

**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE**

Caso Arbitral N° 0393-2021-CCL

AGUAS DE SAN MIGUEL S.A.C.

Vs.

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MIGUEL

LAUDO

Tribunal Arbitral

Juan Alberto Quintana Sánchez
Carlos Paitán Contreras
Rony Salazar Martínez

Secretario Arbitral

Fiorella Casaverde Cotos

CASO ARBITRAL N° 0393-2021-CCL

LAUDO

- ❖ **Demandante:** AGUAS DE SAN MIGUEL S.A.C.
- ❖ **Demandado:** MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MIGUEL
- ❖ **Contrato:** Contrato de Concesión de 17 de octubre de 2013
- ❖ **Objeto:** “Concesión del Tratamiento de Agua Residual y Suministro de Agua Tratada para el Servicio de Riego de Parques y Jardines de la Municipalidad Distrital de San Miguel”
- ❖ **Cuantía controvertida:** S/ 645,013.64
- ❖ **Honorarios del Tribunal:** S/ 39,206.14 más I.G.V.
- ❖ **Honorarios Secretaría Arbitral:** S/ 13,982.14 más I.G.V.
- ❖ **Tribunal Arbitral:** Juan Alberto Quintana Sánchez
Carlos Paitán Contreras
Rony Salazar Martínez
- ❖ **Secretaría Arbitral:** Fiorella Casaverde Cotos
- ❖ **Fecha de emisión del laudo:** 8 de agosto de 2022
- ❖ **Número de folios:** 53

Pretensiones:

- Incumplimiento contractual
- Incremento de la retribución por metro cúbico de agua tratada
- Pago del cargo por agua residual captada
- Resarcimiento por daños y perjuicios
- Responsabilidad por cierre de suministro de agua residual sin tratamiento
- Reajuste de la tarifa por incremento acumulado del índice de precios al consumidor
- Costos del Arbitraje

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES	5
II.	EL CONVENIO ARBITRAL	6
III.	DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	6
IV.	DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL	7
V.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES	8
VI.	ANÁLISIS DE LAS MATERIAS CONTROVERTIDAS	11
VII.	LAUDO	51

GLOSARIO DE TÉRMINOS

DEMANDANTE/ CONCESIONARIA	Aguas de San Miguel S.A.C.
DEMANDADO / CONCEDENTE MUNICIPALIDAD	Municipalidad Distrital de San Miguel
PARTES	Son conjuntamente Aguas de San Miguel S.A.C. y Municipalidad Distrital de San Miguel
CENTRO	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
TRIBUNAL ARBITRAL	Juan Alberto Quintana Sánchez Carlos Paitán Contreras Rony Salazar Martínez
REGLAMENTO DE ARBITRAJE	Reglamento y Estatuto de Arbitraje de Cámara de Comercio de Lima (2017) –
CONTRATO	El Contrato de “Concesión del Tratamiento de Agua Residual y Suministro de Agua Tratada para el Servicio de Riego de Parques y Jardines de la Municipalidad Distrital de San Miguel”

LAUDO ARBITRAL

En Lima, a los ocho días del mes de agosto del año dos mil veintidós, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. ANTECEDENTES

1. Por escritura pública de fecha 17 de octubre de 2013, otorgada ante la Notaría Pública de la Dra. Rosalía Mejía, la Municipalidad Distrital de San Miguel (en adelante la Entidad, la Concedente o la Demandada) y el agua de San Miguel S.A.C. (en adelante el Concesionario o el Demandante) suscribieron el Contrato de “Concesión del Tratamiento de Agua Residual y Suministro de Agua Tratada para el Servicio de Riego de Parques y Jardines de la Municipalidad Distrital de San Miguel” (en adelante el Contrato).
2. El plazo de la concesión se pactó en el numeral 6.3 de la cláusula sexta del Contrato, en los términos siguientes:

6.3 EL PLAZO DE LA CONCESIÓN SE PACTA, DE COMÚN ACUERDO ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES, EN UN TERMINO DE 30 (TREINTA) AÑOS, TÉRMINO QUE SE COMPUTARÁ A PARTIR DE LA FECHA DE INICIO Y VIGENCIA DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL PRESENTE CONTRATO.=====

3. La retribución se encuentra establecida en el numeral 11.1 de la cláusula undécima y su reajuste en el numeral 11.5 del Contrato, en los términos siguientes:

CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA: DE LA RETRIBUCIÓN =====
11.1. UNA VEZ CULMINADO EL PERIODO DE PRUEBA Y SE HAGA ENTREGA DEL PRIMER ANÁLISIS DE AGUA DE LABORATORIO EXTERNO CERTIFICADO QUE CUMPLA CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL PRESENTE CONTRATO, EL CONCESIONARIO TENDRÁ DERECHO A RECIBIR EL PAGO POR EL SERVICIO, EN LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES ESTABLECIDOS EN EL PRESENTE CONTRATO. LA RETRIBUCIÓN SE EXPRESARA A TRAVÉS DE UNA TARIFA POR METRO CUBICO, LA MISMA QUE ASCENDERÁ A S/. 2.648 (DOS Y 648/100 NUEVOS SOLES) MÁS EL IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS Y SE LIQUIDARA SOBRE LA BASE DE LA COMPRA MÍNIMA GARANTIZADA DE 250M3 DIARIOS, DURANTE TODO EL PLAZO DE LA CONCESIÓN, EN CONCORDANCIA CON EL NUMERAL 10.1 DEL PRESENTE CONTRATO. EN TAL SENTIDO EL MONTO TOTAL MENSUAL A FACTURAR, EN RAZÓN A 365 DÍAS AÑOS DIVIDIDO EN 12 MESES, SERÁ DE S/. 20,135.83 (VEINTE MIL CIENTO TREINTA Y CINCO CON 83/100 NUEVOS SOLES) MÁS EL IGV=====

11.5. EI VALOR DE LA RETRIBUCIÓN A SER PAGADA A EL CONCESIONARIO DEBERÁ SER AJUSTADA POR MOTIVO DE (I) VARIACIÓN DE ÍNDICES DE PRECIOS UNIFICADOS DE LA CONSTRUCCIÓN CORRESPONDIENTES AL ACERO, PETRÓLEO, EQUIPO IMPORTADO Y OTROS; Y (II) VARIACIÓN EN EL ÍNDICE GENERAL DE PRECIOS AL POR MAYOR (IPM).=====

4. El 16 de agosto de 2013 se suscribió la Primera Adenda al Contrato incorporando al objeto de la concesión, una segunda planta de tratamiento de aguas residuales para un volumen de 800 metros cúbicos diarios.

5. El 12 de febrero de 2014 se suscribió la Segunda Adenda al Contrato, incluyendo precisiones y modificaciones relacionadas con la definición y operatividad de los bienes de la concesión, caducidad de la concesión, garantías de la concesión, entre otras.

