embargo, EMSAPUNO (durante la anterior administración) aceptó la ejecución de la obra realizada por CONCYSSA y procedió a su recepción.
- 6.2.11. Consecuentemente, aun si se admitiera la posición de EMSAPUNO respecto a la nulidad de la incorporación de la tecnología sin zanja y como tal el incumplimiento de CONCYSSA en realizar el cambio de tuberías, resultaría de inmediata aplicación la teoría de actos propios, en tanto EMSAPUNO no podría desconocer sus actuaciones desde el inicio de ejecución de la Obra.
- 6.2.12. **De haber existido una omisión en obtener la No Objeción del KfW, ésta resultaría imputable a EMSAPUNO:** CONCYSSA presentó su propuesta para la utilización de la tecnología sin zanja con motivo de su

oferta técnica dentro del proceso de Licitación. Una vez obtenida la Buena Pro, EMSAPUNO decidió incorporar dicha tecnología y como tal se procedió a suscribir el respectivo Contrato.

- 6.2.13. El contar o no con la No Objeción de la KfW sería competencia de la propia entidad (en este caso EMSAPUNO) y no del Contratista (CONCYSSA). CONCYSSA sugirió y ofreció un método moderno y más adecuado a las necesidades de EMSAPUNO y ésta comunicó su aceptación de dicho método para su incorporación al Contrato.
- 6.2.14. En el segundo párrafo de la cláusula Sexta del Contrato se señala que la tecnología sin zanja se incorpora al contrato *"Con la opinión favorable del Consultor, la No Objeción del KfW y la aprobación de EMSAPUNO"*. Es decir, la incorporación de la tecnología no contendría vicio u omisión.
- 6.2.15. Cuando EMSAPUNO comunicó la aceptación y aprobación por parte del KfW del Contrato final que incorporaba la nueva tecnología, se procedió a su suscripción. Sin embargo, EMSAPUNO argumenta que no habría existido la No Objeción del KfW. CONCYSSA no tendría que saber si el KfW envió o no su No Objeción.
- 6.2.16. Por otro lado, la razón de la disminución de la presión se habría debido a la falta de mayor suministro de agua para alimentar la nueva red (extendida) de tuberías. La obra determinó un aumento en la demanda de agua, sin embargo la fuente de agua ha permanecido inalterable. No ha existido incremento alguno, razón por la cual al existir igual cantidad de agua para más usuarios, resultaría lógico y previsible que la población tenga problemas con el abastecimiento en lo relacionado a la presión y a la continuidad del servicio.
- 6.2.17. La aplicación de la rehabilitación de redes respecto a ciertas tuberías en vez del cambio inicialmente previsto por la entidad, respondía a los siguientes criterios y fundamentos:
- a. A pesar de ejecutar la rehabilitación de redes de agua potable y alcantarillado aplicando la tecnología sin zanja, a EMSAPUNO no le costaría más de lo presupuestado.
 - b. El producto final al aplicar estas tecnologías sin zanja es de mayor calidad que las del método convencional con respecto a durabilidad y resistencia. Las tuberías de agua de fierro fundido revestido con mortero cemento y las tuberías de polietileno utilizadas en alcantarillado tienen una duración mínima de 50

años, que largamente superarían a las tuberías de PVC cuya duración promedio es de 30 años.

- c. CONCYSSA cuenta con amplia experiencia en la ejecución de Obras aplicando dichas tecnologías.
- d. Estas tecnologías ocasionan menores costos intangibles, como funcionamiento normal de la actividad comercial y turística, menor contaminación ambiental, no se bloquean las vías, disminución considerable del malestar social si se compara con las obras de rehabilitación con métodos tradicionales.

6.3. Pronunciamiento sobre la segunda pretensión de la reconvención

- 6.3.1. La segunda pretensión de EMSAPUNO esta vinculada a la Galería Filtrante Totorani. EMSAPUNO demanda dos cosas: (i) se cumpla con la colocación de la tubería de filtro de acero inoxidable en reemplazo de la de PVC colocada indebidamente; y, (ii) se coloque el material de filtro según las especificaciones técnicas.
- 6.3.2. Esta pretensión sería improcedente en tanto versa sobre una obra recepcionada sin observaciones y vinculada a una controversia resuelta por la vía de un acuerdo amigable (mecanismo previsto en el contrato para la solución de conflictos).
- 6.3.3. Sin perjuicio de ello, resultaría pertinente señalar que, con relación a la tubería de PVC colocada por CONCYSSA, en vez de la tubería de acero incluida en las especificaciones técnicas, se indicaba en el formato del presupuesto de las bases (en el rubro SUMINISTRO DE TUBERIAS Y ACCESORIOS PARA LA GALERIA FILTRANTE), que estas serian de PVC y no de acero inoxidable, por lo que CONCYSSA ofertó sobre la base de dicho presupuesto.
- 6.3.4. Asimismo, el cambio de tubería fue aprobado por el Supervisor y aceptado por la Entidad. En este caso, EMSAPUNO no podría desconocer sus actos previos, en los cuales habría aceptado la colocación de tubería de PVC.
- 6.3.5. EMSAPUNO no habría acreditado que dicho componente contenga alguna falla o defecto que determine un cambio por parte de CONCYSSA en aplicación del periodo de conservación de Obra

- 6.3.6. Respecto al material filtrante, el cambio del mismo fue aceptado por la Supervisión (en nombre y representación de EMSAPUNO) y finalmente fue materia de conciliación vía Acuerdo Amigable.
- 6.3.7. Por otro lado, el cambio de tubería y del material filtrante no tendría vinculación alguna con el menor caudal de la Galería. Según Estudios Independientes (realizado por el Colegio de Ingenieros del Perú), el caudal previsto por EMSAPUNO para la Galería no responde al diseño presentado, siendo que CONCYSSA habría ejecutado la obra tal como había sido requerida en las Especificaciones Técnicas, por lo que el menor caudal respondería al diseño de la Obra y no a los componentes del mismo o a la ejecución realizada por CONCYSSA.
- 6.4. Pronunciamiento sobre la tercera pretensión de la reconvención**
- 6.4.1. Como tercera pretensión EMSAPUNO solicita que se exija a CONCYSSA la ejecución de los trabajos para la verificación de la Sectorización y accesoriamente el pago de una indemnización.
- 6.4.2. La pretensión de la Entidad sería infundada en atención a que la Obra fue debidamente recepcionada por EMSAPUNO y actualmente se estaría simplemente en un periodo de conservación.
- 6.4.3. La pretensión de EMSAPUNO versa sobre la obligación de realizar una actividad que no estaría contemplada ni en las bases ni en EL CONTRATO. CONCYSSA cumplió con realizar las respectivas consultas sobre quien se encargaría de la Sectorización (actividad importante para estas obras pero que no estaban contempladas en el expediente técnico) y la respuesta de la Supervisión fue que no eran actividades a ser desarrolladas en el marco de la presente Obra.
- 6.4.4. Así, el Supervisor de la Obra designado por EMSAPUNO habría señalado que la puesta en operación y funcionamiento de la sectorización no correspondía ser efectuada por CONCYSSA (según constaría en el asiento 239 del Cuaderno de obra).
- 6.4.5. Cuando EL CONTRATO hace referencia a términos como "puesta en operación" o "prueba de funcionamiento", no se estaría refiriendo a trabajos de sectorización, que implican labores específicas que para su realización requieren metodologías determinadas. La puesta en operación o prueba de funcionamiento estarían vinculados a la Obra

para determinar su correcta ejecución y funcionamiento, y que como tal no demandarían actividades específicas.

- 6.4.6. La Sectorización como actividad no habría estado presupuestada y no se encontraría establecida en el Contrato, en las Bases o en las Especificaciones Técnicas.

6.5. Pronunciamiento sobre la cuarta pretensión de la reconvención

- 6.5.1. Como cuarta pretensión, EMSAPUNO solicita que se declare la nulidad por "ilegal" de la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG del 08 de agosto de 2005 que amplió el plazo de ejecución del Contrato.

- 6.5.2. La Resolución de EMSAPUNO para ampliar el plazo constituiría un acto válido, emitido conforme a ley, por lo que no contendría ningún vicio de nulidad.

- 6.5.3. Aun cuando EMSAPUNO haya emitido su Resolución de manera posterior a los actos que la motivan (supuesto fundamento para solicitar la nulidad), ello no determinaría su nulidad o falta de legitimidad.

- 6.5.4. La ampliación otorgada no sería un acto ilegal, sino que se enmarcaría dentro de cualquier proceso de contratación. Atendida la solicitud de ampliación contractual por parte de la Entidad, sus efectos son y debe ser respetados y amparados por las instituciones jurídicas.

6.6. Pronunciamiento sobre la quinta pretensión de la reconvención

- 6.6.1. EMSAPUNO solicita se aplique a CONCYSSA las penalidades del componente de Galería Filtrante Totorani por presunta demora en la entrega.

- 6.6.2. La recepción de la Galería Filtrante no se habría realizado en el momento definido inicialmente en EL CONTRATO debido a que EMSAPUNO consideró que existían observaciones no levantadas por CONCYSSA, siendo a su vez que CONCYSSA considero que las observaciones planteadas por EMSAPUNO no serían correctas. Ante el entrapamiento, las partes sometieron sus diferencias a un proceso de solución de controversias que concluyeron con un Acuerdo Amigable.

- 6.6.3. La etapa de negociación del conflicto para fines del Acuerdo determinó una demora en la recepción de la obra (no en la entrega). Sin embargo, el tiempo transcurrido para solucionar el conflicto no podría ser considerado como una demora en la entrega de la Obra y como tal un incumplimiento contractual, máxime si en el Acuerdo Amigable no habría establecido penalidad alguna.
- 6.6.4. EMSAPUNO buscaría sustentar sus pretensiones en artículos y disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, debiendo señalarse que las mismas no son de aplicación en la Contratación realizada con CONCYSSA, restringiéndose la misma a cuestiones de orden supletorio.
- 6.6.5. Cuando EMSAPUNO pretende desvirtuar conformaciones del Comité Especial, buscar aplicar lo previsto por la Ley de Contrataciones, cuando ésta no sería de aplicación directa.
- 6.7. Pronunciamiento sobre la sexta pretensión de la reconvención**
- 6.7.1. La sexta pretensión de EMSAPUNO implica que se debe proceder a una nueva Recepción Provisional de Obra, a fin que se establezca un nuevo periodo de conservación.
- 6.7.2. Esta pretensión esta sustentada en la declaración de nulidad del Acta de Recepción Provisional. EMSAPUNO sostiene que dicha Acta de Recepción no tendría validez por haber sido declarada nula, y que sobre la base de tal circunstancia CONCYSSA tendría que levantar las observaciones que fueron materia de un Acuerdo Amigable (conciliación para fines de la recepción de la obra) para luego realizar una nueva Recepción Provisional.
- 6.7.3. La posición de CONCYSSA ha quedado expuesta en los descargos a las pretensiones anteriores.
- 6.7.4. No resulta procedente realizar una nueva Recepción de Obra y discutir nuevamente diferencias ya solucionadas entre las partes. Las observaciones que EMSAPUNO mantiene, ya fueron materia de solución y no deberían constituir cuestiones de discusión y nuevo pronunciamiento.

6.8. Pronunciamiento sobre la séptima pretensión de la reconvención

- 6.8.1. EMSAPUNO solicita un pago por concepto de indemnización de Daños y Perjuicios debido a la falta de implementación de la Sectorización, al haber dejado de prestar el servicio de agua durante las 24 horas al día luego de culminada la Obra. La cuantía referida por EMSAPUNO es de S/. 104,793.75 mensuales hasta el momento en que se ejecute la Sectorización.
- 6.8.2. La presente pretensión no cumpliría con los cuatro requisitos o presupuestos básicos para la determinación de la responsabilidad: antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución.
- 6.8.3. EMSAPUNO ha señalado simplemente que, al incumplir CONCYSSA con la Sectorización, existiría un daño vinculado a la falta de suministro de agua las 24 horas al día. No se entendería la relación entre el supuesto daño y el presunto hecho de haber incumplido con la Sectorización.
- 6.8.4. Sin perjuicio de ello, CONCYSSA no habría estado obligada a ejecutar la verificación de la Sectorización. Sobre la base de dicha premisa, no puede existir acción u omisión de CONCYSSA que hubiese determinado o generado algún daño a EMSAPUNO.
- 6.8.5. Independientemente de lo antes señalado, EMSAPUNO no habría sustentado dicho daño por cuanto:
- a) No ha demostrado alguna acción u omisión de CONCYSSA contraria a derecho (contravención de alguna norma imperativa o un principio de orden general). Para ello, tendría que existir una conducta antijurídica, lo cual no se habría demostrado.
 - b) No habría daño demostrado, ya sea por lucro cesante o daño emergente. EMSAPUNO solo se habría limitado a decir que se le ha causado un daño sin sustentar cual ha sido éste. El indicar que han dejado de brindar servicios (y por tanto facturar) 24 horas al día no constituye argumento o sustento válido debido a que: (i) EMSAPUNO no suministraba agua 24 horas al día antes de la ejecución de Obra ni luego de ésta; (ii) aun cuando CONCYSSA hubiese ejecutado la sectorización, el efecto habría sido el mismo que EMSAPUNO reclama; (iii) la pretensión de obligar a CONCYSSA a un pago mensual demostraría que lo que se pretende es una penalidad y no la reparación de un daño; (iv) el monto expuesto por EMSAPUNO no sería real; (v) no ha acreditado que aun habiendo ejecutado la Sectorización se habría logrado un servicio de 24 horas

diarias, pues para ello sería necesario ampliar la fuente de suministro (lo que EMSAPUNO no ha efectuado y que constituye la causa de la menor presión y menor provisión de agua para la población de Puno).

- c) No existiría nexo causal entre el supuesto daño producido (inexistente) con la supuesta conducta antijurídica (inexistente). Sin daño y sin conducta antijurídica resultaría imposible que exista un nexo causal. Aun asumiendo la existencia real de un daño, no habría relación de causalidad con alguna acción u omisión de CONCYSSA, inclusive si consideramos que la Sectorización era una obligación de ésta, toda vez que no se habría demostrado que la falta en la ejecución de la verificación de la sectorización haya determinado algún daño a EMSAPUNO.
- d) CONCYSSA no actuó de mala fe, con dolo o culpa en la generación de algún daño. No existiría factor de atribución alguno.

6.9. Pronunciamiento sobre la octava pretensión de la reconvención

- 6.9.1. Como octava pretensión, EMSAPUNO solicita que CONCYSSA pague la suma de S/. 430,199.58 por concepto de cortes de agua por roturas, por cortes debidos a suspensión del servicio y por valorización de mayores metrados.
- 6.9.2. No se explicitaría si lo que solicita es una indemnización. Simplemente se exigiría que CONCYSSA asuma la responsabilidad de las pérdidas de agua y se solicita se reconozca un menor valor a favor de CONCYSSA por supuestos metrados no ejecutados.
- 6.9.3. Se reitera lo señalado para el caso de la séptima pretensión, en el sentido que EMSAPUNO no habría acreditado ninguno de los presupuestos para la determinación e imputación de responsabilidad.