II. EL CONVENIO ARBITRAL

6. El Convenio Arbitral está contenido en la cláusula vigesimoprimera: **SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS** del Contrato, en los términos siguientes:

CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: SOLUCION DE CONTROVERSIAS =====
TODA CONTROVERSIA RELACIONADA O DERIVADA DE LA EJECUCIÓN O INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO, INCLUIDAS
LAS RELATIVAS A SU VALIDEZ, EFICACIA O TERMINACIÓN, SERÁN RESUELTAS MEDIANTE TRATO DIRECTO ENTRE LAS
PARTES.=====

EN CASO LAS PARTES NO RESOLVIERAN EL CONFLICTO Ó INCERTIDUMBRE SUSCITADA, DEBERA SER RESUELTA
MEDIANTE ARBITRAJE DE DERECHO. TODO ARBITRAJE SE LLEVARÁ A CABO CONFORME CON LOS REGLAMENTOS Y EL
ESTATUTO DE CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE
LIMA A CUYAS NORMAS, ADMINISTRACIÓN Y DECISIÓN SE SOMETEN LAS PARTES EN FORMA INCONDICIONAL,
DECLARANDO CONOCERLAS Y ACEPTARLAS EN SU INTEGRIDAD.=====

EL TRIBUNAL ARBITRAL ESTARÁ INTEGRADO POR TRES ÁRBITROS, DOS DE LOS CUALES SERÁN ELEGIDOS POR CADA
UNA DE LAS PARTES, Y EL TERCERO, QUE PRESIDIRÁ EL TRIBUNAL ARBITRAL SERÁ DESIGNADO POR MUTUO ACUERDO,
POR LOS ÁRBITROS DESIGNADOS POR LAS PARTES. LA DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS SE REGIRÁ POR EL
REGLAMENTO DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO
DE LIMA. =====

EL LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL SERÁ DEFINITIVO E INAPELABLE, ASÍ COMO DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO Y
EJECUCIÓN ENTRE LAS PARTES.=====

III. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

7. El abogado Carlos Paitán Contreras fue designado árbitro por el Concesionario, quien aceptó el encargo. Por su parte, el abogado Rony Salazar Martínez fue designado árbitro por el Concedente, quien también aceptó la designación.
8. De esta forma, ambos árbitros designaron como árbitro presidente al abogado Juan Alberto Quintana Sánchez, quien aceptó dicha designación el 18 de diciembre de 2021, quedando así constituido el Tribunal Arbitral.

IV. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL

DE LAS ÓRDENES PROCESALES, DEMANDA Y CONTESTACIÓN, DETERMINACIÓN DE CUESTIONES CONTROVERTIDAS, ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS, AUDIENCIA Y ALEGATOS

9. Mediante Orden Procesal N° 1 del 6 de enero de 2022 se otorgó a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles para que manifestaran sus comentarios al proyecto de reglas y calendario procesal
10. El Demandante presentó su escrito de demanda y ofreció medios probatorios el 22 de marzo de 2022, es decir dentro del plazo otorgado.
11. Mediante Orden Procesal N° 2 del 21 de enero de 2022, el Tribunal Arbitral fijó las reglas definitivas del proceso y el Calendario de Actuaciones, otorgando al Demandante el plazo de veinte días para presentar la demanda arbitral.
12. Mediante Orden Procesal N° 3 del 28 de enero de 2022 se ratificó que se había dejado sin efecto el mandato de inscripción del proceso arbitral en el SEACE.
13. El 18 de febrero de 2022, dentro del plazo concedido, el Demandante presentó su demanda arbitral y ofreció medios probatorios.
14. Mediante Orden Procesal N° 4 del 24 de marzo de 2022 se dejó constancia que la Demandada no contestó la demanda arbitral, se fijaron los puntos controvertidos y se tuvieron por admitidos los medios probatorios ofrecidos por el Demandante, recordando a las partes que el 9 de mayo de 2022 se llevaría a cabo la Audiencia Única según el Calendario de Actuaciones.
15. El 28 de marzo de 2022, la Demandada formuló recurso de reconsideración contra la Orden Procesal N° 4, manifestando que el 18 de marzo de 2022 cumplió con remitir su escrito de contestación a los correos de la secretaría arbitral y de su contraparte.
16. Mediante Orden Procesal N° 5 del 29 de marzo de 2022 se dio cuenta de los informado por la Secretaría Arbitral en el sentido que el escrito de contestación fue remitido al correo de la secretaria arbitral a cargo y a los correos de la parte demandante; que, sin embargo, este documento quedó retenido por lo cual no se encontraba en la bandeja de entrada de la secretaría. Por lo indicado, el Tribunal Arbitral dispuso declarar fundada la reconsideración y, en consecuencia, dejó sin

efecto la Orden Procesal N° 4, tuvo por contestada la demanda, incluyendo la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, otorgando el plazo de veinte días hábiles para su absolución por el Demandante. Se exhortó a las partes a cumplir con las reglas del proceso y enviar los documentos con copia a los correos del Tribunal Arbitral, secretaría y contraparte.

17. El 19 de abril de 2022, dentro del plazo concedido, el Demandante absolvió la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa formulada por la Demandada.
18. Mediante Orden Procesal N° 6 del 26 de abril de 2022 se fijaron los puntos controvertidos y se tuvieron por admitidos los medios probatorios ofrecidos por las partes, recordando que el 9 de mayo de 2022 se llevaría a cabo la Audiencia Única según el Calendario de Actuaciones.
19. El 9 de mayo de 2022 se llevó a cabo la Audiencia Única con la presencia de ambas partes, las que tuvieron plena oportunidad de exponer su caso y responder las preguntas formuladas por los miembros del Tribunal Arbitral.
20. El 23 de mayo de 2022, según el Calendario de Actuaciones, ambas partes presentaron sus respectivos alegatos escritos.
21. Mediante Orden Procesal N° 7 del 31 de mayo de 2022 se dispuso el cierre de la instrucción del proceso y se fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39° del Reglamento de Arbitraje.

V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

22. En forma previa al análisis de la materia controvertida y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por el Tribunal Arbitral en el presente arbitraje, corresponde señalar lo siguiente:

Del marco legal

- (i) De acuerdo con el convenio arbitral las partes establecieron que el arbitraje será **INSTITUCIONAL, NACIONAL** y de **DERECHO**.
- (ii) El proceso se rige por las reglas establecidas en el Reglamento de Arbitraje 2017 de la Cámara de Comercio de Lima, el Decreto Legislativo N° 1071 y a criterio del Tribunal Arbitral, los principios, usos y costumbres en materia arbitral.