6.10. Medios Probatorios ofrecidos por CONCYSSA en su contestación a la reconvención

En calidad de medios probatorios, CONCYSSA ofreció en su escrito de contestación a la reconvención de demanda los documentos correspondientes al rubro denominado "MEDIOS PROBATORIOS" identificados como los anexos 3.A al 3.C.

VII. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 15 de diciembre de 2008, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, la cual se desarrolló en el siguiente orden:

- 7.1. El Tribunal pidió a EMSAPUNO que aclare y precise los defectos advertidos en la manera en que planteó sus pretensiones.
- a) EMSAPUNO aclaró que su pretensión alternativa a la primera pretensión, en realidad, tiene la calidad de accesoria, de modo tal que modificó lo señalado en su reconvención en ese extremo y que el monto de esta pretensión asciende a S/. 841,324.28.
 - b) EMSAPUNO aclaró que la pretensión accesoria a su segunda pretensión se refiere a lo siguiente: Que el Tribunal Arbitral ordene al contratista que habiendo desarrollado las obras sin respetar las especificaciones técnicas establecidas en el expediente técnico aprobado para el expediente de licitación referido a la tubería de filtro básicamente para el componente de la galería filtrante Totorani, sean asumidas por la contratista y, en consecuencia, su valorización que asciende a la suma de S/. 875,346.45 sean deducidas de la liquidación.
 - c) EMSAPUNO aclaró que la pretensión accesoria a su tercera pretensión se refiere a lo siguiente: Que dicha pretensión tiene carácter indemnizatorio y en tal sentido no cabría deducción alguna.
 - d) EMSAPUNO aclaró que el monto de su séptima pretensión asciende a la suma de S/. 1'084,651.37, y que su sustento es el que se señala en la séptima pretensión, la cual se ha generado desde agosto del año 2006 hasta junio del año 2008.
 - e) EMSAPUNO aclaró que el monto de su octava pretensión asciende a la suma S/. 430,199.58 por concepto de daño emergente.
- 7.2. No advirtiéndose defectos formales en la relación procesal, el Tribunal Arbitral declaró la existencia de una relación jurídico procesal válida y, por tanto, saneado el proceso.
- 7.3. Seguidamente, el Tribunal Arbitral invocó a las partes a poner fin a la controversia surgida entre ellas mediante un acuerdo conciliatorio. Las partes expresaron que en este momento no podían arribar a un acuerdo conciliatorio, pero que estaban dispuestos a explorar la posibilidad de conciliar total o parcialmente la controversia.

7.4. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral procedió a establecer los siguientes puntos controvertidos:

A. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

- a) Determinar si corresponde ordenar a EMSAPUNO el pago de S/. 211,428.73 que se adeudaría a CONCYSSA, como liquidación final del Contrato, incrementado con el interés respectivo.
- b) Determinar si corresponde ordenar la inejecución y declarar la extinción de la Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79, otorgada por el Banco Continental como garantía de Buen Funcionamiento de las obras ejecutadas por CONCYSSA.
- c) Determinar, en caso ampararse el punto controvertido señalado en el punto anterior, si corresponde ordenar a EMSAPUNO devolver a CONCYSSA la mencionada Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79 o que, en su defecto, se asuma de pleno derecho que vencido el plazo establecido, la carta fianza ha sido devuelta para todos sus efectos.
- d) Determinar si corresponde ordenar a EMSAPUNO el pago de una indemnización ascendente a la suma de S/. 500,000.00 por concepto de daño emergente y daño a la imagen ocasionados a CONCYSSA.

B. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE LA RECONVENCIÓN

- a) Determinar si corresponde declarar la nulidad del acta de negociación de contrato de fecha 3 de junio del 2004 y la nulidad de la cláusula novena del Contrato; por haberse transgredido las formalidades previstas por el Contrato de Préstamo con el KfW y las normas contenidas en la Resolución de Contraloría General N° 072-98-CG.
- b) Determinar, en caso ampararse el punto controvertido señalado en el punto anterior, si corresponde ordenar a CONCYSSA que ejecute la obra conforme al expediente técnico aprobado.

- c) Determinar, en caso se estime los dos puntos controvertidos anteriores, si corresponde ordenar a CONCYSSA el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ascendente a S/. 841.324.28 al haberse ejecutado la obra incumpliendo el Expediente Técnico y demás condiciones Técnicas y administrativas.
- d) Determinar si corresponde ordenar a CONCYSSA que cumpla con especificaciones técnicas establecidas en el Expediente Técnico aprobado para el proceso de Licitación, referido a la tubería de filtro con el tipo "ranura continua" con abertura de 1,5 mm (slop 60).
- e) Determinar, en caso ampararse el punto controvertido señalado en el punto anterior, si el Tribunal Arbitral debe ordenar a CONCYSSA que habiendo desarrollado las obras sin respetar las especificaciones técnicas establecidas en el expediente técnico aprobado para la licitación referido a la tubería de filtro básicamente para el componente de la galería filtrante Totorani, sean asumidas por la contratista y, en consecuencia, su valorización que asciende a la suma de S/. 875,346.45 sean deducidas de la liquidación.
- f) Determinar si corresponde ordenar a CONCYSSA S.A. que realice los trabajos necesarios para que funcione la "sectorización", cuyo objetivo es establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de abastecimiento y de presión.
- g) Determinar, en caso ampararse el punto controvertido señalado en el punto anterior, si corresponde indemnizar a EMSAPUNO el monto por no haber puesto en funcionamiento la sectorización a un costo de S/. 1'000,000.00.
- h) Determinar si corresponde declarar la Nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG, de fecha 08 de agosto del 2005, que decide ampliar el plazo de treinta y siete (37) días calendario el plazo contractual de ejecución de obra a precios unitarios celebrado entre EMSAPUNO y CONCYSSA por contravenir el artículo 42 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 155° de su Reglamento, la

Resolución de Contraloría N° 072-2001-CG, así como la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO.

- i) Determinar si corresponde aplicar las penalidades del Componente de Galerías Filtrantes Totorani por mora en la entrega según se establece en la Décima Primera Cláusula del Contrato de construcción de obra a precios unitarios.
- j) Determinar si corresponde ordenar que se concluya con la Etapa de Recepción Provisional de Obra concluida con observaciones debido a que administrativamente se ha determinado nula el Acta de Recepción Provisional de la Obra Construido de fecha 31 de julio del 2006 y, en consecuencia, se continúe con la etapa de conservación por defectos por el periodo de 1 (un) año según establece el Contrato.
- k) Determinar si corresponde ordenar a CONCYSSA que cumpla con el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios a favor de EMSAPUNO ascendente a S/. 1'084,651.37 por la falta de implementación de la sectorización y por la cual se ha dejado de prestar servicio de agua a los usuarios de la Entidad, conforme a la propuesta del expediente técnico.
- l) Determinar si corresponde ordenar a CONCYSSA el pago a favor de EMSAPUNO el concepto de pérdida de agua en el periodo comprendido desde la Ejecución de Obras hasta la culminación de las mismas, así como por todo el periodo de Conservación por Defecto, ascendente a la suma de S/. 430,199.58.

7.5. Asimismo, se hizo presente que la enumeración de puntos controvertidos era meramente ilustrativa, constituyendo una pauta referencial del Tribunal, que no limitaba el análisis que éste deberá hacer sobre la controversia, precisándose además que el pronunciamiento que se emitirá en el Laudo se limitará a las pretensiones planteadas en la demanda.

VIII. ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

8.1. Durante la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios presentados por CONCYSSA en su demanda arbitral bajo el rubro

"MEDIOS PROBATORIOS" mencionados en los puntos 1 al 35. Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por EMSAPUNO en su escrito de contestación de demanda dentro del rubro "MEDIOS PROBATORIOS", mencionados en los puntos 1. al 25. de dicho escrito. Adicionalmente, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por EMSAPUNO en su escrito de reconvención de demanda dentro del rubro "III. ANEXOS", mencionados en los anexos "a" al "t" y anexos 2-A al 2.1.LL.

- 8.2. Respecto de los medios probatorios ofrecidos por CONSYSSA, en su escrito de contestación a la reconvención, al haberse presentado cuestiones probatorias contra las mismas, el Tribunal Arbitral resolvió que dichos cuestionamientos sean resueltos en el laudo.
- 8.3. Finalmente, las partes y el Tribunal Arbitral concordaron en señalar que, sin perjuicio de los medios probatorios admitidos anteriormente, éste último podía solicitar de oficio en cualquier momento y sin restricción alguna, los medios probatorios que estime pertinentes para esclarecer los hechos relacionados a la presente controversia y convocar a una audiencia de pruebas, si lo estima conveniente, o a una o varias audiencias de ilustración.

IX. SOBRE LAS AUDIENCIAS DE ILUSTRACIÓN PROGRAMADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

Conforme a lo establecido en el Acta de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral estaba facultado a citar a las partes para la realización de una o más audiencias de ilustración, donde se analizaría *in extenso* las pretensiones propuestas en este proceso. De ese modo, se citaron a dos audiencias de ilustración que se detallan a continuación:

9.1. Audiencia de Ilustración de fecha 11 de mayo de 2009

En esta audiencia, ambas partes hicieron uso de la palabra respecto de las pretensiones planteadas en el proceso, y asimismo respondieron las preguntas y consultas de los Árbitros.

9.2. Audiencia de Ilustración de fecha 19 de marzo de 2010

En esta audiencia, ambas partes hicieron uso de la palabra respecto de las pretensiones planteadas en el proceso, así como respondieron las preguntas y consultas de los Árbitros.

X. ALEGATOS Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

- 10.1. Con fecha 15 de junio de 2009, sólo CONCYSSA cumplió con presentar sus alegatos escritos dentro del plazo concedido.
- 10.2. Con fecha 25 de junio de 2010, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación de los representantes de ambas partes.
- 10.3. Mediante el Acta de la Audiencia se fijó el plazo para laudar en sesenta (60) días hábiles, sin perjuicio de su facultad de prorrogarlo por un periodo de treinta (15) días hábiles adicionales, de acuerdo a lo establecido en el numeral 29 del Acta de Instalación. De este modo, en razón de la complejidad de la materia controvertida, mediante Resolución N° 32 se resolvió prorrogar de oficio el plazo para laudar en quince (15) días hábiles adicionales.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Análisis para la decisión de las cuestiones probatorias.

Atendiendo a que se ha propuesto cuestiones probatorias y conforme se indicó en el punto 8.2 de la parte expositiva del presente laudo (vistos), durante la continuación de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 12 de diciembre de 2006, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 10, por la cual se resolvió reservarse la facultad de resolver al momento de laudar las cuestiones probatorias propuestas por EMSAPUNO S.A. en su escrito de fecha 15 de setiembre de 2008, aclarado mediante escrito de fecha 9 de octubre del 2008, corresponde analizarlas a fin de resolverlas en este laudo.

Mediante su escrito de absolución al traslado de la reconvención de fecha 13 de agosto del 2008, CONCYSSA S.A. ofreció como medios probatorios que a su parte le corresponde, los documentos detallados en los puntos 3-A al punto 3-C del rubro "MEDIOS PROBATORIOS" del referido escrito. Asimismo, mediante escrito de fecha 15 de setiembre del 2008, aclarado mediante escrito de fecha 9 de octubre del mismo año, EMSAPUNO S.A. propone cuestiones probatorias contra los tres (3) medios probatorios precitados, que fueran ofrecidos en el escrito de absolución al traslado de la reconvención, señalando, en resumen, lo siguiente:

(i) Respecto del medio probatorio identificado como anexo 3-A consistente en la copia del presupuesto de obra de la Asociación SADE CONCYSSA vinculado a la limpieza y revestimiento de tuberías en la Licitación No. 02-99/OECF-SEDAPAL: Que este medio probatorio no demostraría *"ningún aspecto relevante de mejora de técnica con relación aquella determinada en el expediente técnico"*.

(ii) En relación al medio probatorio identificado como anexo 3-B consistente en la copia de la Propuesta de Valor Agregado presentada a EMSAPUNO en la Licitación como alternativa a la rehabilitación de redes de agua y alcantarillado: Que, *"el anexo acompañado para acreditar las ventajas de la nueva tecnología revela exactamente lo contrario a lo que la demandante ha pretendido en su contestación"*.

(iii) Sobre el medio probatorio identificado como anexo 3-C consistente en la copia del presupuesto de obra de la Asociación SADE CONCYSSA vinculado a la sectorización en la Licitación No. 02-99/OECF-SEDAPAL: Que, este medio probatorio no *"justifica o deslinda la responsabilidad de haber entregado los trabajos de la sectorización debidamente verificados y en funcionamiento"*.

EMSAPUNO S.A. ofrece como medio probatorio de sus cuestiones probatorias deducidas, el Informe Técnico Pericial *"Obras de Ampliación y Rehabilitación de los sistemas de agua potable y alcantarillado de la ciudad de Puno"*.

En relación a las tachas propuestas, el Árbitro que suscribe conceptúa que, una tacha como una cuestión probatoria tendiente a restar eficacia procesal a un documento, ha de tener como sustento la manifiesta ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe como sanción de nulidad, respecto del documento que se cuestiona, o el cuestionamiento a una copia de un documento público declarado o comprobadamente falso o inexistente. Ello por cuanto, la tacha intenta advertir la afectación de valor probatorio de un documento por tales fundamentos, que siendo tan evidentes merezcan que se les reste eficacia en un proceso donde han quedado ofrecidos como medios de prueba, sin necesidad de un proceso ulterior donde previamente se hubiere declarado su nulidad, por razones de economía procesal y contundencia en la demostración de los extremos señalados. De modo que la tacha no tiene como función procesal mermar la idoneidad probatoria del documento que se cuestiona, pues la pertinencia o idoneidad que un documento tiene para demostrar un hecho controvertido es una situación que el juzgador, en este caso el árbitro, tiene, y deberá realizar al momento de analizar cada medio de prueba. Y la oposición, como cuestión probatoria, tiene como objeto evitar que se actúe un medio de prueba, más para

el caso de medios, como los documentos, que son de suyo de actuación inmediata, la oposición deviene improcedente⁷.

Verificados los fundamentos, propuestos por EMSAPUNO S.A., para proponer sus cuestiones probatorias, se evidencia que no se sostienen en los fundamentos pertinentes para proponer una cuestión probatoria, de modo que las mismas, estimamos, devienen improcedentes.

SEGUNDO: Análisis de las pretensiones de la demanda.

Que, analizadas las cuestiones probatorias, corresponde inicialmente analizar para resolver la primera y segunda pretensión principal, así como la primera y única pretensión accesoria a ésta. En tal sentido la parte demandante propone, en ese orden, que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO el pago inmediato de los S/. 211,428.73 (doscientos once mil cuatrocientos veintiocho con 73/100 Nuevos Soles) que hasta la fecha EMSAPUNO adeuda a CONCYSSA, como liquidación final del Contrato, incrementados con el interés respectivo, considerando que el Contrato ha sido ejecutado con sujeción a los términos establecidos en el mismo, así como los acuerdos posteriores, celebrados voluntariamente entre las partes. Además, pretende que el Tribunal Arbitral ordene la inejecución y declare la extinción de la Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79 otorgada por el Banco Continental como garantía de Buen Funcionamiento de las obras ejecutadas por CONCYSSA, y accesoriamente a esta pretensión solicita que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO devolver a CONCYSSA la mencionada carta fianza N° 0011-09010-9800109234-79, en un plazo máximo de 24 horas contados a partir de la notificación del laudo arbitral, y que, en su defecto, se asuma de pleno derecho que vencido el plazo establecido, la carta fianza ha sido devuelta para todos sus efectos.