- (iii) Las normas aplicables al fondo de la controversia, de acuerdo con el Contrato están previstas en la cláusula primera, según se aprecia a continuación:

CLÁUSULA PRIMERA: NORMAS LEGALES APLICABLES.=====

1.1 EL PRESENTE CONTRATO DE CONCESIÓN SE CONFIERE AL AMPARO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1012, EN CONCORDANCIA CON LAS NORMAS LEGALES EN MATERIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA.=====

EL MARCO NORMATIVO DEL PRESENTE CONTRATO ADMINISTRATIVO LO COMPLEMENTAN LAS SIGUIENTES NORMAS, SIN QUE SU ENUNCIACIÓN SEA LIMITATIVA.=====

- LEY N° 27972, LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES.=====
- DECRETO LEGISLATIVO N° 1012. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY MARCO DE ASOCIACIONES PÚBLICO – PRIVADA PARA LA GENERACIÓN DE EMPLEO PRODUCTIVO Y DICTA NORMAS PARA LA AGILIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA.=====
- DECRETO SUPREMO N° 146-2008-EF REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1012.=====
- ORDENANZA 867-MML REGLAMENTO PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LIMA METROPOLITANA.=====
- LEY N° 28059. LEY MARCO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN DESCENTRALIZADA.=====
- D.S. N° 015-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY MARCO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN DESCENTRALIZADA.=====
- D.S. N° 059-96-PCM, TUO DE LAS NORMAS CON RANGO DE LEY QUE REGULAN LA ENTREGA EN CONCESIÓN AL SECTOR PRIVADO DE LAS OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS.=====
- D.S. N° 060-96-PCM, REGLAMENTO DEL D.S. N° 059-96-PCM.=====

- (iv) Los hechos a los que se refiere el análisis del caso son los establecidos en los Antecedentes, en concordancia con la información que obra en los actuados del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente Laudo.
- (v) El Tribunal Arbitral, conforme lo establecido en el Artículo 139° numeral 1 de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y, por lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza.
- (vi) En caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral queda facultado para establecer reglas adicionales, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa.
- (vii) Asimismo, el Tribunal Arbitral se encuentra especialmente facultado para proseguir con el proceso arbitral a pesar de la inactividad de una o ambas partes, así como a dictar el laudo basándose en lo ya actuado. Además, está facultado para solicitar a las partes aclaraciones o informes en cualquier etapa del procedimiento.

De la competencia del Tribunal Arbitral

- (viii) La designación de los miembros del Tribunal Arbitral se efectuó de acuerdo con las reglas establecidas en el Convenio Arbitral. Ambas partes aceptaron la designación de los árbitros. Ni el Demandante ni el Demandado recusaron a los árbitros, ni impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento.

Del ejercicio legítimo e irrestricto del derecho de defensa de las partes

- (ix) El Demandante presentó su demanda dentro de plazo y la Demandada fue debidamente emplazada con dicha demanda, contestándola en forma oportuna.
- (x) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de derecho, habiendo tenido amplia oportunidad de presentar sus alegatos escritos y de informar oralmente, con la participación de sus abogados, respetando en todo momento el Tribunal Arbitral el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las partes.

Del laudo

- (xi) El laudo firmado por los miembros del Tribunal Arbitral será depositado en el Centro y notificado a las partes a través de correo electrónico.
- (xii) El Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.
23. Asimismo, el Tribunal Arbitral considera necesario resaltar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza en el Tribunal Arbitral a las pretensiones planteadas, de acuerdo con lo consagrado por los principios generales en materia probatoria.
24. De igual forma, el Tribunal Arbitral deja establecido que podrá analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado. De ser el caso, si decide pronunciarse sobre alguno de ellos y de ello resulta que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre uno o varios de los otros con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, omitirá pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.
25. El Tribunal Arbitral deja constancia de que en el estudio, análisis y consideración del presente arbitraje ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de estos, de manera que la no referencia a un

argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

26. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que: *“El Árbitro Único tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”*.
27. Además, el Tribunal Arbitral señala que constituye un criterio unánimemente aceptado que los jueces (extensible a los árbitros) no están obligados a exponer y refutar en sus sentencias todos y cada uno de los argumentos de las partes ni a reseñar el modo en que ha ponderado todas y cada una de las pruebas producidas.¹ La eventual ausencia de mención en este laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que el Tribunal Arbitral haya dejado de sopesar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.
28. Que, el presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

VI. ANÁLISIS DE LAS MATERIAS CONTROVERTIDAS

29. En el presente Laudo Arbitral, las decisiones arbitrales se adoptan bajo el siguiente esquema:
 - A. Excepción de Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa
 - B. Incumplimiento contractual

¹ **Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo:** *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires–Santa Fe, 1992, tomo 5, comentario al artículo 163, p. 406.

El Tribunal Constitucional ha confirmado este criterio, al señalar: “En primer lugar, expedida por los emplazados, obrante a fojas veintitrés, según se desprende de la sentencia el Tribunal Constitucional considera que no se ha violado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En efecto, como antes se ha expresado, dicho atributo no garantiza que el juzgador tenga que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de los extremos en los que el actor apoyó parte de su defensa procesal. Es suficiente que exista una referencia explícita a que no se compartan los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso, lo que cumple con efectuarlo la sentencia cuestionada, especialmente en el tercer considerando.” (Exp. Nro. 1230-2002-HC/TC, FJ. 13).

En igual sentido: “Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.” (Exp. Nro. 03864-2014-PA/TC, FJ. 27).

- C. Pago del cargo por agua residual captada
 - D. Resarcimiento por daños y perjuicios
 - E. Responsabilidad por cierre de suministro de agua residual sin tratamiento
 - F. Reajuste de la Tarifa por Incremento Acumulado del Índice de Precios al Consumidor
 - G. Costos del Arbitraje
30. A continuación, el Tribunal Arbitral procede a desarrollar las posiciones de las partes y resolver los puntos controvertidos vinculados a cada una de las pretensiones de la demanda arbitral, en el orden antes precisado.

A. EXCEPCIÓN DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

POSICIÓN DEL DEMANDADO

31. Señala que con la prueba N° A-25 contenida en la demanda, el Demandante adjunta la Carta 071-2021-CW-ASM de fecha 26 de julio de 2021, en donde en su referencia b) se encuentra la Carta N° 2037-2021-ESCE recibida el 23-07.2021. Indica que esta segunda Carta es un documento expedido por “SEDAPAL”, con ASUNTO: *SOLICITA RECONSIDERAR COBRO POR AGUA RESIDUAL SIN TRATAMIENTO*” en dicha carta se menciona como referencia documentaria: *a) Carta N° 043-2021-CW-ASM del 25.05.2021 y b) Carta N° 066-2021-CW-ASM del 15-07-2021. En su contenido, señala: “En atención a los documentos de la referencia a) y b) en concordancia con lo señalado por el Equipo Regulación de la Gerencia de Asuntos Legales y Regulación mediante Informe N° 107-2019-ER, comunico a usted lo siguiente respecto a su solicitud de **RECONSIDERAR** el cobro por el suministro de agua residual sin tratamiento”. De acuerdo con lo señalado y en cumplimiento del Contrato suscrito, le solicitamos realizar el pago de la deuda total ascendente a S/ 553,110.84(...)”*
32. Refiere que el Demandante, por acción e interés propia sin participación de la Entidad, reconsideró el cobro del suministro de agua sin tratamiento, en esa medida con la actuación administrativa del Demandante, asumió la responsabilidad ante SEDAPAL de accionar los mecanismos y recursos administrativos para cuestionar el cobro, debiendo actuar el Demandante con la diligencia necesaria, con la interposición de recursos de reconsideración, apelación y de ser el caso recurrir a instancia administrativas superiores a SEDAPAL.