Por lo tanto, corresponde analizar dichas pretensiones y absolver los puntos controvertidos señalados en los acápites 3.1, 3.2 y 3.3 de la fijación de puntos controvertidos, punto A respecto de las pretensiones de la demanda, señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008.

⁷ A modo de ilustración los artículos 242, 243 y 300 del Código Procesal Civil conceptualmente receptan dicha postura:
Artículo 242.- Ineficacia por falsedad de documento.- Si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria
Artículo 243.- Ineficacia por nulidad de documento.- Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria.
Artículo 300.- Admisibilidad de la tacha y de la oposición.- Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial.

TERCERO: Principio de congruencia procesal. Limitación.

Que, el árbitro que suscribe este voto particular o singular, verifica que a efecto de resolver el fondo de la primera pretensión principal planteada y citada en el segundo considerando existe un impedimento que afecta el principio de congruencia procesal, y que salvarlo supondría el análisis y la decisión por vía indirecta de una materia no sometida expresa o implícitamente a la competencia o decisión del Tribunal Arbitral. En tal sentido, estimo que si bien en el proceso arbitral se permite, bajo el principio de elasticidad o flexibilidad, poder laudar o emitir un pronunciamiento sobre materias sometidas implícitamente a la decisión de los árbitros, **tal posibilidad no excluye ni permite lesionar, de forma directa o indirecta, el principio de congruencia procesal.**

El principio de congruencia procesal exige que el laudo contenga un pronunciamiento sobre la materia controvertida, y especialmente sobre lo que ha sido objeto preciso de demanda y de la reconvención (pretensiones)⁸. Coherente con dicho postulado, en este arbitraje el Tribunal señaló en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, de fecha 15 de diciembre de 2008 (parte final del punto o acápite 3), que *"el pronunciamiento que emitirá este colegiado en el Laudo se limitará a las pretensiones planteadas en la demanda"*.

Y de forma congruente con lo señalado, la ley general de arbitraje N° 26572, aplicable al presente proceso conforme se indicó en la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, como aparece del punto 4 del acta correspondiente, de fecha 25 de abril de 2008, establece en el inciso 6° del art. 73 como una causal de anulación del laudo arbitral que se hubiera *"laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros"* lo cual impone a los árbitros un especial respeto sobre el anotado principio de congruencia. De modo que si bien los arts. 39 y 44 de la ley general de arbitraje, anotada, permiten a los árbitros *"decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral"* así como ser *"competentes para conocer y resolver todas las cuestiones subsidiarias, accesorias o incidentales que se promuevan durante el proceso, inclusive las relativas a la validez o eficacia del convenio, como aquéllas cuya sustanciación en sede arbitral hayan sido consentidas por las partes en el proceso"*, tales

⁸ "El deber de congruencia civil encuentra su fundamento en el principio dispositivo, por ser éste, sin lugar a dudas, la traducción procesal en donde se refleja con mayor fidelidad el respeto a la naturaleza jurídico-disponible del derecho material deducido en juicio. (...) En consecuencia, las partes son libres para luchar por su derecho, para dejarlo insatisfecho o bien para sustraerlo del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, encomendando su decisión, si así lo prefieren a la de los árbitros. Como bien dice CALAMANDREI "el principio dispositivo fundamental del proceso moderno en virtud del cual no puede existir jurisdicción sin acción (nemo iudex sine actore) mantiene al juez en una posición de espera pasiva, de la cual no puede salir, sino para encararse a la limitada porción de la realidad, de una restringida realidad anecdótica, que la parte actora le somete y en relación a la cual lo invita a dar un concreto juicio. Pero esta pasividad del juez, al cual ordena la ley no ser curioso y no dirigir miradas indiscretas más allá de lo petita partium, es también garantía suprema de su imparcialidad; de una imparcialidad desapasionada y desligada" MILLAN, Carlos "La Incongruencia Civil", Tecnos, España, 1983, páginas 22-23, 29-30).

facultades deben ser interpretadas de forma consecuente y concordante con el principio de congruencia procesal, cuya inobservancia es sancionada como causal de anulación del laudo por la propia ley, de manera que tales permisiones no son ajenas ni justifican no respetar dicho principio de forma escrupulosa, pues la competencia que se establece a favor de los árbitros es a efecto que puedan resolver cuestiones subsidiarias o incidentales que promuevan las partes durante el proceso, incluyendo la validez o ineficacia del convenio arbitral, más no les permite resolver, de forma directa o indirecta, sobre materia no controvertida (que no es una cuestión subsidiaria o incidental, sino principal) o que no haya sido sometida siquiera implícitamente a la decisión de los árbitros, **pues de ser así no tendría correspondencia alguna el mandato de respeto sobre el principio de congruencia procesal ya anotado elevado incluso a causal de anulación del laudo arbitral**⁹. Es bajo ese entendimiento que el Árbitro que suscribe comprende que, por ejemplo, no se puede decidir en un laudo arbitral, ni directa ni indirectamente, sobre la nulidad o anulabilidad de un contrato o de una resolución, si las partes no la han sometido expresa o implícitamente a la decisión de los Árbitros, pues ello lesiona el principio de congruencia procesal, además de limitar el derecho de defensa de las partes, en la medida que éstas no habrían tenido la posibilidad de discutir fáctica y jurídicamente y proponer los medios de prueba que a este respecto les correspondan, **sobre una determinada causal de nulidad, sobre un acto jurídico o resolución administrativa, que ellos no manifestaron expresamente y que desconociendo que se va a laudar sobre ella, el Tribunal Arbitral señala advertir y decide sobre la misma**, situación que importaría no sólo el quebrantamiento del principio de congruencia, sino el incumplimiento de un deber del Tribunal Arbitral, como el prescrito en el art. 18 de la ley general de arbitraje ya citada (*"Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción"*), que incorpora el principio de imparcialidad para con los Árbitros.

CUARTO: Principio de congruencia procesal. Sometimiento implícito de la materia controvertida, discrepancia expresa respecto del sometimiento. Fraude a la ley.

Que, a fin de dejar establecido adecuadamente el principio de congruencia procesal, respecto al sometimiento implícito de una materia al debate y decisión de los árbitros, sobre pretensión o pretensiones que no han sido objeto específico de demanda o reconvención, el árbitro que suscribe entiende que tal sometimiento implícito se verifica cuando al interior del proceso arbitral las partes hubieran debatido sobre la misma (que para el caso de nulidades o anulabilidades, supondrá el hecho de haber discutido, fáctica y jurídicamente, **con precisión sobre**

⁹ Si los árbitros pudieran incorporar a su solo arbitrio una materia no sometida explícita o implícitamente a su decisión, el principio de congruencia arbitral no existiría en sede arbitral y no existiría la causal de anulación del laudo por dicho motivo.

las eventuales y puntuales causales de nulidad o invalidez sobre las que los Árbitros podrán pronunciarse en el laudo¹⁰) y no cuestionado que se emita pronunciamiento en el laudo sobre ésta, de modo que su comportamiento sea concordante en relación no sólo a la discusión de dicha materia, sino a no encontrar inconveniente en que sea resuelta. Su aquiescencia o silencio sobre la discrepancia de que esa materia sea incluida en el pronunciamiento arbitral, supondría un comportamiento procesal relevante de admisión de que dicha materia pueda ser objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral si los Árbitros estiman necesario y conveniente ello. Más, bastaría que una de las partes hubiera manifestado su discrepancia expresa para que dicha materia no sea objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral, porque así lo manifestó una de las partes y por ende incorporó como un argumento de su defensa, para que no pueda entenderse un sometimiento implícito de dicha materia a la decisión de los árbitros, ya que justamente no se podrá interpretar su conducta procesal como la de un sometimiento implícito, sino la de una discrepancia explícita de que dicha materia sea laudada, lo que impide que los árbitros impongan en el laudo, a dicha parte, la decisión de una materia en la que ésta no sólo no ha aceptado implícitamente que se emita pronunciamiento, sino ha advertido expresamente que no debe existir pronunciamiento sobre la misma¹¹, habida cuenta la expresa limitación decidida por el Tribunal en la Audiencia de Conciliación glosada en el considerando precedente. Y tal limitación se irradia no sólo a que el

¹⁰ Pues pronunciarse sobre una pretensión de nulidad, que las partes no hubieran sometido a decisión de los Árbitros, y pronunciarse sobre una causal de nulidad que las partes no hubieran debatido; ni podido conocer que los árbitros la estaban estimando, no sólo lesiona el principio de congruencia procesal, y el de imparcialidad, sino, podría ser calificada como una "emboscada procesal". En sede procesal se utiliza dicha terminología para advertir los argumentos de sorpresa, o situaciones que no se advierten previamente a las partes, o entre sí, y que lesionan, por tal causa, su derecho de defensa; véase a modo de cita lo señalado por Marcelo Broca: "El tratamiento por primera vez -como se ha hecho en algún caso en el Departamento Judicial- sólo en la audiencia sin previamente haber permitido que la otra parte tenga acceso a la argumentación, es lisa y llanamente la institucionalización de una emboscada procesal, que viola el principio del adversarial y la igualdad de armas entre las partes." Broca, Marcelo: "Aspectos procesales del novedoso fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires (ley 13.634)" <http://www.pensamientopenal.com.ar/01042009/ninos02.pdf>. En sentido semejante, López Mesa, Marcelo: "De otro modo, de permitir que los institutos procesales imperen regios en el firmamento jurídico, sobrevuelan incondicionados, acotando, restringiendo e, incluso, sacrificando, los derechos sustantivos, estaríamos permitiendo que se edifique una ciudadela ficticia, a partir de un frágil castillo de arena. El procedimiento no puede significar un gambito, una emboscada donde se puedan perder derechos verdaderamente valiosos porque sí (17). (17) La mesura, el tino, la razonabilidad llevan a superar aquella paradoja que marcara antes y mejor que nadie Montesquieu: "el juez debe evitar dos escollos: dar a una parte los bienes de otra sin examen, o arruinar a las dos a fuerza de examinar" (Charles Luis de Secondat, Barón de Montesquieu, "El espíritu de las leyes", citado por Manresa y Navarro y Reus, op. cit., t. I, p. X). López Mesa, Marcelo, Fallo comentado: Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, en <http://www.portaldeabogados.com.ar/foros/search.php?t=15520>. Igualmente el mismo autor señala: "La suerte ocasional de un litigio no puede edificarse sobre la absoluta prescindencia de la buena fe, sobre la utilización artera y maliciosa de institutos procesales, y sobre el uso incontrolado y contradictorio de alegaciones y razones de hecho y derecho. Una victoria tal no acredita ganancias a ninguno y enloda por igual a todos los que, de una u otra manera, somos partícipes de un sistema de solución de conflictos. La veda de volubilidad en el actuar constituye una limitación al ejercicio de los derechos que se basa en el rechazo de la sorpresa y la emboscada; como principio..." LOPEZ MESA, Marcelo, "La doctrina de los Actos Propios en la Jurisprudencia, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, página 50

¹¹ En tanto denota una manifestación de voluntad expresa, en sentido discordante respecto al sometimiento de una materia a la decisión arbitral, ante lo cual no puede interpretarse que hubiera un sometimiento implícito, respecto de esta parte a que se decida sobre dicha materia. Véase lo dispuesto en el art. 141 del código civil: "La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo."

pronunciamiento expreso del Tribunal Arbitral, o contenido en la parte resolutive del laudo arbitral, incorpore una materia no controvertida, sino al hecho de que por vía indirecta no haga lo mismo, pues ello supondría un supuesto de fraude a la ley¹², en la medida que haría por vía indirecta lo que le está proscrito por vía directa; y tal vía indirecta se presentaría de modo muy claro en el hecho de evaluar, en la parte considerativa de un laudo arbitral, la nulidad o invalidez de una resolución o contrato (dándolo por nulo o inválido, o simplemente inaplicándolo o restándole efectos por tales motivos) a fin de poder decidir en su parte resolutive sobre una pretensión propuesta en la demanda, pues evaluar sobre la validez o invalidez de una resolución o acto jurídico, cuya temática no ha sido sometida de forma expresa o implícita por las partes y sobre la que una de ellas hubiera manifestado su discrepancia de que se decida sobre la misma, deviene en una decisión por vía indirecta sobre una materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión del Tribunal Arbitral lo que nulificaría su decisión, conducta arbitral que no se condice con los deberes que exigen la ley general de arbitraje, ya glosada, y las normas de procedimiento aprobadas por las partes para este proceso.

QUINTO: Análisis de la primera pretensión principal de la demanda. Absolución del punto controvertido señalado en el acápite 3.1 de la fijación de puntos controvertidos, punto A respecto de las pretensiones de la demanda, señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008.

Que, analizando la primera pretensión principal de la demanda, en la medida que la parte actora pretende el pago inmediato de los S/. 211,428.73 (doscientos once mil cuatrocientos veintiocho con 73/100 Nuevos Soles) que hasta la fecha EMSAPUNO S.A. adeuda a CONCYSSA S.A., como liquidación final del Contrato, incrementados con el interés respectivo, considerando que el Contrato ha sido ejecutado con sujeción a los términos establecidos en el mismo, así como los acuerdos posteriores, celebrados voluntariamente entre las partes, la misma supone, como de su propio contenido aparece, la existencia de una liquidación

¹² Respecto del fraude a la ley, la doctrina ha señalado, entre otros: "El negocio fraudulento se realiza apoyándose o sirviéndose de una norma, denominada "ley de cobertura", por medio de la cual se viola otra norma llamada "ley defraudada". La "ley de cobertura" es, por lo general, suficientemente vaga o genérica como para posibilitar la invocación de su amparo. (...) "Tendremos ocasión de señalar que cuando una norma prohíbe un negocio jurídico, veda en rigor una finalidad, un resultado práctico en los terrenos jurídico y económico; vale decir, en consecuencia, que en cuanto a la prohibición es indiferente que el resultado proscrito se persiga una manera directa o indirecta; que se busque por medio del negocio que aparezca mencionado, o bien por otro negocio distinto que permita arribar a un resultado análogo..." (...) "En el fraude a la ley predomina, en nuestro criterio, una concepción objetiva que, como regla, conduce a desechar la exigencia de la intención de defraudar" MOSSET ITURRASPE, Jorge "El fraude a la Ley" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 4 Fraudes, Año 1997, Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni Editores, páginas 9, 11 y 16. "Esta nulidad procede de causas objetivas y es independiente de que el sujeto haya tenido o no ánimo de defraudar, pues lo proscrito es el resultado, y no su obtención con propósito fraudulento" MANUEL ALBALADEJO, El Negocio Jurídico. Librería Bosch, Barcelona 1993, página 221.

final del contrato que hubiere determinado la cantidad señalada como un adeudo a favor de la demandante. Ello no sólo fluye del propio contenido literal de la pretensión propuesta, sino de lo señalado en el penúltimo párrafo de la cláusula quinta del Contrato de Construcción de Obras a Precios Unitarios (Licitación Pública Internacional N° 002-2003-EMSAPUNO S.A.-Lote 2: Obras de Galerías de Filtración "Totorani", Rehabilitación Cámara de Bombeo de desagüe El Floral, Colectores Secundarios Urb. Vallecito y Machallata Redes de Alcantarillado del Proyecto de Agua Potable y Alcantarilla de Puno), celebrado entre la accionante y la parte demandada, de fecha 4 de junio de 2004, cuyo documento en copia corre en el expediente arbitral, (en adelante simplemente EL CONTRATO DE OBRA) y de lo señalado en el punto III.1 de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, página 8, en donde indica la accionante la existencia de la Resolución 069-2006-EMSAPUNO en la que se aprueba la liquidación final de las obras del "Lote 2" para proceder al pago a favor de CONCYSSA S.A., lo cual evidencia la necesidad de contar con una liquidación aprobada por las partes para establecer el adeudo y luego verificar su pago¹³. De manera que en el propio esquema conceptual que evidencia la demandante en su demanda, y conforme al contrato, a efecto de disponerse el pago del saldo que la actora señala se le adeuda por la construcción de la obra que se le encomendó, se debía transitar por la existencia de una liquidación de dicho saldo aprobada por las partes, a fin de decidirse si cabe disponerse el pago adeudado, pues **de no existir una liquidación aprobada por las partes, la actora hubiera tenido que pretender que dicha liquidación se establezca al interior del presente proceso, realizándose los cálculos correspondientes y generando el respectivo debate sobre su monto, situación que no ha ocurrido, ya que la pretensión propuesta no pretende ello.**

De modo que debemos verificar, a fin de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la primera pretensión principal, la existencia de una liquidación final de EL CONTRATO DE OBRA, la misma que, como alega la parte demandante, efectivamente existió y se materializó aprobándose mediante la Resolución 069-2006-EMSAPUNO ya citada, cuya copia corre en el expediente arbitral. No obstante, la propia parte actora señala que la demandada declaró la nulidad de la resolución referida, mediante Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG (como señala en la página 7 del escrito de demanda, y cuya copia obra en el expediente arbitral), dejando, por ende, sin la existencia de una liquidación final del contrato que establezca concordadamente la deuda que la parte demandada le estaría adeudando a la accionante. Si bien la actora al interior de su demanda señala que cuestiona los fundamentos y la carencia de sustento y amparo legal de la demandada para declarar la nulidad citada, que la llevó incluso

¹³ Ello se corrobora con lo señalado en el punto 19.5 de las Condiciones Administrativas de las Obras de las condiciones generales administrativas del Lote 2 de la Licitación Pública Internacional N° 002-2003-EMSAPUNO S.A., cuya copia obra en el expediente arbitral.

a dirigirla a la emplazada una Carta de respuesta N° 024-2007-GC, con fecha 5 de julio de 2007, lo cierto es que en este proceso no ha demandado como una de sus pretensiones la declaración de nulidad, ineficacia, anulabilidad, o declaración de invalidez de la aludida resolución, ni ha probado que la hubiera demandado en otro proceso y obtenido sentencia favorable, ni siquiera ha demandado que en este proceso se declare la validez de la Resolución 069-2006-EMSAPUNO que le aprueba la liquidación contractual que hubiera supuesto analizar la validez o invalidez de ambas resoluciones a efecto de poder decidir adecuadamente su pretensión principal, esto es, el pago del adeudo producto de una liquidación de contrato de obra que debe haber quedado concordada entre las partes, de manera que **por propia conducta y voluntad de la parte demandante, expresada en su demanda, en el presente proceso no existe pretensión para que se declare la nulidad, validez o invalidez de las citadas resoluciones que importe acto seguido verificar si cabe disponer el pago de la anotada liquidación, y tal carencia de pretensión de nulidad o invalidez y por consiguiente de materia controvertida sobre la misma, en la medida que ésta no quedó siquiera expresada como punto controvertido a dilucidar en este proceso (como se aprecia del tenor del acta de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, de fecha 15 de diciembre de 2008) impide emitir pronunciamiento sobre la misma, en la medida que ello afectaría el principio de congruencia procesal y afectaría potencialmente de nulidad del laudo que se dicta. Y tal impedimento, como se ha señalado en los considerandos precedentes, se irradia no sólo al hecho que en la parte resolutive del laudo se decida sobre ello, sino que en la propia parte considerativa se evalúe la validez o invalidez de las anotadas resoluciones otorgándole prevalencia de una sobre la otra, lo que supondría igualmente afectar, por vía indirecta y de modo fraudulento, el principio de congruencia procesal, situación que el Árbitro que suscribe no realizará por respeto al principio de congruencia procesal, al de imparcialidad citado, y la propia voluntad de las partes que no han traído a decisión una pretensión de nulidad como las citadas. Y tal materia ni siquiera podría entenderse como que ha sido sometida implícitamente a la decisión del Tribunal Arbitral en la medida que la propia parte demandada ha manifestado su discrepancia respecto de ello, tal como se verifica de lo expresado en las páginas 5 y 6 de su escrito de contestación de demanda donde expresamente señala: *"EMSAPUNO S.A. notificó a CONCYSSA S.A. la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG del 14 de Junio del año 2007, por la que se declaraba la "NULIDAD" de la aprobación de la correspondiente Liquidación Final de Obra; Resolución que si bien mereció ciertos comentarios y apreciaciones por parte de la Demandante a través de la Carta N° 024-2007/GC de fecha 05 de julio de 2007, NO FUE CUESTIONADA EN FORMA EXPRESA ANTE EL COLEGLADO ARBITRAL; deviniendo en consecuencia en un ACTO ADMINISTRATIVO FIRME. En tal sentido, dado que no existe la debida***

conexión lógica entre la pretensión incoada y los hechos que la sustentan; resulta jurídicamente errado intentar refutar (sin haberlo petitionado y mediante fundamentos fáctico – jurídicos), **un Acto Administrativo Firme cuya validez o invalidez no forma parte de ninguna de las pretensiones demandadas**, circunstancia que a todas luces intenta inducir a error al Tribunal Arbitral tentando la emisión de un Laudo, que de resolver sobre cuestiones no petitionadas devendría inexorablemente en **"EXTRAPETITA"**. Y luego frente a esta discrepante postura de la demandada, para la incorporación de una materia que no fue objeto de demanda en la decisión que se emita en el laudo, la propia parte actora no manifestó su voluntad expresa de que tal materia sea parte de la decisión, **situación que hubiera conllevado a dilucidar por este Tribunal tal cuestión y decidir con conocimiento antelado de las partes si la misma sería o no objeto de decisión o consideración en el laudo**, de manera que frente a la conducta omisiva de la actora en este sentido, y expresa de la parte demandada en el sentido discordante anotado no se puede colegir que las partes hubieran sometido implícitamente dicha materia controvertida a la decisión de los árbitros, por el contrario, como hemos manifestado en los considerandos precedentes, la discrepancia surgida determina que dicha materia expresamente no sea materia de controversia ni de decisión en este laudo. Y tal **conducta de las partes, en relación a no incorporar dicha temática en las consideraciones ni en la decisión directa o indirecta de los árbitros, tendrá efecto o consecuencia en ambas, como se expresa en los considerados sucesivos de la presente decisión**, pues al no haberse incorporado como materia a decidir, los árbitros quedan impedidos de establecer la validez de una u otra resolución citada (en la medida que establecer la validez de una resolución frente a la otra implícitamente determinaría la carencia de valor de una de ellas, materia no controvertida, sobre la cual la propia demandada ha expresado su voluntad de que no se decida en este proceso, de modo que respetando la postura de ambas partes, por elemental principio de imparcialidad, que impide de forma directa e indirecta establecer la validez de una resolución frente a la otra no se le podrá conferir tal prevalencia, en tanto dicha materia deberá ser objeto de otro proceso), sea a favor de una u otra de las partes, en resguardo y respeto del principio de imparcialidad.

De manera que al no existir una concordancia entre las partes respecto de la existencia de un saldo deudor, proveniente de la liquidación de EL CONTRATO DE OBRA, a favor de la parte demandante, atendiendo a la nulidad de la resolución que aprobaba dicho saldo y al hecho de que la actora no le confiere valor a la resolución que nulifica la que aprobó la liquidación y no obstante no ha pretendido en su demanda ninguna declaración que tienda a dejar sin efecto dicha resolución nulificatoria, además de no haberse pretendido se establezca en este proceso la existencia de dicho saldo deudor, es que estimamos que **la primera pretensión principal deviene improcedente**, en la medida que no existe las

condiciones citadas respecto del establecimiento de la determinación, liquidez y exigibilidad de la obligación que se demanda, conforme a lo pactado en EL CONTRATO DE OBRA.

SEXTO: Análisis de la segunda pretensión principal de la demanda y de la única pretensión accesoria a aquella. Absolución de los puntos controvertidos indicados en los acápites 3.2 y 3.3 de la fijación de puntos controvertidos, punto A respecto de las pretensiones de la demanda, señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008.

Que, en relación a la segunda pretensión principal, mediante la cual la accionante pretende que el Tribunal Arbitral ordene la inejecución y declare la extinción de la Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79 otorgada por el Banco Continental como garantía de Buen Funcionamiento de las obras ejecutadas por CONCYSSA, y accesoriamente a esta pretensión solicita que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO devolver a CONCYSSA la mencionada carta fianza N° 0011-09010-9800109234-79, en un plazo máximo de 24 horas contados a partir de la notificación del laudo arbitral, y que, en su defecto, se asuma de pleno derecho que vencido el plazo establecido, la carta fianza ha sido devuelta para todos sus efectos; respecto de ello verificamos, en principio, que si bien dicha fianza fue denominada en la pretensión como de Buen Funcionamiento es en realidad la fianza o Garantía de Buena Ejecución prevista en el numeral (2), rubro XIII-II de la cláusula décimo tercera de EL CONTRATO DE OBRA, y ello se corrobora por la forma en que al interior de la demanda la accionante la describe con mayor precisión en las páginas 4 y 6 del escrito correspondiente, donde se refiere a la indebida ejecución de ficha fianza nominándola *"como garantía técnica y de buena ejecución de las obras ejecutadas por CONCYSSA"*; de modo que definida la calificación y determinación contractual de la fianza aludida, corresponde enmarcar el supuesto en que contractualmente sería devuelta a la demandante dicha garantía. Así en el referido en el numeral (2), rubro XIII-II de la cláusula décimo tercera de EL CONTRATO DE OBRA se señala: *"La Garantía de Buena Ejecución de obras será devuelta al CONTRATISTA al año calendario y después de la Recepción Definitiva de la OBRA y siempre que se constate que se cumplió con todas las exigencias del Contrato y términos de las Condiciones Administrativas de obras; caso contrario, será retenida hasta la reparación de los defectos establecidos en la OBRA, los que deberán ser subsanados, corregidos o reparados por el CONTRATISTA a medida que los mismos sean constatados y comprobados, para evitar que EMSAPUNO haga efectiva esta garantía en cualquier momento o se la consolide en su favor."* Concordando dicho pacto contractual con lo previsto en la cláusula décima de EL CONTRATO DE OBRA: *"Según los documentos de Licitación, EMSAPUNO realizará, en un primer acto la "Recepción Provisional con observaciones de la OBRA Construida", de ser el caso, luego*

de haberse concluido con todos los trabajos en su totalidad y de haberse efectuado con éxito la prueba de funcionamiento de sus instalaciones, tal como lo indican las especificaciones técnicas. El Contratista contará con treinta (30) días calendario para levantar estas observaciones, contados a partir del día siguiente de la fecha del primer acto; para luego realizar en un segundo acto la "Recepción Provisional sin observaciones de la OBRA Construida". A partir de esta fecha, se entrará en el período de conservación de la OBRA, que tendrá una duración de un (1) año calendario; una vez concluido este período, se procederá a la Recepción Definitiva y se elaborará el "Certificado Final de Terminación de la Obra Construida".

Atendiendo a lo señalado y pactado contractualmente, para que proceda la devolución de la garantía de buena ejecución de obras, cuya fianza se pretende su devolución mediante la segunda pretensión principal, es necesario que se presenten los siguientes hechos: (i) Hubiere transcurrido y concluido el período de conservación, de un año calendario y se hubiere realizado la Recepción Definitiva de la Obra, (ii) Exista dicha Recepción Definitiva, la que transita por la existencia de una Recepción Provisional sin observaciones de la OBRA Construida.

Resulta importante considerar que, conforme a lo pactado, la Recepción Definitiva de la OBRA era un acto que debía producirse de forma expresa y concordada¹⁴, esto es, que no se presentaba como una situación tácita, pasible de generarse por el mero transcurso del período de conservación de un año computado a partir de Recepción Provisional sin observaciones de la Obra Construida, lo cual supone la extensión de un documento que exprese tal Recepción Definitiva.

Es de resaltar que en este proceso la parte demandante no ha pedido que el Tribunal Arbitral declare que se ha producido la Recepción Definitiva de la Obra, ni que en dicha virtud se exija a la parte demandada la extensión del correspondiente Certificado Final de Terminación de la Obra Construida que suponga justamente la Recepción Definitiva de la misma. De modo que al margen que las partes cuestionan la Recepción Provisional sin observaciones de la Obra Construida, en la medida que la demandante señala haber celebrado un acuerdo amigable con la demandada al respecto, cuya copia corre en el expediente arbitral, de fecha quince de agosto de dos mil seis, mediante el cual se tuvo por Recibida Provisionalmente la Obra sin Observaciones, y la demandada señala que ella dejó sin efecto dicho acto mediante la Resolución de Gerencia General N° 041-2007-EMSAPUNO-GG, tales posturas cuya dilucidación de validez de tales actos escapa a este proceso como se ha señalado en los considerandos precedentes, no es óbice y no impide apreciar los hechos y pactos conforme a los cuales cabría a la parte

¹⁴ El acápite 4 y 5 del punto 19.6, y el acápite 3 del punto 19.2. de las de las Condiciones Administrativas de las Obras de las condiciones generales administrativas del Lote 2 de la Licitación Pública Internacional N° 002-2003-EMSAPUNO S.A., cuya copia obra en el expediente arbitral, establece claramente ello.

accionante devolverle la garantía de buena ejecución en el marco de EL CONTRATO DE OBRA, y poder emitir pronunciamiento conforme a su demanda por la que pretende que el Tribunal Arbitral ordene la inejecución y declare la extinción de la Carta Fianza N° 0011-09010-9800109234-79 otorgada por el Banco Continental como garantía de Buen Funcionamiento de las obras ejecutadas por CONCYSSA S.A. como nomina la actora a dicha garantía en su pretensión, de modo que consideramos que lo trascendente para disponer la devolución de la garantía o fianza otorgada es verificar, conforme al contrato precitado, el hecho de que se hubiera producido la Recepción Definitiva de la Obra, situación que verificamos no se ha producido, en la medida que no existe prueba (actuada en el presente proceso) sobre este hecho, habida cuenta que la misma no se genera de forma tácita (en tanto no se encuentra pactado que el mero transcurso del plazo de conservación de la Obra ocasiona, finalizado éste, la Recepción Definitiva de la misma), tanto más si, como hemos señalado, la propia parte demandante no ha pretendido en su demanda que se declare en este proceso que dicha Recepción Definitiva se produjo o que se exija a su contraparte la extensión del correspondiente Certificado Final de Terminación de la Obra Construida que supone la Recepción Definitiva de la misma, situación previa que debe presentarse y probarse para disponer la entrega de la garantía de Buena Ejecución, o que ésta pueda haber quedado sin efecto, extinguida, o establecerse su inejecución por causal distinta, en la medida que de no haberse producido la Recepción Definitiva de la Obra, conforme a lo pactado en EL CONTRATO DE OBRA¹⁵, no cabe dejar sin efecto dicha garantía o declararla extinguida o inejecutable en tanto debe mantenerse vigente hasta tanto no se produzca dicha Recepción Definitiva, situación por la que, conforme a lo pactado por las partes, la segunda pretensión principal deviene improcedente, situación que se irradia a la pretensión accesorio propuesta respecto de esta segunda pretensión principal, en la medida que no amparándose la principal la accesorio sigue la misma suerte¹⁶, de modo que dicha pretensión accesorio deviene igualmente improcedente.