33. Menciona que en el documento de SEDAPAL Carta N° 2037-2021-ESCE y sus referencia *a)* Carta N° 043-2021-CW-ASM del 25.05.2021 y *b)* Carta N° 066-2021-CW-ASM del 15-07-2021, hay una actuación administrativa (que no adjuntaron en la demanda), en donde no se verifica el agotamiento de la vía administrativa, razón a ello y por convenir a su derecho deduce la excepción, toda vez que el Demandante mediante esta acción arbitral pretende el pago de S/ 553,110.84, conforme a las pretensiones de su demanda, pues como podrá entender el Tribunal Arbitral, si existe una pretensión económica sujeta cuestionamiento de índole administrativo, es necesario que el Demandante cumpla con agotarla, razón por la cual considera que debe ampararse la excepción.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

34. Solicita que se declare improcedente la excepción, por tanto y en cuanto las pretensiones planteadas en la demanda no requieren ningún agotamiento de vía administrativa, al ser de carácter contractual, o de forma subordinada que se declare infundada.
35. Señala que la Entidad aduce erradamente que, mediante las cartas N°043-2021-CW-ASM y N° 066-2021-CW-ASM, su representada asumió responsabilidad ante SEDAPAL de accionar los mecanismos y recursos administrativos para cuestionar el cobro, debiendo actuar el Demandante con diligencia necesaria, con la interposición de recursos de reconsideración, apelación y de ser el caso recurrir a instancias administrativas superiores a SEDAPAL. Asimismo, sostiene que, de la Carta N° 2037-2021-ESCE y sus referencias las cartas N°043-2021-CW-ASM y N° 066-2021-CW-ASM, ~~la~~ una actuación administrativa, en donde no se verifica el agotamiento de la vía administrativa.
36. Al respecto señala que la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa se encuentra regulada en el artículo 446 inciso 5 del Código Procesal Civil; mediante la cual, por regla los administrados antes de acudir a cualquiera de los procesos judiciales deben reconocer la competencia jurídica de la Administración Pública para conocer previamente sobre lo ocurrido en su ámbito. La regla está concebida, para que las entidades administrativas tengan la oportunidad y la posibilidad de conocer y resolver sobre cualquier controversia que su actuación u omisión puedan producir en la esfera de intereses o derechos de los administrados, con anticipación a que sea sometido el diferendo a la función jurisdiccional.
37. Menciona que se pretende confundir al Tribunal Arbitral alegando que se ha omitido este requisito procesal, sin tomar en cuenta que se trata de dos (2) relaciones

contractuales distintas, i) un Contrato de Concesión y ii) un Contrato de Suministro de agua residual sin tratamiento suscrito entre SEDAPAL y su representada. Si bien es cierto que para cumplir el objeto del Contrato de Concesión se requiere del agua residual sin tratamiento, comercializada por SEDAPAL, señala que la controversia del presente proceso está relacionada al incumplimiento de la Municipalidad de la obligación contemplada en la cláusula 14.4 del Contrato de Concesión. Con la pretensión incorporada a la demanda, se pretende que el Tribunal ordene a la Municipalidad dar cumplimiento a su obligación de incorporar a la retribución el cargo por agua residual que SEDAPAL aplica. Añade que en el presente proceso arbitral no se está cuestionando la relación jurídica con SEDAPAL, por lo que nada tendría que ver una excepción de agotamiento de vía administrativa (aun cuando exista esa posibilidad) respecto a una relación contractual distinta a la que generó la presente controversia. Indica que la tarifa de S/ 0,345 por metro cúbico de agua residual sin tratamiento que cobra SEDAPAL, se origina por mandato de la ley y está expresada en un contrato con SEDAPAL. Con ello, no resulta posible que su representada interponga recursos administrativos para cuestionar el cobro (mediante la interposición de recursos de reconsideración, apelación y de ser el caso recurrir a instancias administrativas superiores) como alega la Municipalidad. Por lo expuesto, solicita al Tribunal que declare improcedente la excepción de falta de agotamiento de vía administrativa, deducida por la Municipalidad.

38. Añade a lo anterior que respecto a las cartas N° 043-2021-CW-ASM y N° 066-2021-CW-ASM, no se refieren al recurso administrativo de reconsideración, sino es una solicitud a SEDAPAL de reconsiderar el cobro de agua residual, tomando en cuenta la priorización del agua para consumo humano frente a otros usos y la obligación de preferir agua tratada para riego de áreas verdes, entre otras consideraciones; pese a sus reiterados pedidos hasta la fecha SEDAPAL sigue aplicando la tarifa establecida en el Contrato de Suministro, facturando mes a mes, como se le ha ido poniendo en conocimiento de la Municipalidad.
39. Precisa que las referidas cartas no se consideraron relevantes para incluirlas en la demanda, dado que se trataron de solicitudes que realizó a SEDAPAL, sin éxito; lo relevante de la Carta N° 2037- 2021-ESCE (Prueba A-25) es que señala el monto de S/ 553,110.84 adeudado a SEDAPAL por el periodo comprendido entre el 18.01.2018 al 30.06.2021. Por lo expuesto, no se ha configurado un procedimiento administrativo previo entre ASM y SEDAPAL, por lo que corresponde declarar infundada la excepción deducida.
40. Refiere que la controversia se origina en el incumplimiento de la Municipalidad de la obligación establecida en el numeral 14.4 del Contrato de Concesión, por lo que la Municipalidad tiene claramente una obligación establecida en dicho numeral, referida

a pagar cualquier cargo fijado por el agua residual a ser captada para la ejecución del Contrato de Concesión. Señalar que el cargo fijado por agua residual puede ser fijado “*por mandato legislativo, judicial, administrativo o de otra índole*”, lo cual incluye evidentemente, el contrato de suministro de agua residual sin tratamiento entre SEDAPAL y su representada, que respondió a un cambio sobreviniente en las normas jurídicas que regulaban la contraprestación de terceros a las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento por la disposición del agua residual sin tratamiento, siendo de aplicación de los artículos 23 (numeral 23.1) y 28 (numerales 2.8.1 y 28.2) del Reglamento de la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, aprobado por Decreto Supremo Nro. 013- 2016-VIVIENDA y el artículo 26 del Decreto Legislativo Nro. 1280 que aprobó la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, norma expresa que permitía la comercialización de agua residual sin tratamiento por parte de las EPS, percibiendo ingresos producto de la disposición del agua residual; razón por la cual, SEDAPAL exigió a Aguas de San Miguel la suscripción del Contrato de Suministro de Aguas Residual sin Tratamiento. En ese sentido, lo que se pretende es que la Municipalidad cumpla lo expresamente señalado en la cláusula 14.4 del Contrato de Concesión, respecto al pago de la tarifa de agua residual, la cual está establecida en el Contrato de Suministro suscrito con SEDAPAL.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

41. El agotamiento de la vía administrativa, cuya omisión fundamenta esta excepción deducida por la Entidad, supone que existan algunos elementos que la hagan exigible. Moron Urbina² señala al respecto que la regla del agotamiento de la vía administrativa exige a los administrados que, antes de acudir a la autoridad jurisdiccional “*deben reconocer la competencia jurídica de la Administración Pública para conocer previamente sobre lo ocurrido en su ámbito.*” Según el mismo autor, “*la regla está concebida, para que las entidades administrativas tengan la oportunidad y la posibilidad de conocer y resolver sobre cualquier controversia que su actuación u omisión puedan producir en la esfera de intereses o derechos de los administrados, con anticipación a que sea sometido el diferendo a la función jurisdiccional.*” Refiere además que esta regla “*convierte al procedimiento administrativo en el presupuesto de admisibilidad de las demandas contra la Administración*”, “*asume que para demandar al Estado resulta indispensable, como regla general, acudir al reclamo administrativo previo hasta agotar la instancia*”, de modo tal que “*de iniciar un proceso judicial sin agotar la instancia administrativa, el Estado está facultado para oponerse a la prosecución del proceso por medio de: la cuestión prejudicial (vía penal) y la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (vía civil).*”

² Morón Urbina, J. C. (2003). Reflexiones Constitucionales sobre la Regla del Agotamiento de la Vía Administrativa. *Foro Jurídico*, (02), 184-191. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18300>

42. Se trata pues de una prerrogativa que se reserva el Estado, en virtud de la cual una autoridad administrativa que emite determinado acto administrativo puede exigir, a través de esta excepción, que antes de ser emplazada jurisdiccionalmente respecto de la validez o eficacia de dicho acto, previamente se le permita revisar su propio pronunciamiento en sede administrativa, para lo cual el justiciable debe recurrir primero a dicha vía como *“presupuesto de admisibilidad de las demandas contra la Administración.”*
43. De modo tal que el planteamiento que da soporte a una excepción de esta naturaleza es que la autoridad administrativa emplazada en vía jurisdiccional por un administrado, respecto de un acto administrativo emitido por esta, tiene el derecho de decirle al juzgador que, antes de avocarse a conocer y resolver sobre el cuestionamiento planteado respecto de su decisión, le exija al administrado que retorne a la vía administrativa para que la propia autoridad administrativa revise su legalidad.
44. Entonces, lo primero que subyace en este planteamiento es una situación jurídica en la que participa una autoridad administrativa que adopta una decisión respecto de un administrado, que debe soportar los efectos de esta. Un segundo elemento es el desacuerdo del administrado sobre la legalidad de la decisión administrativa y la existencia de un procedimiento reglado ante la misma autoridad que permita su reversión. Será frente a tal circunstancia que esta última podrá exigir al administrativo que antes de acudir a la vía jurisdiccional transite obligatoriamente por dicho procedimiento administrativo.
45. Tal como se refiere en la Casación N° Casación 527-2016, LORETO del 10 de marzo de 2017, “...la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa se encuentra regulada en el artículo 446 inciso 5 del Código Procesal Civil, constituyendo un instrumento procesal destinado a lograr la conclusión del proceso y el no examen judicial con carácter definitivo de la pretensión misma, en virtud de la institución que le sirve de presupuesto, la que tiene efectos perentorios en relación a la acción, acorde con lo previsto por el artículo 451 inciso 5 de Código Procesal Civil: *“Anular lo actuado y dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de (...) falta de agotamiento de la vía administrativa (...).”* Tal excepción se opone entonces cuando se inicia un proceso civil sin haberse agotado previamente el procedimiento administrativo correspondiente y puede ser planteada no sólo en los procesos de impugnación o nulidad de acto o Resolución Administrativa, sino en cualquier otro que requiera un procedimiento administrativo previo antes del acceso a sede judicial, pues tal medio de defensa se funda en la omisión de un requisito procesal y emerge como oposición al ejercicio indebido de una acción que no ha agotado los recursos administrativos, obviándose el procedimiento al acudir directamente al órgano jurisdiccional.”

46. Será pues la autoridad administrativa emisora del acto administrativo cuestionado la primera legitimada para exigir el agotamiento de la vía administrativa y, por ende, será también esta la que podrá deducir válidamente una excepción ante el órgano jurisdiccional exigiendo que se respete el obligatorio agotamiento de la vía administrativa previa.
47. En este caso, frente a la pretensión del Demandante de que la Municipalidad asuma el incremento de la retribución por metro cúbico de agua tratada indicada en la cláusula decimoprimeras del Contrato, en función al cargo fijado por SEDAPAL por metro cúbico de agua residual sin tratamiento, señala que el Demandante debió en forma previa a acudir a este proceso arbitral, agotar la vía administrativa ante dicha Entidad, tanto más si ya la habría iniciado con las Cartas N° 043-2021-CW-ASM del 25 de mayo de 2021, N° 066-2021-CW-ASM del 15 de julio de 2021 y N° 071-2021-CW-ASM de fecha 26 de julio de 2021, las cuales constituirían un recurso de reconsideración sobre el cobro por el suministro de agua residual sin tratamiento.
48. Lo cierto del caso es que la demanda arbitral, en relación con el cargo fijado por SEDAPAL, lo que plantea es que el Tribunal Arbitral defina si ha existido incumplimiento de la Municipalidad de lo dispuesto en el numeral 14.4 de la cláusula Decimocuarta del Contrato, al no haber incorporado dicho cargo a la retribución establecida en la cláusula Decimosegunda del Contrato. La consecuencia de dicho análisis del Contrato podría ser la asunción de dicho cargo, solo en la medida que se defina la veracidad de tal incumplimiento. Para este análisis no es necesario el agotamiento de ninguna vía administrativa por parte del Demandante ante una Entidad distinta a las partes que firmaron el Contrato, sino ceñirse a los documentos contractuales que vinculan a las partes en este arbitraje. Será lo pactado por las partes en el Contrato lo que defina las consecuencias económicas que se pudieran haber generado.
49. No obstante, siendo que el principal fundamento de la Municipalidad para sustentar esta excepción está referido a las cartas presentadas por el Demandante a SEDAPAL, el Tribunal Arbitral se ha detenido a evaluar su contenido, a efectos de determinar si realmente estas constituyen o equivalen a un recurso de reconsideración de acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General.
50. La Carta N° 043-2021-CW-ASM del 25 de mayo de 2021, en la parte introductoria y final, tiene el siguiente texto:

Por medio de la presente, nos dirigimos a usted en virtud a la carta de la referencia, mediante el cual nos comunican que hasta la fecha se viene generando una deuda ascendente a S/ 527,036.09 soles por el suministro de agua residual sin tratamiento que se derivan hacia las Plantas de Tratamiento de Agua Residual San Miguel I y II, y que atienden el servicio de riesgo de parques y jardines de la Municipalidad Distrital de San Miguel.

Asimismo, motiva la presente carta la reunión virtual sostenida el día 18 de mayo último, con participación de personal de diversas áreas de SEDAPAL y de la Municipalidad de San Miguel, en virtud de la cual se acordó que nuestra empresa remita la presente carta en calidad de propuesta, con el fin de que sea evaluada por parte de SEDAPAL.

Al respecto, en virtud de lo establecido en el inciso 20 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, en virtud al derecho de petición al cual tenemos irrestricto derecho, solicitamos por este medio tengan a bien **RECONSIDERAR** el cobro de dicha suma de dinero y la que se genere en el futuro por el suministro de agua residual cruda, toda vez que dicha cobranza conlleva un **IMPACTO** a todas luces **NEGATIVO** para el ciudadano y para su derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

(...)

Sin otro particular, quedamos de usted, no sin antes reiterarle que efectuamos la presente solicitud con el fin de que se evite una situación de afectación al derecho de ciudadano de San Miguel, y de Lima Metropolitana en general, a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida, como indica la Constitución Política del Perú.