SÉPTIMO: Análisis de la tercera pretensión principal de la demanda. Absolución del punto controvertido indicado en el acápite 3.4 de la fijación de puntos controvertidos, punto A respecto de las pretensiones de la demanda, señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008.

¹⁵ Y de conformidad con lo dispuesto en el art. 1361 del código civil: "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos."

¹⁶ Si bien no se pactó como una norma de procedimiento, ello responde a un principio general del derecho, conforme al cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, método de integración estatuido en el punto 4 del acta de instalación del Tribunal de fecha 25 de abril de 2008. Únicamente a modo de ejemplo, el art. 87 del código procesal civil, al receptar dicho principio, establece: "...es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.", sensu contrario, si no se ampara la pretensión principal, la pretensión accesorio sigue igual suerte.

Que, en relación a la tercera pretensión principal, mediante la cual la demandante pide que el Tribunal Arbitral ordene a EMSAPUNO S.A. el pago de una indemnización ascendente a la suma de S/. 500,000.00 (quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) por el daño emergente y el daño a la imagen ocasionados a CONCYSSA S.A., es menester verificar que como en toda pretensión por daños, es necesario establecer en primer lugar la existencia cierta de los mismos¹⁷, en tanto las meras alegaciones o apreciaciones personales de una de las partes no cumplen el requisito de certeza que se requiere para verificar o disponer, en principio, una indemnización a favor de quien señala haber sufrido en daño por parte de otro. En las páginas 37 a 43 del escrito de demanda, la actora describe los hechos dañosos en los que funda su pretensión detallando los hechos siguientes: (i) CONCYSSA durante todo el proceso de conservación de la obra y frente a las arbitrariedades de EMSAPUNO, se ha visto obligada a asumir una serie de cuantiosos gastos de viajes, viáticos, gastos de asesoría legal, que ascenderían a S/. 79,864.19, (ii) CONCYSSA se ha visto obligada a contratar informes técnicos de primer nivel para evaluar de manera imparcial y objetiva las características y el funcionamiento de las obras ejecutadas, pagando a los ingenieros responsables la suma de S/. 26,901.95, (iii) CONCYSSA se ha visto obligada a mantener vigente la carta fianza de buena ejecución hasta la fecha, aún cuando de acuerdo al contrato debía mantenerla vigente hasta el 30 de junio de 2007, lo cual les ha significado un costo financiero de S/. 22,456.82, (iv) Para mantener vigente la carta fianza, además de asumir el costo financiero de la misma, CONCYSSA ha tenido que inmovilizar sus cuentas en casi dos millones de soles, con la consecuente pérdida de utilidad y costo de oportunidad de dicho capital; señalando el daño emergente causado a CONCYSSA asciende a S/. 321,733.13, y en cuanto al daño a la imagen puntualiza que lo ha sufrido frente a: (i) La colectividad, ya que ha difundido a través de medios masivos que CONCYSSA ha incumplido dolosamente sus obligaciones, (ii) Las entidades del sistema financiero, pues ante las amenazas de ejecución de la carta fianza a los ojos de dichas entidades CONCYSSA aparece como una empresa que incumple sus obligaciones, por tanto como empresa riesgosa para actividades financieras, (iii) La KfW como entidad que financió la obra, también podría verse influenciada en sus apreciaciones respecto de CONCYSSA, como consecuencia de las difamaciones difundidas por EMSAPUNO, señalando que los daños a la imagen la afectan muy gravemente frente a dicha institución crediticia internacional, que además vienen financiando futuros proyectos en el rubro saneamiento a los cuales CONCYSSA pretenderá acceder, (iv) Las principales empresas de saneamiento del país, CONCYSSA como ejecutora de obras y servicios de saneamiento, es la principal empresa contratista que brinda servicios a los concesionarios en este giro,

¹⁷ "El daño cierto supone una existencia real o, al menos, la probabilidad suficiente de una existencia futura" MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por Daños" Parte General Tomo I, Edlar, Argentina 1982, página 147. Y tal requisito lo exige el art. 1331 del código civil: "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."

y resulta alarmante que, por ejemplo, SEDAPAL ya se haya comunicado directamente con CONCYSSA para manifestarles su especial preocupación frente a las imputaciones efectuadas por EMSAPUNO.

OCTAVO: Análisis de la tercera pretensión principal de la demanda. Absolución del punto controvertido indicado en el acápite 3.4 de la fijación de puntos controvertidos, punto A respecto de las pretensiones de la demanda, señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008.

Que, en relación a los daños alegados por la demandante respecto del proceso de conservación de la obra y frente a las arbitrariedades de EMSAPUNO, por los que señala se ha visto obligada a asumir una serie de cuantiosos gastos de viajes, viáticos, gastos de asesoría legal, que ascenderían a S/. 79,864.19, verificamos que en principio, en este proceso no se ha pretendido la declaración de que CONCYSSA S.A. ha cumplido con todas las prestaciones a su cargo conforme EL CONTRATO DE OBRA, tanto más que no se ha pretendido se establezca que dicha Obra ha quedado recepcionada de forma definitiva, de manera que todo reclamo de EMSAPUNO S.A. durante justamente el proceso o período de conservación de la Obra, esto es, antes que pudiera ser recepcionada de forma definitiva la misma, período de tiempo conforme al cual EMSAPUNO S.A. puede efectuar reclamaciones o cuestionamientos sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales a CONCYSSA S.A. y ésta tiene el deber de atenderlas, no sólo porque corresponde conforme establece el art. 1783 y 1784 del Código Civil¹⁸, sino porque justamente se trata de un período especialmente garantizado respecto de la buena ejecución de la Obra (como se aprecia de lo pactado en la cláusula décimo tercera de EL CONTRATO DE OBRA)¹⁹, habida cuenta que, como recalcamos, CONCYSSA S.A. no ha formulado una pretensión a efecto que se declare que ha cumplido con todas sus prestaciones u obligaciones provenientes de EL CONTRATO DE OBRA (en la medida que no se ha producido la recepción definitiva

¹⁸ Art. 1783: El comitente puede solicitar, a su elección, que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista, o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente, sin perjuicio del resarcimiento del daño. Si las diversidades o los vicios son tales que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente puede pedir la resolución del contrato y la indemnización por los daños y perjuicios. El comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios dentro de los sesenta días de recepcionada la obra. Este plazo es de caducidad. La acción contra el contratista prescribe al año de construida la obra. Art. 1784: Si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento. Todo pacto distinto es nulo. El contratista es también responsable, en los casos indicados en el párrafo anterior, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra. El plazo para interponer la acción es de un año computado desde el día siguiente al aviso a que se refiere el primer párrafo.

¹⁹ El acápite 2 del punto 19.6 de las de las Condiciones Administrativas de las Obras de las condiciones generales administrativas del Lote 2 de la Licitación Pública Internacional N° 002-2003-EMSAPUNO S.A., cuya copia obra en el expediente arbitral, establece una disposición semejante.

de la Obra) que conlleve a analizar que las exigencias efectuadas por EMSAPUNO S.A., durante el período de conservación de la Obra que indica, carecerían de fundamento jurídico, pues justamente lo que ambas partes se cuestionan en este proceso es el cumplimiento de sus prestaciones, de modo que al no existir prueba de que las exigencias a las que alude en su pretensión indemnizatoria sean arbitrarias, o al margen del derecho, su pretensión en este extremo deviene infundada, habida cuenta la existencia de su obligación de atender, reparar o corregir los defectos que se encuentren dentro del período de conservación en la ejecución de la Obra (como se verifica de lo dispuesto en el acápite 3) del punto XIII-II de la cláusula décimo tercera de EL CONTRATO DE OBRA) de manera que todo gasto en que incurra respecto de éstas deviene en un acto de ejercicio regular del derecho de su acreedor y un deber de parte de el CONTRATISTA, que se enmarca en el contrato celebrado en el que no se precisa que los gastos en que deba incurrir CONCYSSA S.A. por cualquier reparación o corrección, durante el período de conservación de la Obra, deban ser asumidos por EMSAPUNO S.A.. Respecto a los hechos dañosos señalados por la demandante referidos a que (i) CONCYSSA S.A. se ha visto obligada a contratar informes técnicos de primer nivel para evaluar de manera imparcial y objetiva las características y el funcionamiento de las obras ejecutadas, pagando a los ingenieros responsables la suma de S/. 26,901.95, en la medida que tal gasto se verifica efectuado para sustentar la postura de CONCYSSA S.A., y como quiera que no se ha precisado lo injustificado de dicho gasto en la medida que existe discusión entre las partes respecto del cumplimiento de las prestaciones de la actora y no se ha propuesto una declaración arbitral respecto del adecuado cumplimiento de las mismas, ni respecto a que se tengan por recibida de forma definitiva la Obra, tanto más que incurrir en dicho gasto ha sido una decisión de CONCYSSA S.A. para defender su postura, no se verifica que el mismo haya sido generado por un acto antijurídico de EMSAPUNO S.A. en tanto en el presente proceso no se ha pedido una declaración del cumplimiento contractual de CONCYSSA S.A. que conlleve a calificar que los actos de cuestionamientos de su contraparte devienen antijurídicos, en este extremo la pretensión devienen infundada; en relación a que (ii) CONCYSSA S.A. se ha visto obligada a mantener vigente la carta fianza de buena ejecución hasta la fecha, aún cuando de acuerdo al contrato debía mantenerla vigente hasta el 30 de junio de 2007, lo cual les ha significado un costo financiero de S/. 22,456.82, verificamos que dicha garantía, como se ha expresado precedentemente, debía mantenerse hasta tanto se produzca la Recepción Definitiva de la Obra, como fluye de lo pactado en el numeral (2), rubro XIII-II de la cláusula décimo tercera de EL CONTRATO DE OBRA, y en la medida que dicha Recepción Definitiva no se ha probado que se hubiera realizado, la demandante estaba en la obligación contractual de mantenerla, de manera que no se verifica un acto antijurídico en el hecho de que la actora mantenga dicha garantía hasta tanto no se produzca la Recepción Definitiva de la Obra, de modo que este

extremo la pretensión indemnizatoria igualmente deviene infundada. Y en relación al fundamento de la demandante, sobre su pretensión indemnizatoria, respecto a que para mantener vigente la carta fianza, además de asumir el costo financiero de la misma, CONCYSSA S.A. ha tenido que inmovilizar sus cuentas en casi dos millones de soles, con la consecuente pérdida de utilidad y costo de oportunidad de dicho capital; señalando el daño emergente causado a CONCYSSA S.A. asciende a S/. 321,733.13, en la medida que, como se verifica de su prestación contractual establecida en el numeral (2), rubro XIII-II de la cláusula décimo tercera de EL CONTRATO DE OBRA, se desprende que la demandante se encuentra en la obligación de mantener la anotada garantía hasta tanto se produzca la Recepción Definitiva de la Obra, Recepción ésta que no se ha probado se hubiera producido, de modo que todo gasto por dicho mantenimiento de la garantía debe asumirlo, pues comporta el cumplimiento de su obligación contractual, y no se ha pactado en EL CONTRATO DE OBRA una situación de liberación de la garantía, fianza, señalada, si la Recepción Definitiva de la Obra no se produce, de modo que el mantener dicha carta fianza no se genera por un acto antijurídico imputable a su contraparte, sino, esencialmente al hecho de que se encuentra obligada a mantener dicha garantía, hasta tanto no se produzca dicha Recepción Definitiva de la Obra, situación que, como hemos señalado en los considerandos precedentes y fluye del contrato, no es un hecho que se realice de forma automática o tácita, habida cuenta que no se ha solicitado que éste Tribunal la declare (la Recepción Definitiva), de ser el caso. Siguiendo con el análisis de la pretensión indemnizatoria de la accionante en relación al daño a la imagen que señala, respecto a que éste se ha producido frente: i) La colectividad, ya que ha difundido a través de medios masivos que CONCYSSA S.A. ha incumplido dolosamente sus obligaciones, (ii) Las entidades del sistema financiero, pues ante las amenazas de ejecución de la carta fianza a los ojos de dichas entidades CONCYSSA S.A. aparece como una empresa que incumple sus obligaciones, por tanto aparece como empresa riesgosa para actividades financieras, (iii) La KfW como entidad que financió la obra, también podría verse influenciada en sus apreciaciones respecto de CONCYSSA S.A., como consecuencia de las difamaciones difundidas por EMSAPUNO S.A., señalando que los daños a la imagen la afectan muy gravemente frente a dicha institución crediticia internacional, que además vienen financiando futuros proyectos en el rubro saneamiento a los cuales CONCYSSA S.A. pretenderá acceder, (iv) Las principales empresas de saneamiento del país, CONCYSSA S.A. como ejecutora de obras y servicios de saneamiento, es la principal empresa contratista que brinda servicios a los concesionarios en este giro, y resulta alarmante que, por ejemplo, SEDAPAL ya se haya comunicado directamente con CONCYSSA para manifestarles su especial preocupación frente a las imputaciones efectuadas por EMSAPUNO. En este sentido no se verifica prueba alguna que acredite un daño cierto que le hubiere generado menoscabo patrimonial a la demandante, en cuanto a la difusión del incumplimiento

contractual que le atribuye su contraparte, tanto más si no existe certeza aún, en la medida que en este proceso no se ha discutido ni decidido en relación al cumplimiento total de las prestaciones provenientes de EL CONTRATO DE OBRA, respecto del cumplimiento de las obligaciones a cargo de CONCYSSA S.A., habida cuenta las imputaciones de incumplimiento que le hace EMSAPUNO S.A., de igual forma se verifica una carencia de certeza y prueba sobre el menoscabo patrimonial que le hubiere generado la amenaza de ejecución de la carta fianza (en tanto y en cuanto, adicionalmente, dicha fianza como se ha señalado en las consideraciones precedentes, no puede disponerse su entrega a CONCYSSA S.A., en tanto no se ha producido el supuesto de hecho para que ello ocurra) y sobre el impacto antijurídico ante la KfW, tanto más que en este punto la actora usa el condicional “podría” que denota justamente la carencia de certeza, al margen de la falta de prueba en tal sentido; carencia de certeza y prueba que adolece igualmente el hecho referido a las principales empresas de saneamiento del país, de modo que la pretensión indemnizatoria deviene infundada por tales consideraciones.

NOVENO: Análisis de la primera pretensión de la reconvención y la pretensión accesoria a ésta. Absolución de los puntos controvertidos indicados en los acápites 3.5, 3.6 y 3.7 de la fijación de puntos controvertidos, punto B respecto de las pretensiones de la reconvención, señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008.

Que, corresponde analizar las pretensiones propuestas en la reconvención a fin de resolverlas. En este sentido EMSAPUNO, propone como primera pretensión la declaración de la nulidad del acta de negociación de contrato de fecha 03 de junio del 2004, que formaliza la incorporación de la propuesta técnica al expediente Técnico de Rehabilitación de redes del Método Sin Zanja y en este mismo extremo la nulidad de la cláusula novena del Contrato; dado que esta incorporación ha transgredido las formalidades previstas por el Contrato de Préstamo con el KfW (no objeción) y normas contenidas en la Resolución de Contraloría General de la República N° 072-98-GG. En consecuencia pide que el Tribunal ordene que la demandante, ejecute la obra conforme al expediente técnico aprobado. Y como pretensión accesoria a ésta, como EMSAPUNO aclaró en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008, pretende que el Tribunal ordene el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados de hasta S/. 814,324.78, al haberse ejecutado la obra incumpliendo el Expediente Técnico y demás condiciones Técnicas y administrativas.

En principio verificamos que las partes en EL CONTRATO DE OBRA pactaron la aplicación supletoria de lo dispuesto en los D.S. N° 012-2001-PCM y su reglamento D.S. N° 013-2001-PCM y en todo aquello que no se opongan a los documentos de la Cooperación Financiera Oficial, tal aplicación era supletoria no preponderante en la medida que como se advierte del propio contrato, el costo de éste se asume con el financiamiento de la República Federal de Alemania proveniente del Contrato de Préstamo, de Aporte Financiero y de Ejecución del Proyecto N° 1999 66 599 de fecha 04 de abril de 2001, suscrito entre el Banco Alemán de Reconstrucción (Kreditanstalt für Wiederaufbau-KfW) la República del Perú como beneficiario y la Empresa Municipal de Saneamiento Básico de Puno en su calidad de Entidad Ejecutora de dicho Convenio, de manera que de acuerdo a lo previsto en la tercera disposición complementaria del D.S. N° 012-2001-PCM: *"Las adquisiciones y contrataciones realizadas dentro del marco de convenios internacionales, se sujetarán a las disposiciones establecidas en dichos compromisos cuando sean normas uniformes aplicadas a nivel internacional y cumplan con los principios que contempla la Ley"*²⁰ connotando que las normas de contratación previstas en los anotados D.S. N° 012-2001-PCM y su reglamento D.S. N° 013-2001-PCM, no devienen aplicables de forma imperativa y preponderante, sino, como contractualmente pactaron las partes su aplicación es de manera supletoria.

Así, en cuanto a la transgresión a las formalidades previstas por el Contrato de Préstamo con el KfW (no objeción), que EMSAPUNO denuncia como causal de nulidad de la referida acta de negociación y de la cláusula contractual que indica, señala en el punto 2 de los fundamentos de hecho y derecho de dicha pretensión que *"empero el Acta de Negociación del Contrato suscrita en fecha el 03 de junio del 2004(...), y la no-objeción del KfW (...) para la contratación se ha formalizado mediante correo electrónico de fecha 06 de abril de 2004. Es decir el Acta de Negociación del contrato se ha suscrito en fecha extemporánea (posterior a la fecha de la no objeción del Contrato), motivo por el cual resulta irregular la incorporación de la nueva tecnología en redes sin zanja a propuesta del Contratista, introducida a través del acta de negociación del contrato e incorporada en la cláusula novena del contrato suscrito"* Es claro que lo que alega la reconviniente para proponer su pretensión de nulidad en este extremo es una extemporánea aprobación, o no objeción del KfW, no denuncia una carencia de aprobación de la entidad que financia, sino simplemente una aprobación extemporánea.

²⁰ Lo que concuerda con lo previsto en la séptima disposición complementaria del Reglamento, D.S. 013-2001-PCM, Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, aplicable a EL CONTRATO DE OBRA: *"Sétima .- En las adquisiciones y contrataciones bajo el ámbito de la Tercera Disposición Complementaria de la Ley y del Decreto Ley N° 25565 en caso de vacío o deficiencia en la regulación de los procesos de selección convocados, serán de aplicación supletoria las disposiciones de la Ley y el presente Reglamento"*. De modo que EL CONTRATO DE OBRA se sujeta fundamentalmente a lo establecido en éste y en el compromiso, Contrato de Préstamo, de Aporte Financiero y de Ejecución del Proyecto N° 1999 66 599 de fecha 04 de abril de 2001, suscrito entre el Banco Alemán de Reconstrucción (Kreditanstalt für Wiederaufbau-KfW) la República del Perú como beneficiario y la Empresa Municipal de Saneamiento Básico de Puno.

En tal sentido ¿qué causal de nulidad, prevista legalmente cabría aplicar al supuesto de hecho que señala la reconviniente?. Ante el hecho descrito no verificamos la existencia de causal de nulidad alguna prevista en el art. 219 del Código Civil²¹, tanto más si no se ha probado la existencia de un incumplimiento de una formalidad prevista legalmente y sancionada con nulidad en cuanto a su inobservancia, y lo que es más saltante, que en cuanto a la entidad que financia no se ha demostrado que ésta hubiera objetado el acta de negociación y la cláusula contractual que EMSAPUNO cuestiona. De modo que en este extremo de la pretensión de nulidad propuesta por la reconviniente, advertimos una carencia de fundamento legal para amparar su pretensión por lo que estimamos que esta deviene infundada.

En relación al segundo extremo de la pretensión, por la que se denuncia la transgresión de las normas contenidas en la Resolución de Contraloría General de la República N° 072-98-GG, en la medida que, como hemos señalado, EL CONTRATO DE OBRA no se encuentra regulado, sino supletoriamente por lo dispuesto en los D.S. N° 012-2001-PCM y su reglamento D.S. N° 013-2001-PCM (porque así lo establecen estos dispositivos), las normas aplicables a los contratos regulados de forma imperiosa por este ordenamiento no devienen aplicables de manera imperativa para EL CONTRATO DE OBRA, tanto más si las normas que denuncia se han incumplido están dirigidas a cuestionar a una modificación del Expediente Técnico, ocasionada a partir de la modificación incorporada en el acta de negociación de contrato de fecha 03 de junio del 2004, que formaliza la incorporación de la propuesta técnica al expediente Técnico de Rehabilitación de redes del Método Sin Zanja y en este mismo extremo la cláusula novena del Contrato, modificación del Expediente Técnico que es de cargo de la propia reconviniente (o de la órbita jurídica de ésta) en la medida que no se ha demostrado que la modificación de dicho expediente técnico fuera de cargo de la parte demandante CONCYSSA S.A., por lo tanto, jurídicamente no es admisible que la reconviniente alegue un acto que se encontraría dentro de su órbita de actuación para cuestionar el accionar de su contraparte²². Y en relación al

²¹ Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358. 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable., 4.- Cuando su fin sea ilícito. 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta. 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. 7.- Cuando la ley lo declara nulo. 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

²² En tanto ello contravendría la buena fe contractual. Al respecto la doctrina ha señalado: "...Ello significa que las partes deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase de constitución de las relaciones y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya construidas entre ellos", LOPEZ MESA, Marcelo, "La doctrina de los Actos Propios en la Jurisprudencia, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, página 34, el artículo 1362 del código civil, así lo exige: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes."

cuestionamiento que realiza respecto de los costos de la tecnología sin zanja, no es un fundamento que pueda sostener una pretensión de nulidad de un acto jurídico. Por lo tanto, verificamos que la pretensión objeto de análisis deviene infundada, y lo es el igualmente el extremo referido a la ejecución de la obra conforme al expediente técnico primitivo, sin la modificación que cuestiona, en la medida que su pretensión de nulidad deviene infundada. En dicho sentido, deviene infundada su pretensión accesoria por la que solicita se ordene el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados de hasta S/. 814,324.78, al haberse ejecutado la obra incumpliendo el Expediente Técnico y demás condiciones Técnicas y administrativas, en tanto habiéndose propuesto como tal, no amparada la principal, la accesoria sigue igual suerte y no merece, por tal motivo, amparo, conforme a los fundamentos señalados en la cita N° 10 de la parte considerativa de este laudo.

DÉCIMO: Análisis de la segunda pretensión de la reconvención y la pretensión accesoria a ésta. Absolución de los puntos controvertidos indicados en los acápites 3.8 y 3.9 de la fijación de puntos controvertidos, punto B respecto de las pretensiones de la reconvención, señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008.

Que, en relación a la segunda pretensión de la reconviniente EMSAPUNO, se plantea que el Tribunal ordene al Contratista cumpla con las especificaciones técnicas establecidas en el Expediente Técnico aprobado para el proceso de la Licitación, referido a la tubería de filtro con el tipo "ranura continua" con abertura de 1,5 mm (slop 60) la cual será fabricada de acero inoxidable AISI 304, de 100 mm de diámetro interno y con uniones para roscar. El área abierta de esta tubería será de 0,1165 m² por metro de tubería, su resistencia a la compresión axial deberá ser 23,56 kg y sus resistencia al aplastamiento 7,51 Kg/cm², conforme a la cláusula 21.1 de las especificaciones técnicas generales del Tomo II de III del Expediente Técnico, colocada indebidamente con PVC, en el componente de la Galería Filtrante Totorani. Asimismo deberá cumplirse con la especificación del material de filtro del mismo componente de acuerdo a las especificaciones técnicas. Y como pretensión accesoria a esta, se plantea, como quedó aclarado en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008, que el Tribunal Arbitral ordene al contratista que habiendo desarrollado las obras sin respetar las especificaciones técnicas establecidas en el expediente técnico aprobado para el expediente de licitación referido a la tubería de filtro básicamente para el componente de la galería filtrante Totorani, sean asumidas por el contratista y, en consecuencia, su valorización que asciende a la suma de S/. 875,346.45 sean deducidas de la liquidación.

En este sentido la propia reconviniendo señala que ella misma, mediante Resolución N° 066-2005-EMSAPUNO, aprobó en vía de regularización las nuevas características técnicas del material de filtro para su utilización en la Galería de filtración Totorani, extraído de la Cantera Carpa, ubicada en la zona de Cabanillas, de acuerdo a los análisis aprobados por el Supervisor GITEC-SERCONSULT (página 25 de su escrito de reconvención). No señala ni prueba que esta resolución hubiera sido dejada sin efecto, mediante la cual la propia reconviniendo aprueba, aún cuando fuera en vía de regularización, el cambio de material que denuncia como un incumplimiento de su contraparte y cuyo cumplimiento –en los términos no modificados- mediante su segunda pretensión principal reconviniendo pretende exigir.

Asimismo, señala la reconviniendo que, mediante carta s/n de fecha 17 de agosto de 2004 y carta s/n de 18 de agosto de 2004, suscrita por el Ingeniero Enrique López Castro, Proyectista, emite una comunicación dirigida al Jefe del Proyecto precisando que a petición de la propia EMSAPUNO S.A. se ha determinado el tipo de tubería a colocar, prevista inicialmente con tubería de acero inoxidable, se modifican por su mayor costo a colocar tuberías de PVC. Señalando que el cambio de especificaciones se ha realizado a través de dichas comunicaciones suscritas por el Proyectista, difiriendo su firma con la que aparece en el Expediente Técnico. La parte reconviniendo, pese a su alegación, no ha demostrado en este proceso que la firma del proyectista, que cuestiona, no le corresponda a éste. Tampoco ha probado que lo señalado por el Proyectista en las cartas que envió al Jefe del Proyecto fuera falso, esto es, que por pedido de la propia EMSAPUNO S.A. se daba la orden de cambio de las especificaciones técnicas. De modo que la reconviniendo acepta que CONCYSSA S.A. no obró de forma inconsulta, para variar las especificaciones técnicas, sino que existió una orden de cambio, que daba cuenta de que éste se hacía por voluntad de EMSAPUNO S.A., sin que se hubiera probado que esto fuera falso.

Respecto del incumplimiento de las Directivas emitidas por la Contraloría General de la República que señala la reconviniendo como fundamento de su cuestionamiento, hemos señalado que en principio EL CONTRATO DE OBRA no se encuentra regulado, sino supletoriamente por lo dispuesto en los D.S. N° 012-2001-PCM y su reglamento D.S. N° 013-2001-PCM, de manera que las normas aplicables a los contratos regulados de forma imperiosa por este ordenamiento no devienen aplicables de manera imperativa para EL CONTRATO DE OBRA, siendo esencialmente relevante para verificar el cambio de especificaciones técnicas si éste se produjo sin el consentimiento de EMSAPUNO S.A. Y para el presente caso, como advertimos, EMSAPUNO S.A. no ha cuestionado que dicha entidad (ella misma) no hubiera desaprobado dicho cambio, o que el anotado cambio de especificaciones técnicas se realizó con su total desconocimiento, de manera que,

valga la redundancia, si se variaron las especificaciones técnicas, en el caso sub materia, con el conocimiento de EMSAPUNO S.A. y aprobación del Proyectista, que da cuenta que dicha entidad pidió el cambio, situación que no ha sido cuestionada ni demostrada que fuera falsa, entonces, EMSAPUNO S.A. no puede contradecirse con su propia conducta contractual, pues ésta es relevante en tanto debe preservar la buena fe como exige el art. 1362 del código civil²³, al pretender se exija el cumplimiento de especificaciones técnicas conforme al Expediente Técnico primigenio, **cuando ella misma dispuso el cambio de las mismas**. Lo mismo ocurre sobre lo alegado respecto de las nuevas características técnicas del material de filtro para su utilización en la Galería de filtración Totorani, extraído de la Cantera Carpa, ubicada en la zona de Cabanillas, cuyo cambio fue aprobado mediante Resolución N° 066-2005-EMSAPUNO, en vía de regularización, en la medida que no habiéndose dejado sin efecto dicha resolución que aprobó el cambio, EMSAPUNO S.A. no puede exigir se realice la Obra conforme al material primitivo, ya que ello es racionalmente insostenible, pues las cosas son o no son, pero no pueden ser y no ser a la vez,²⁴ en la medida que si existe una aprobación para el cambio, quien aprueba el mismo no puede pedir que se realice la prestación sin la variación que aprobó, sin previamente cuestionar o dejar sin efecto la resolución por la que se aprobó dicho cambio. Por lo tanto, aprobados que fueron los cambios referidos, la prestación de CONCYSSA S.A. referente a tales componentes se arregla a lo acordado por las partes, no pudiendo exigir en tales extremos las prestaciones en los términos originales, como pretende de forma contradictoria EMSAPUNO S.A.²⁵, de modo que su pretensión deviene infundada. En tanto habiéndose propuesto como tal, no amparada la pretensión principal, la

²³ "Los requisitos de la doctrina del acto propio son los siguientes: a) una situación jurídica preexistente; b) una conducta del sujeto jurídicamente relevante y eficaz, que suscite en la otra una expectativa seria de comportamiento futuro; c) una pretensión contradictoria con dicha conducta, atribuible al mismo sujeto", citado por LOPEZ MESA, Marcelo, "La doctrina de los Actos Propios en la Jurisprudencia, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, página 66.