51. No se aprecia en ningún extremo de esta carta un recurso de reconsideración, en los términos de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la cual ni siquiera es citada en el documento. El hecho de que se emplee el término “reconsiderar” no convierte a este pedido en un recurso administrativo. Por su parte, la carta N° 066-2021-CW-ASM del 15 de julio de 2021 no es más que un reiterativa de la carta precedente.
52. De manera tal que, en criterio de este Tribunal Arbitral, en este caso no es requisito agotar la vía administrativa ante SEDAPAL para plantear la dilucidación de los alcances obligacionales del Contrato, respecto de la existencia o no de la obligación de la Municipalidad de asumir el incremento de la retribución por metro cúbico de agua tratada indicada en la cláusula decimoprimeras del Contrato, en función al cargo fijado por SEDAPAL por metro cúbico de agua residual sin tratamiento.
53. Atendiendo a lo expuesto, corresponde declarar infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa deducida por la Municipalidad.

B. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Determinar si corresponde o no que, el Tribunal Arbitral declare que la Municipalidad ha incumplido con lo dispuesto en el numeral 14.4 de la cláusula Decimocuarta del Contrato, esto es, no ha cumplido con incorporar, a la retribución establecida en la cláusula Decimosegunda del Contrato, el cargo por el agua residual a ser captada por ASM para la ejecución del Contrato.

Determinar si corresponde o no que, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 14.4 de la cláusula Decimocuarta del Contrato, el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad establecer de forma inmediata el incremento de la retribución por metro cúbico de agua tratada indicada en la cláusula decimoprimera del Contrato, incremento que deberá ser exactamente igual al cargo fijado SEDAPAL por metro cúbico de agua residual sin tratamiento.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

54. Indica que mediante Carta Nro. 031-2020-CW-ASM de fecha 2 de marzo de 2020 y notificada a la Municipalidad el 3 de marzo de 2020, apeló la decisión de declarar improcedente la solicitud de incremento de precio por metro cúbico de agua tratada, comunicada mediante Carta Nro. 07-2020-GAF/MDSM notificada el 28 de febrero de 2020, sin que hasta la fecha ASM haya tenido respuesta alguna. Señala haber dejado constancia de esta falta de respuesta en numerosas cartas remitidas a la Municipalidad entre los años 2020 y 2021, siendo la última de ellas la carta Nro. 042-2021-CW-ASM de fecha 25 de mayo de 2021 notificada a la Entidad con fecha 26 de mayo último. Refiere que es una empresa peruana, dedicada al propósito específico de ejecutar el Contrato, en todo lo relacionado al diseño, construcción, implementación, operación y mantenimiento de la infraestructura para el suministro de agua residual tratada para el riego de los parques y jardines, en la jurisdicción del distrito de San Miguel. Viene ejecutando el tratamiento de agua residual de dos plantas de tratamiento de aguas residuales, denominadas «PTAR San Miguel I» y «PTAR San Miguel II», con fines de reúso en riego de parques y jardines en diversos distritos de Lima, lo que ha permitido reducir los costos del recurso hídrico para riego, dado que dicha actividad suele efectuarse con agua potable. Así, su actividad permite liberar para consumo humano la cantidad de agua potable que antes era utilizada con fines de riego.
55. Precisa que la PTAR San Miguel I produce 250 metros cúbicos diarios y PTAR San Miguel II produce 800 metros cúbicos diarios de agua tratada con fines de riego. Ambas PTAR utilizan el agua residual que discurre por las tuberías de la empresa prestadora de servicios de saneamiento SEDAPAL y es captada por su representada para su tratamiento y reutilización. La Municipalidad está obligada a pagar por metro cúbico de agua tratada producida, con periodicidad mensual. Busca que se respete el acuerdo celebrado entre las partes, y en esa medida, que la Municipalidad cumpla con las obligaciones que fueron establecidas de mutuo acuerdo en el Contrato de Concesión.
56. Indica que la Municipalidad ha realizado una práctica continuada consistente en desconocer determinadas obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión,

concretamente referidas a la obligación de incorporar a la retribución, el cargo por el agua residual a ser captada para la ejecución del Contrato, cargo que viene cobrando compulsivamente SEDAPAL y que la Municipalidad pretende desconocer. En los hechos esta práctica de la Municipalidad no solamente le afecta económicamente, sino que pone en riesgo el Contrato de Concesión, ya que existe el riesgo inminente que SEDAPAL proceda con el cierre del suministro de agua residual con fines de tratamiento, con lo cual el Contrato de Concesión indefectiblemente estará destinado a su caducidad por la imposibilidad de cumplir con su obligación de tratar el agua con fines de riego. Los daños que genere ese escenario pueden llegar a ser irreparables. La Municipalidad se ha negado a cumplir con actualizar la retribución del concesionario por efecto del índice de precios al por mayor, según está expresamente establecido en el Contrato de Concesión.

57. Es por ello por lo que se ha visto obligado a iniciar este arbitraje, a fin de que sea el Tribunal Arbitral el que ordene a la Municipalidad que cumpla con sus obligaciones y, por ende, se abstenga de seguir colocando trabas para el desarrollo de la Concesión.
58. Refiere que con Acuerdo de Consejo N° 028-2010-MSM de fecha 30 de marzo de 2010, la Municipalidad autorizó la entrega en concesión, vía concurso de proyectos integrales, la construcción de una planta de tratamiento de aguas residuales para el distrito de San Miguel con fines de riego de parques y jardines. Mediante Resolución de Alcaldía N° 392-2010-MDSM de fecha 6 de julio de 2010 se aprobaron las bases del concurso de proyectos integrales para la entrega en concesión del diseño, construcción, implementación, operación y mantenimiento de una planta de tratamiento de aguas residuales para el riego de parques. Con fecha 14 de marzo de 2011 en acto público, de acuerdo con las bases de concurso de proyectos integrales N° 001-2011-MDSM, se otorgó la buena pro al Consorcio formado por las empresas CTG Capital S.A.C y EPT Perú S.A.C. (las cuales conformaron la empresa demandante Aguas de San Miguel S.A.C - ASM).
59. Con fecha 3 de mayo de 2011, se celebró el Contrato de Concesión (Prueba A-1), entre las empresas ganadoras de la buena con la Municipalidad. Posteriormente, con Acuerdo de Consejo N° 065-2013-MDSM de fecha 20 de julio de 2013, se aprobó el proyecto de Adenda N° 01 al Contrato de Concesión, incorporándose al objeto de la concesión, una segunda planta de tratamiento de aguas residuales para un volumen de 800 metros cúbicos diarios. Es así como, con fecha 16 de agosto de 2013 las partes suscribieron la Primera Adenda al Contrato de Concesión (Prueba A-1). Finalmente, con Acuerdo de Consejo N° 011-2014-MDSM de fecha 31 de enero de 2014, se autorizó la suscripción de la Adenda N° 02 al Contrato de Concesión, incluyendo precisiones y modificaciones relacionadas con la definición y operatividad de los bienes de la concesión, caducidad de la concesión, garantías de la concesión, entre

otras. En razón a ello, las partes suscriben la Segunda Adenda al Contrato de Concesión con fecha 12 de febrero de 2014 (Prueba A-1).