²⁴ Principio lógico de no contradicción.

²⁵ La doctrina ha señalado, respecto al comportamiento contractual como fuente interpretativa del propio contrato: "1° Los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades. 2° La buena fe, además de un punto de partida, ha de ser también un punto de llegada. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya, sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas. 3° La buena fe impone también la aplicación de las ideas de confianza y de autorresponsabilidad en la interpretación. Si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso. Las declaraciones de voluntad deben interpretarse en el sentido más conforme con la confianza que hayan podido suscitar de acuerdo con la buena fe. (...) El conjunto de actos realizados por las partes en ejecución del contrato posee un indudable valor como medio hermenéutico, en razón de lo que puede llamarse un principio de coherencia y de continuidad de la voluntad contractual en la fase de formación del contrato y en la fase de ejecución del mismo. (...) De este modo, lo que llamamos comportamiento interpretativo se aproxima a una interpretación auténtica, pues puede considerarse que se trata de un negocio interpretativo realizado a través de declaraciones de voluntad tácitas, aunque es cierto que su valor interpretativo es independiente de la voluntad que manifiesten o de la que de ellos se pueda inferir, pues se trata más de valorar el sentido objetivo de tales actos." DIEZ PICASSO, Luis "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato, Quinta Edición, Editorial Civitas, Madrid 1996, páginas 398, 402 y 403.

pretensión accesoria sigue igual suerte y no merece amparo, conforme a los fundamentos señalados en la cita N° 10 de la parte considerativa de este laudo.

UNDÉCIMO: Análisis de la tercera pretensión de la reconvención y la pretensión accesoria a ésta. Absolución de los puntos controvertidos indicados en los acápites 3.10 y 3.11 de la fijación de puntos controvertidos, punto B respecto de las pretensiones de la reconvención, señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008.

Que, EMSAPUNO S.A. propone como tercera pretensión de su reconvención, pidiendo al Tribunal Arbitral ordene al Contratista CONCYSSA S.A. realice los trabajos necesarios para que funcione la SECTORIZACIÓN cuyo objetivo es establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de abastecimiento y de presión, de forma tal que se pueden implementar mecanismos de control sobre la magnitud de los caudales que ingresan a determinadas horas y compararlas con la información que proporcionarían los micromedidores de los consumidores. Accesoriamente pretende se considere deducir el monto que corresponde al hecho de no haber puesto en funcionamiento de la Sectorización, toda vez que EMSAPUNO S.A., viene implementando la ejecución de actividades para el funcionamiento de la Sectorización aceptados y admitidos por el KfW a un costo de S/. 1'000,000.00, pretensión accesoria aclarada en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008, en la que la reconviniente aclara que su pretensión accesoria se refiere a lo siguiente: que dicha pretensión tiene carácter indemnizatorio y en tal sentido no cabría deducción alguna.

Del tenor de la propia tercera pretensión que se reconviene, EMSAPUNO S.A. detalla los alcances de lo que denomina SECTORIZACIÓN como la prestación que entiende incumplida por parte de CONCYSSA S.A. De modo que a efecto de verificar si dicha prestación fue o no objeto de contrato, advertimos que la cláusula décima de EL CONTRATO DE OBRA indica: *"Según los documentos de la Licitación, EMSAPUNO realizará en un primer acto la "Recepción Provisional con observaciones de la OBRA Construida", de ser el caso, luego de haberse concluido con todos los trabajos en su totalidad y de haberse efectuado con éxito la prueba de funcionamiento de sus instalaciones, tal como lo indican las especificaciones técnicas."*

En este sentido se verifica que CONCYSSA S.A. tenía la obligación, contractualmente pactada, de realizar una prueba de funcionamiento de las instalaciones, empero, tal prueba de funcionamiento no tendría los alcances de lo que EMSAPUNO S.A. denomina Sectorización, en los términos de *"...cuyo objetivo es establecer zonas independientes de consumo con características propias en términos de*

abastecimiento y de presión, de forma tal que se pueden implementar mecanismos de control sobre la magnitud de los caudales que ingresan a determinadas horas y compararlas con la información que proporcionarían los micromedidores de los consumidores", pues ello no fluye del contrato, de manera que no se verifica que se hubiera pactado como una prestación a cargo de CONCYSSA S.A. la realización de lo que EMSAPUNO S.A. denomina Sectorización, tanto más si ésta no ha probado, mediante una prueba técnica idónea actuada en este proceso, que las pruebas de funcionamiento, como prestación contractual a cargo de CONCYSSA S.A., sea técnicamente lo mismo que lo que denomina Sectorización, pues claramente de la descripción que la propia reconviniendo hace de ésta se verifica que no se trataría de prestaciones semejantes, sino de actividades distintas, lo que se corrobora con lo expresado por el Supervisor de la Obra, en el asiento 239 del Cuaderno de Obra, cuya copia corre en el expediente, al ser consultado por CONCYSSA S.A. (como se verifica del asiento 238 del referido cuaderno de obra), quien manifiesta que la denominada Sectorización no correspondía ser efectuada por CONCYSSA; y en tal sentido en la cláusula décimo novena de EL CONTRATO DE OBRA, acápite XIX-I punto (4) se señala: "El SUPERVISOR representa a EMSAPUNO para controlar y/o inspeccionar el desarrollo técnico de las obras y tendrá facultad para resolver cualquier aspecto dudoso, singular y omiso/contable/legal no previsto en el Contrato, en las especificaciones, o en el Proyecto, referente a la calidad y aceptabilidad de los materiales empleados, trabajo ejecutado, progreso del mismo, interpretación de los planos, especificaciones y aceptabilidad del cumplimiento del Contrato" de manera que atendiendo a que en EL CONTRATO DE OBRA no aparecen pactadas las obras que la reconviniendo denomina Sectorización, como que estuvieran a cargo de CONCYSSA S.A., sobre cuya duda el Supervisor, representante de EMSAPUNO S.A. para dicho objeto, señaló que no era una prestación a cargo de CONCYSSA S.A., de modo que queda claramente establecido que ésta no tiene obligación de realizar dichos actos a los que su contraparte denomina Sectorización²⁶, teniendo únicamente la obligación de realizar las pruebas de funcionamiento a las que se contrae la cláusula décima de EL CONTRATO DE OBRA. Por lo tanto, verificamos que esta pretensión deviene infundada, como lo es la accesoria propuesta a ésta, en tanto al no ampararse la principal no cabe amparo de la accesoria, pues ésta sigue igual suerte, conforme a los fundamentos señalados en la cita N° 10 de la parte considerativa de este laudo.

DUODÉCIMO: Análisis de la cuarta pretensión de la reconvención. Absolución del punto controvertido indicado en el acápite 3.12 de la fijación de puntos controvertidos, punto B respecto de las pretensiones de la reconvención.

²⁶ Ello por cuanto la obligación de realizar la denominada Sectorización no fue pactada a cargo de CONCYSSA S.A. en EL CONTRATO DE OBRA, ni fluye de la ley, de modo que conforme a lo dispuesto en el art. 1361 del código civil, "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos", la pretensión que se analiza deviene infundada.

señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008.

Que, en cuanto a la cuarta pretensión de la reconvención por la que EMSAPUNO pide se declare la nulidad por ilegal de la Resolución de Gerencia General N° 039-2005-EMSAPUNO/GG de fecha 08 de agosto de 2005, que decide ampliar el plazo de 37 días calendario el plazo contractual de ejecución de obra a Precios Unitarios celebrado entre EMSAPUNO S.A. y CONCYSSA S.A. debido a que éste se dio por adicionales de obra aprobados mediante Resolución N° 051-2005-EMSAPUNO-GG, de fecha 21 de setiembre de 2005, contraviniendo las normas específicamente lo dispuesto por el Art. 42° del T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S. N° 012-2001-PCM y el art. 15 del Reglamento; es decir que la solicitud de ampliación debe formalizarse dentro de los quince días siguientes al hecho que la motiva; Resolución de Contraloría N° 072-2001-CG así como la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO aprobada mediante Resolución de Contraloría 036-2001-CG.

La reconviniente no peticiona la declaración de nulidad de la Resolución N° 051-2005-EMSAPUNO-GG, de fecha 21 de setiembre de 2005, emitida por ella misma, que aprueba obras adicionales, de manera que EMSAPUNO S.A. no cuestiona su voluntad de haber encomendado a su contraparte las mismas. Sin embargo, a pesar de no discrepar de la realización de las obras adicionales, pretende desconocer la ampliación de plazo de EL CONTRATO DE OBRA que dichas obras adicionales generarían, cuestionando la validez de su propia resolución que aprobada dicha ampliación de plazo. Y para fundar su pretensión de nulidad señala que esta resolución, que ella misma dictó, contraviene las normas específicamente lo dispuesto por el Art. 42° del T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S. N° 012-2001-PCM y el art. 15 del Reglamento; es decir que la solicitud de ampliación debe formalizarse dentro de los quince días siguientes al hecho que la motiva; Resolución de Contraloría N° 072-2001-CG así como la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO aprobada mediante Resolución de Contraloría 036-2001-CG. En principio como hemos manifestado, de forma reiterada, EL CONTRATO DE OBRA no se encuentra regulado, sino supletoriamente por lo dispuesto en los D.S. N° 012-2001-PCM y su reglamento D.S. N° 013-2001-PCM, de manera que las normas aplicables a los contratos regulados de forma imperiosa por este ordenamiento no devienen aplicables de manera imperativa para EL CONTRATO DE OBRA, tomando especial relevancia, para analizar la temática relativa a la pretensión que se analiza, el hecho concreto sobre la existencia de adicionales. Estas obras conceptuadas adicionales connotan una modificación de la Obra en su esquema primigenio y generan, como resulta natural, una modificación en la estructura inicial del contrato.

Por sobre todo se evidencia la voluntad de la reconviniente de que se declare la nulidad en razón que, según propone, debería haberse aprobado primeramente la ejecución de las obras adicionales, por parte de ella misma, y en un segundo acto disponerse la ampliación de plazo que ello genere. Y que no habiéndose respetado dicho orden, sino ocurrido un orden inverso, la ampliación de plazo así convenida, deviene nula. Para ello cita, entre otros, la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO que señala, según glosa de la reconviniente: *"las obras adicionales deben ejecutarse sólo cuando se cuente previamente con la Resolución aprobatoria del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la entidad. Las obras ejecutadas sin cumplir dichos requisitos no generan derecho alguno a favor del contratista"*. Al margen que, como hemos señalado, la normatividad aplicable a este contrato, en esencia es lo que se ha pactado en EL CONTRATO DE OBRA (y en el compromiso o contrato de préstamo referido en la cita N° 13 de esta parte considerativa del laudo), más sólo cabe aplicar de forma supletoria las normas citadas, relativas a la contratación pública, no verificamos que la modificación en el orden que propone la reconviniente respecto de la ampliación de plazo ocasione, legalmente, la nulidad de su resolución (por causa prevista previa y específicamente en la ley), en el esquema de causales de nulidad dispuestas por la ley. Tanto mas si EMSAPUNO S.A. no cuestiona la existencia de dichas obras adicionales, empero cuestiona la manera en que la propia reconviniente aprobó la ampliación de plazo que tales obras adicionales ocasionaba.

En primer término, como señalamos, no advertimos la existencia de una causal de nulidad por la alteración del orden que la propia reconviniente señala que ella misma debió respetar, en la medida que la propia entidad no puede alegar su propia culpa para dejar sin efecto sus propios actos²⁷. Tanto más si la norma de Contraloría que señala no dispone la nulidad de la resolución que aprueba la ampliación de plazo, y tampoco las normas de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento disponen tal nulidad por la causa indicada, habida cuenta, que como hemos señalado tales disposiciones no son imperativas a EL CONTRATO DE OBRA.

Sin embargo, si el eje central del razonamiento de la reconviniente para fundar su nulidad es advertir que antes que ella misma apruebe la ampliación de plazo, debió aprobar la ejecución de las obras adicionales que ocasionarían dicha ampliación, verificamos un hecho concreto: si la reconviniente dictó la Resolución Gerencial N° 039-2005-EMSAPUNO/GG mediante la cual decidía ampliar el plazo del contrato debido a la existencia de adicionales, aún cuando no hubiera dictado una Resolución expresa y previa sobre la ejecución de dichos adicionales, en la

²⁷ Lo cual es atentatorio contra el principio de buena fe contractual receptado en el art. 1362 del código civil: *"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes."*

Resolución Gerencial N° 039-2005-EMSAPUNO/GG se contenía la voluntad de aprobar los adicionales, pues la justificación para el dictado de ésta es justamente la existencia de dichos adicionales²⁸ (como la propia EMSAPUNO señala en su pretensión: "...debido a que ésta se dio por adicionales de obra aprobados mediante Resolución N° 051-2005-EMSAPUNO-GG"), situación fáctica que aprobó, pues no es posible entender que dictara dicha resolución teniendo tal motivación, sin que efectivamente hubiera consentido la ejecución de dichos adicionales, como efectivamente la consintió, pues, como hemos señalado, la reconviniente no cuestiona la existencia de las obras adicionales o que no las hubiera aprobado²⁹. De manera que si el supuesto fáctico para pedir la nulidad de su propia resolución es la exigencia de la existencia previa de la aprobación de los adicionales, verificamos, como la propia reconviniente lo advierte, que la lógica de la Resolución Gerencial N° 039-2005-EMSAPUNO/GG responde justamente a la existencia de adicionales, que la propia EMSAPUNO S.A. acordó disponer su ejecución previa y que por tal razón, como lo expresa la misma resolución, aprobó la ampliación del plazo del contrato. Que si luego, para el orden interno de la propia EMSAPUNO S.A., hubiera ésta dictado una resolución previa mediante la cual expresamente aprobaba dichos adicionales, es un aspecto únicamente relativo a una cuestión de orden y que por ello no resulta admisible para permitir una contradicción de la conducta de la propia EMSAPUNO S.A. que atenta contra la buena fe contractual, pues si, como analizamos, es lógico que para que se dictara la ampliación de plazo se verificó la existencia de un pedido de obras adicionales (como la reconviniente señala era la motivación de la resolución que aprobó la ampliación de plazo), que éste existiera previamente contenido en una resolución deviene inoficioso, pues tales adicionales existieron, fueron pedidos y por ende aprobados previamente, como la propia EMSAPUNO S.A. no ha podido negar, de modo que no puede señalar lo contrario para cuestionar justamente su propia conducta contenida en la resolución cuya nulidad cuestiona.