60. Añade que, una vez suscrito el contrato en el año 2011, e incluso sus respectivas adendas entre los años 2013 y 2014, SEDAPAL no efectuaba ningún cargo por la captación de agua residual sin tratamiento con fines de reúso. Para estos efectos, bastaba con la obtención de una factibilidad de conexión como autorización de SEDAPAL para poder iniciar las obras destinadas a la captación de aguas residuales de las tuberías de SEDAPAL, de manera que se puedan derivar a las Plantas de Tratamiento con fines de reúso. En tal sentido, a su solicitud, mediante Carta Nro. 147-2013-ERPrim de fecha 26 de noviembre de 2013 (Prueba A-2), SEDAPAL emitió Factibilidad de Uso de 9.26 l/s de aguas residuales transportadas por los colectores primarios, para el desarrollo de riego de parques y jardines en la jurisdicción del distrito de San Miguel, por lo que otorgó opinión favorable respecto al uso del colector de la Av. José de La Riva Agüero (PTAR San Miguel II). De igual manera, con Carta N° 007-2014-ET-C de fecha 3 de enero de 2014 (Prueba A-3), SEDAPAL emitió factibilidad para uso de 2.90 l/s de desagües domésticos, para riego de parques y jardines, por lo que otorgó opinión favorable respecto al uso del colector de la Av. Elmer Faucett intersección con Av. De los Precursores, distrito de San Miguel (PTAR San Miguel I). De otro lado, a fines del año 2015, obtuvo las autorizaciones (Prueba A-4) correspondientes para la construcción de la PTAR San Miguel I (Autorización Municipal Nro. 205-2015-SGOP-GDU/MDSM de fecha 29 de octubre de 2015) y San Miguel II (Autorización Municipal Nro. 203-2015-SGOP-GDU/MDSM y Nro. 204-2015-SGOP-GDU/MDSM de fecha 29 de octubre de 2015).
61. Menciona que iniciada la construcción de las Plantas de Tratamiento, mediante Carta N° 138-2016-CW-ASM de fecha 25 de agosto de 2016 (Prueba A-5), y conforme disponía la nueva normatividad, remitió a SEDAPAL una solicitud de expresión de interés de disposición de agua residual cruda (sin tratamiento) según el Decreto Legislativo Nro. 1240 (que modificó la Ley Nro. 30045), la misma que fue reiterada por conducto notarial, Carta N° 153-2016-CW-ASM, con fecha 29.09.2016 (Prueba A-5), cumpliendo cabalmente con lo dispuesto en la normativa aplicable. Luego de solicitada la aprobación de las estructuras de captación de aguas residuales de las Plantas de Tratamiento de Agua, Cartas Nro. 189y 190-2016-CW-ASM (Prueba A-6), SEDAPAL respondió con Carta Nro. 195-2016-EG-PTAR (Prueba A-7) y 023-2017-ET-C (Prueba A-8) con la exigencia de suscripción del contrato de suministro de agua residual sin tratamiento entre SEDAPAL y su representada. En razón a ello, el 19 de enero de 2017 se suscribió el contrato entre SEDAPAL y su representada (Prueba A-9) para el suministro de agua residual sin tratamiento, de manera que SEDAPAL pondría a disposición 1050 metros cúbicos diarios de agua residual sin tratamiento

(correspondiente al volumen de agua a tratar por las PTAR San Miguel I y II), y su representada se haría cargo de toda la infraestructura de tratamiento de agua residual para el riego de parques y jardines del distrito de San Miguel, en cumplimiento del contrato de concesión referido anteriormente. El Contrato de Suministro con SEDAPAL (2017) se suscribió seis años después de la firma del Contrato de Concesión que les vincula con la Municipalidad (2011). La tarifa que cobra SEDAPAL fue fijada unilateralmente por SEDAPAL en el Contrato de Suministro, por la suma de S/ 0,345 por metro cúbico de agua residual cruda (sin tratamiento) que discurre por el alcantarillado (cláusula séptima).

62. Indica que mediante Carta N° 029-2017-CW-ASM notificada con fecha 22 de febrero de 2017 (Prueba A-10), comunicó a la Municipalidad la suscripción del Contrato de Suministro, estableciendo el pago de la contraprestación a favor de SEDAPAL por el suministro de agua residual sin tratamiento por el valor de S/. 0.345 m^3 (cero con trescientos cuarenta y cinco milésimas de sol por metro cúbico de agua residual captada); y en razón a ello, solicita el reajuste respectivo del precio por agua residual tratada que debe pagar la Municipalidad; sin embargo, dicha carta no tuvo respuesta alguna. Iniciada la operación de las Plantas de Tratamiento, SEDAPAL remitió a ASM la carta Nro. 2102-2019-ESCE de fecha 19 de agosto de 2019 (Prueba A-11) mediante la cual solicitó el pago de adeudos por concepto de agua residual sin tratamiento desde el inicio de las operaciones, por el periodo comprendido desde el 1 de noviembre de 2017 hasta el 31 de julio de 2019 por el importe de S/ 272,716.29. Es así como, con Carta N° 101-2019-CW-notificada con fecha 23.08.2019 (Prueba A-11), comunicó a la Municipalidad el inicio de la facturación y cobranza por el agua residual sin tratamiento por parte de SEDAPAL (carta Nro. 2102-2019-ESCE), por el periodo comprendido desde el 01.11.2017 hasta el 31.07.2019 por el importe de S/. 272,716.29 y solicita nuevamente el incremento de precio por metro cúbico de agua tratada por aplicación del cargo de SEDAPAL de conformidad con el numeral 11.6 de la cláusula Decimo primera del Contrato de Concesión. La petición fue reiterada con Cartas Nro. 110 (Exp. 23603) y 115-2019- CW-ASM (Exp. 24115) (Prueba A-12), en esta última carta, pone en conocimiento de la Municipalidad la Carta 2431-2019-ESCE de fecha 02.10.2019, mediante la cual, SEDAPAL otorga un fraccionamiento de la deuda total, S/239, 374.80, en ocho (8) cuotas. Asimismo, SEDAPAL requirió el pago de la primera cuota por el monto de S/ 31,945.50. En ese sentido y ante la falta de respuesta de la Municipalidad, Aguas de San Miguel deslinda toda responsabilidad que pueda surgir por el posible cierre del suministro de agua residual cruda que pudiera realizar SEDAPAL y en consecuencia el cierre de la PTAR San Miguel I y San Miguel II por el incumplimiento de pago del mencionado suministro.