²⁸ En el penúltimo considerando de la Resolución Gerencial N° 039-2005-EMSAPUNO/GG, cuya copia obra en el expediente arbitral se señala: "Que, teniendo en cuenta que estos trabajos adicionales afectan el calendario general de la Obra, y al estar en ruta crítica implica una ampliación de plazo respectiva y por lo tanto una nueva fecha de término de la obra, siendo pertinente conceder una ampliación de plazo por Treinta y Siete (37) días calendario, de conformidad con el contrato...". Tal declaración evidencia justamente una aprobación previa a la realización de tales adicionales, en la medida que constatada su existencia no se discrepa de que se lleven adelante, pues de otra manera no hubiera significado considerar dicha circunstancia, la existencia de los adicionales y su implicancia en el plazo del contrato, para disponer la ampliación de dicho plazo.

²⁹ El Oficio N° 153-2005-EMSAPUNO/UE, de fecha 20 de julio de 2005, remitido por el Ing. Alberto Santaría Soto, de la Unidad Ejecutora de EMSAPUNO, al Jefe de Proyecto del Consorcio Supervisor de la Obra, GITEC SERCONSULT S.A., cuya copia obra en el expediente arbitral, señala que: "Por lo tanto deberá instruirse al contratista a fin de que se ejecuten estos trabajos adicionales, completando los sectores mencionados al 100% y en la secuencia de prioridad entregada". De manera que se aprecia que, con fecha anterior a la que se dictó la Resolución Gerencial N° 039-2005-EMSAPUNO/GG (fechada el 8 de agosto de 2005), la propia EMSAPUNO S.A. había encomendado la realización de los adicionales, lo cual importa, pues no puede admitirse un comportamiento en sentido contrario que fuera atentatorio de la buena fe, que la reconviniente sí aprobó fácticamente tales adicionales de forma previa a la ampliación de plazo. En consecuencia no puede alegar lo contrario, argumentando un orden distinto por la inexistencia de una resolución cuyo orden de dictado estaba dentro de la órbita de EMSAPUNO S.A. En ese orden CONCYSSA S.A. no podía dejar de cumplir con el pedido de los adicionales, como se verifica de lo señalado en el acápite 3 del punto 15.1 de las Condiciones Administrativas de las Obras de las condiciones generales administrativas del Lote 2 de la Licitación Pública Internacional N° 002-2003-EMSAPUNO S.A., cuya copia obra en el expediente arbitral, de manera que ante dicho pedido, corresponde ampliar el plazo del contrato, como señala el punto 2 de la cláusula octava de EL CONTRATO DE OBRA.

De modo que ante la inexistencia de causal de nulidad, atendiendo a que la contravención a las normas que indica la reconviniendo se trata de normatividad aplicable no de forma imperativa a EL CONTRATO DE OBRA, sino de forma supletoria, y al hecho de que el fundamento fáctico que señala se presentaría de forma implícita en su propia resolución que cuestiona, estimamos que su pretensión deviene infundada.

DÉCIMO TERCERO: Análisis de la quinta pretensión de la reconvención. Absolución del punto controvertido indicado en el acápite 3.13 de la fijación de puntos controvertidos, punto B respecto de las pretensiones de la reconvención, señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008

Que, en relación a la quinta pretensión materia de reconvención, EMSAPUNO S.A. pretende que el Tribunal disponga se aplique las penalidades del Componente de Galerías Filtrantes Totorani por mora en la entrega según establece en la Décima Primera cláusula del Contrato de Construcción de Obra a precios Unitarios, materia de la Licitación Pública N° 002-2003-EMSAPUNO S.A. Lote N° 02, se ha previsto que la aplicación de penalidades serán por cada día de retraso que transcurra entre la fecha estipulada para la conclusión del Componente cuyo plazo de ejecución es de Noventa (90) días calendario se ha extendido hasta la fecha sin levantar las observaciones determinadas por los diferentes Comités de Recepción, finalmente recepcionada irregularmente mediante Acuerdo Amigable de fecha 15/08/2006, inobservando que este acuerdo pacta hechos de contenido penal según legislación penal peruana.

Esta pretensión, como se verifica de su tenor, denuncia mora en la entrega de la Obra, que fue recepcionada por EMSAPUNO S.A. y que tal recepción se produjo mediante Acuerdo Amigable de fecha 15/08/2006, de modo tal que su pretensión supone que tal recepción no debe considerarse y únicamente sin considerar dicha recepción es posible acusar mora en la anotada entrega.

Queda claro, de lo anotado, que para decidir lo propuesto por EMSAPUNO S.A., es menester analizar el valor o eficacia del Acuerdo Amigable de fecha 15/08/2006, el que fue celebrado por ambas partes, y que fue dejado sin efecto por EMSAPUNO S.A. mediante la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG de fecha 14 de junio de 2007. Como hemos señalado en los considerandos segundo a quinto de este laudo, atendiendo a la propia conducta de EMSAPUNO S.A. resulta ajeno al arbitraje, y no forma parte de la materia controvertida del mismo como lo ha manifestado expresamente la reconviniendo, pronunciarse sobre la validez de la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG de fecha 14 de junio de 2007. En tal

sentido, si la propia reconviente acepta que dicha temática, sobre la invalidez de dicha resolución, no puede ser objeto de pronunciamiento en este arbitraje, de forma directa ni indirecta, tiene el deber de ser congruente, respetando la buena fe, con su propia conducta procesal. Y en respeto de dicha congruencia y del principio de imparcialidad, nos vemos impedidos de resolver esta pretensión de la reconvención, en tanto y en cuanto, restarle efectos al denominado Acuerdo Amigable de fecha 15/08/2006 importaría pronunciarse sobre la validez de la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG de fecha 14 de junio de 2007, y restarle efectos a esta resolución y validar el Acuerdo Amigable de fecha 15/08/2006 supone un pronunciamiento de invalidez, nulidad o anulabilidad de la anotada resolución, que no es objeto de la materia controvertida, como expresamente EMSAPUNO S.A. ha señalado en este proceso.

De manera que, como se advirtió en los considerandos segundo a quinto, la postura de las partes, en relación a la materia objeto de pronunciamiento implícito o explícito en este arbitraje, irradia una consecuencia para ambas, y es en este sentido que no cabría emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la presente pretensión reconvienida, en la medida que ello supondría de forma inexorable emitir un juicio de valor sobre la validez del Acuerdo Amigable de fecha 15/08/2006 o sobre la validez de la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG de fecha 14 de junio de 2007, materias que no son objeto de una pretensión propuesta por ninguna de las partes en este proceso, de modo que la pretensión materia de análisis deviene improcedente.

DÉCIMO CUARTO: Análisis de la sexta pretensión de la reconvención. Absolución del punto controvertido indicado en el acápite 3.14 de la fijación de puntos controvertidos, punto B respecto de las pretensiones de la reconvención, señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008.

Que, EMSAPUNO S.A. propone como sexta pretensión de su reconvención que se ordene que su contraparte concluya con la Etapa Provisional de Obra concluida con observaciones debido a que administrativamente se ha determinado nula, el Acta de Recepción Provisional de la Obra Construida de fecha 31.07.2006, por los argumentos y causal expuesta en parte considerativa de la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO S.A./G.G, en consecuencia se continúe con la etapa de conservación por defectos por el período de 1 (un) año según establece el Contrato.

Que, como hemos manifestado en el considerando precedente, y en los considerandos segundo al quinto de este laudo, la pretensión objeto de análisis supone pronunciarse sobre la validez de la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-

GG de fecha 14 de junio de 2007, que deja sin efecto el Acta de Recepción Provisional de la Obra Construida de fecha 31.07.2006, y restarle efectos a esta Acta y validar la primera, o, si fuera el caso, validar el Acta y dejar sin efecto, de forma directa o indirecta, la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG de fecha 14 de junio de 2007, de manera que por los fundamentos expuestos en tales consideraciones, que reproducimos, respecto a que resulta ajeno al arbitraje, y no forma parte de la materia controvertida del mismo como lo ha manifestado expresamente la reconviniente, pronunciarse sobre la validez de la Resolución N° 041-2007-EMSAPUNO-GG de fecha 14 de junio de 2007, estimamos que la pretensión objeto de análisis deviene improcedente.

DÉCIMO QUINTO: Análisis de la séptima pretensión de la reconvención. Absolución del punto controvertido indicado en el acápite 3.15 de la fijación de puntos controvertidos, punto B respecto de las pretensiones de la reconvención, señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008

Que, en cuanto a la séptima pretensión de la reconvención por la que EMSAPUNO S.A. pide que el Contratista CONCYSSA S.A. cumpla con el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios a favor de EMSAPUNO por la falta de implementación de la Sectorización por la cual se ha dejado de prestar servicio de agua a los usuarios de la Entidad durante las 24 horas al día luego de culminada las obras financiadas con los fondos de la República Federal de Alemania en el Contrato de Préstamo de Aporte Financiero y Ejecución de Proyecto N° 1999 66 599, suscrito entre el Banco Alemán (Kreditanstalt für Wiederaufbau) y la República del Perú como beneficiario y EMSAPUNO S.A., pretensión aclarada en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008 en el sentido que el monto de la indemnización que reclama asciende a S/. 1'084,651.37, monto que se ha generado desde agosto del año 2006 hasta junio del año 2008.

Como quiera que del análisis de la pretensión propuesta se verifica que ésta pretende una indemnización por incumplimiento de una obligación contractual que se le atribuye a CONCYSSA S.A. respecto a la falta de implementación de la Sectorización; y que hemos señalado en el undécimo considerando de este laudo que dicha prestación contractualmente no era de cargo de CONCYSSA S.A., por los fundamentos señalados en dicho considerando a los cuales nos remitimos, estimamos que CONCYSSA S.A. no incurre en incumplimiento, ante la falta de obligación contractual incumplida respecto a la implementación de la denominada Sectorización, de modo que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1321 y

1361 del código civil³⁰, no cabe disponer abone indemnización por este concepto, pues la reconvenida no ha incurrido en este extremo en incumplimiento de una obligación pactada en EL CONTRATO DE OBRA, por cuyos fundamentos esta pretensión deviene infundada.

DÉCIMO SEXTO: Análisis de la octava pretensión de la reconvenición. Absolución del punto controvertido indicado en el acápite 3.16 de la fijación de puntos controvertidos, punto B respecto de las pretensiones de la reconvenición, señalados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008

Que, en cuanto a la octava pretensión de la reconvenición, la reconviniente pide que el Contratista CONCYSSA S.A. pague a favor de EMSAPUNO S.A. por el concepto de pérdida de agua potable en el período comprendido de la Ejecución de Obras hasta la culminación de las mismas, así como por todo el periodo de Conservación por defecto, debido a que el proyecto de la Sectorización tiene el propósito determinar las fugas de agua potabilizada y su implementación de acciones correctivas, situación que no funciona en la actualidad, pretensión aclarada en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 15 de diciembre de 2008 en el sentido que el monto indemnizatorio que reclama EMSAPUNO S.A. asciende a S/. 430,199.58 por concepto de daño emergente.

Advertimos del texto de la propia pretensión, que ésta supone una indemnización por incumplimiento contractual que EMSAPUNO S.A. imputa a CONCYSSA S.A. y el resarcimiento de los daños generados por tal incumplimiento. Y en concreto el incumplimiento de la obligación que EMSAPUNO S.A. imputa a CONCYSSA S.A. *"...es debido a que el proyecto de la Sectorización tiene el propósito determinar las fugas de agua potabilizada y su implementación de acciones correctivas, situación que no funciona en la actualidad"*, esto es, EMSAPUNO S.A. nuevamente imputa a su contraparte el incumplir con la denominada Sectorización, y señala que ante el incumplimiento de ésta se ha generado los daños que indica en su octava pretensión y que le imputa a CONCYSSA S.A. Al respecto hemos señalado en el undécimo considerando de este laudo que dicha prestación contractualmente no era de cargo de CONCYSSA S.A., por los fundamentos señalados en dicho considerando a los cuales nos remitimos, estimamos que CONCYSSA S.A. no incurre en incumplimiento pasible de generar una indemnización a favor de su contraparte, ante la falta de obligación contractual incumplida respecto a la implementación de la denominada Sectorización, de modo que de conformidad con lo dispuesto en

³⁰ Artículo 1321: *Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.* Artículo 1361: *Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.*

los arts. 1321 y 1361 del código civil, no cabe disponer abone indemnización por este concepto, pues no ha incurrido en este extremo en incumplimiento de una obligación pactada en EL CONTRATO DE OBRA, de modo que no se le puede imputar jurídicamente un incumplimiento contractual, por cuyos fundamentos esta pretensión deviene infundada.

DÉCIMO SEPTIMO: Costas y costos, gastos, arbitrales.

Que, atendiendo a lo expuesto en los considerandos precedentes, al sentido del laudo y al hecho que ambas partes han evidenciado tener motivos que justifican haber debatido en este proceso arbitral, para defender sus posiciones, estimo que cada una debe asumir los gastos, costos y costas que hubieran incurrido durante el proceso arbitral, de modo que considero no condenar a una de ellas para que asuma el costo total del arbitraje.

Fundado en las consideraciones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley Nº 26572, Ley General de Arbitraje, así como con lo establecido por el Acta de Instalación, el Árbitro que suscribe emite el presente voto particular o singular y en consecuencia, laudo, decido y resuelvo en **DERECHO** lo siguiente:

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTES** las cuestiones probatorias propuestas por EMSAPUNO S.A.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la primera pretensión principal de la demanda.

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTES** la segunda pretensión principal de la demanda y la pretensión accesorio de ésta.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda.

QUINTO: Declarar **INFUNDADAS** la primera pretensión de la reconvención y la pretensión accesorio de ésta.

SEXTO: Declarar **INFUNDADAS** la segunda pretensión de la reconvención y la pretensión accesorio de ésta.

SÉPTIMO: Declarar **INFUNDADAS** la tercera pretensión de la reconvención y la pretensión accesorio de ésta.

OCTAVO: Declarar **INFUNDADA** la cuarta pretensión de la reconvención.

NOVENO: Declarar **IMPROCEDENTE** la quinta pretensión de la reconvención.

DÉCIMO: Declarar **IMPROCEDENTE** la sexta pretensión de la reconvención.

UNDÉCIMO: Declarar **INFUNDADA** la séptima pretensión de la reconvención.

DUODÉCIMO: Declarar **INFUNDADA** la octava pretensión de la reconvención.

DÉCIMO TERCERO: **FIJAR**, de manera definitiva, los honorarios de cada Árbitro en la suma de S/. 48,000.00 (Cuarenta y ocho mil y 00/100 nuevos soles) netos y del Secretario Arbitral en la suma de S/. 15,000.00 (Quince mil quinientos y 00/100 nuevos soles) netos, conforme a los tres anticipos de honorarios dispuestos por el Tribunal Arbitral que se encuentran debidamente pagados en su totalidad.

DÉCIMO CUARTO: Dispongo que cada parte asuma y cubra sus propios gastos y los gastos comunes, y costos del arbitraje, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Arbitral, y los gastos que se hubiera incurrido en la celebración de las Audiencias en la ciudad de Puno, debiendo asumirlos por mitades; consecuentemente, cada parte deberá asumir los gastos o costos en que ya incurrió y pagó.

DÉCIMO QUINTO: Dispongo que el Secretario Arbitral cumpla con remitir copia del presente voto particular o singular del Laudo Arbitral de Derecho al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, y notificar el mismo a cada una de las partes.


JOSE LUIS BRIONES TINOCO
Árbitro


ALDO ZELA VILLEGAS
Secretario Arbitral