63. Señala que la Municipalidad denegó el pedido de reajuste mediante carta Nro. 048-2019-GAF/MDSM del 8 de noviembre de 2019 (Prueba A-13), ante lo cual solicita una reconsideración mediante carta Nro. 129-2019-CW-ASM de fecha 15 de noviembre de 2019 (Prueba A-14), en el cual se dejó con toda claridad que el pago del cargo por agua residual captada por EL CONCESIONARIO es una obligación contractual de la Municipalidad, a la luz de lo señalado en el numeral 14.4. de la cláusula decimocuarta del Contrato.
64. Precisa que la Municipalidad reiteró su posición de desconocer su obligación contractual mediante Carta Nro. 07-2020-GAF/MDSM de fecha 17 de febrero de 2020, notificada el 25 del mismo mes (Prueba A-15), ante lo cual ASM apeló mediante Carta Nro. 031-2020-CW-ASM recibida por la Municipalidad el 03 de marzo de 2020 (Expediente Nro. 5879) (Prueba A-16), la cual hasta el momento no ha tenido respuesta alguna, pese a múltiples reiterativos remitidos entre los años 2020 y 2021 solicitando un pronunciamiento al respecto. De igual modo, mediante Carta Nro. 021-2021-CW-ASM de fecha 11 de marzo de 2021 (Prueba A-17), remitida por correo electrónico a la mesa de partes de la Municipalidad, se solicitó el Incremento de precio por metro cúbico de agua tratada, por ajuste del Índice de Precios al por Mayor (IPM), conforme lo estipulado en el numeral 11.5. de la cláusula decimoprimer del Contrato de Concesión y la cláusula sexta numeral 6.5 de la Adenda N° 01. Esta carta no tuvo ninguna respuesta.
65. Agrega que la Municipalidad se ha negado en reiteradas oportunidades a dar cumplimiento al incremento de precio, pese a que es una obligación expresamente establecida en el Contrato de Concesión. Mientras tanto, SEDAPAL ha continuado con la cobranza del cargo por agua residual sin tratamiento, remitiendo las respectivas facturas, las cuales ha trasladado, sin éxito, a la Municipalidad, ya que es esta Entidad la que debe afrontar el pago de ese cargo por agua residual sin tratamiento.
66. Indica que la cláusula decimocuarta del Contrato de Concesión (Prueba A-1), numeral 14.4, señala: *“14.4. En caso que por mandato legislativo, judicial, administrativo o de otra índole, se fije un cargo por el agua residual a ser captada por EL CONCESIONARIO, dicho coste será incorporado de forma automática en el cálculo y liquidación de la retribución”*.
67. Precisa que el pago de la retribución es una obligación de cargo de la Municipalidad, y siendo que ha sido fijado un cargo por el agua residual captada por el Concesionario y pagadero a SEDAPAL corresponde entonces que se incorpore ese costo de forma automática en el cálculo y liquidación de la retribución a su favor. No existe razón fáctica ni jurídica para que la Municipalidad se exima o evada su obligación de pago por el suministro de aguas residuales no tratadas; resulta todo lo contrario, la Municipalidad sí tiene esa obligación claramente establecida en el numeral 14.4 del

Contrato de Concesión. El numeral 14.4 antes citado estipula claramente que el cargo fijado por agua residual puede ser fijado “por mandato legislativo, judicial, administrativo o de otra índole”, lo cual incluye el contrato de suministro de agua residual sin tratamiento suscrito con SEDAPAL, el cual respondió a un cambio sobreviniente en las normas jurídicas que regulaban la contraprestación de terceros a las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento por la disposición del agua residual sin tratamiento.

68. Precisa que el Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA que aprobó el Reglamento de la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, publicado el 24 de julio de 2016 estableció que las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (“EPS”) perciben ingresos producto del suministro de agua residual sin tratamiento. Cita los artículos 23 (numeral 23.1) y 28 (numerales 28.1 y 28.2) del citado Reglamento, cuya aplicación generó que las EPS pasasen a percibir ingresos producto de la disposición del agua residual, y, por ello, SEDAPAL (siendo EPS) estableció en el Contrato de Suministro de agua residual la tarifa de S/ 0.345 por metro cúbico de agua residual.
69. Añade que el Decreto Legislativo N° 1280 aprobó la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, vigente al momento de la suscripción del Contrato de Concesión, incorporó la facultad de las EPS de “comercializar el agua residual sin tratamiento”, en lugar de “disponer” como antes señalaba la derogada Ley N° 30045, tal como se indica en el artículo 26. Es por lo que SEDAPAL, siendo entidad administrativa (o de la Administración Pública) conforme lo establece la Ley de Procedimiento Administrativo General, estableció la tarifa de S/ 0.345 por metro cúbico de agua residual, la misma que figura en el Contrato de Suministro de Agua Residual sin Tratamiento de fecha 19.01.2017. Por tanto, existe una norma expresa (de rango legal) y una entidad de la administración pública que fijó la tarifa (SEDAPAL) para efectos de la aplicación del numeral 14.4. del Contrato de Concesión primigenio.
70. Menciona que el Reglamento de la Ley derogada (aprobado por Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA) resultaba norma aplicable en tanto se mantenía vigente en cumplimiento de la primera disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo N° 1280. Es por lo que la base legal del Contrato de Suministro de agua residual sin tratamiento incluye el Decreto Legislativo N° 1280 y el Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA, en tanto que, hasta el momento de su suscripción, 19 de enero de 2017, aún no había sido aprobado el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1280.

71. Señala que la Municipalidad se ha negado de forma sistemática a incorporar el cargo por agua residual sin tratamiento a la retribución del concesionario. Lo anterior implica un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo de la Municipalidad que viene causando un serio problema en la ejecución del Contrato de Concesión. La importancia de esta obligación es reconocida por las partes, dado que este incumplimiento de la Municipalidad pone en riesgo latente el cierre de los suministros de agua residual por falta de pago. Anota que según lo establecido en el artículo 1229 del Código Civil, la prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado. En esa medida, es la Municipalidad quien tiene la carga de la prueba de acreditar que cumplió con su obligación de haber incorporado a la retribución al Concesionario de forma automática el costo por el metro cúbico de agua sin tratamiento cargado por SEDAPAL. La Municipalidad no podrá cumplir con la carga de la prueba, sino que, por el contrato, indica la Demandante haber acreditado que la Municipalidad no ha cumplido con su obligación contractual de forma reiterada. Por ello solicita que la primera pretensión principal se declare fundada.
72. Señala que declarada fundada la primera pretensión principal, la consecuencia lógica y jurídica es que se remedie la situación de incumplimiento en que ha incurrido la Municipalidad. La primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal plantea que se dé cumplimiento estricto a lo que dispone el numeral 14.4 de la cláusula decimocuarta del Contrato de Concesión, que se incorpore de forma automática a la retribución en su calidad de concesionario, el monto equivalente al cargo por metro cúbico de agua sin tratamiento que viene cobrando SEDAPAL. Por tanto, al declarar fundada la presente pretensión accesoria a la principal, deberá establecerse el correspondiente reajuste de la retribución del concesionario, incorporando la tarifa por agua cruda sin tratamiento que viene cobrando SEDAPAL, conforme lo expresamente dispuesto en el numeral 14.4 de la cláusula decimocuarta del Contrato de Concesión.

POSICIÓN DEL DEMANDADO

73. Señala que el Demandante pretende una acción automática de cálculo como consecuencia de actos de disposición y gestión propia (sin intervención de la Entidad) que en efecto varían las condiciones del contrato, dicho esto, al afectar las condiciones económicas, el Demandante se encontró en la obligación y diligencia de invocar la ruptura del equilibrio económico – financiero, regulado en numeral 14.3 de la cláusula décimo cuarta del Contrato, previo a la contratación con SEDAPAL, pues ahora por una decisión unilateral del Demandante, pretende que las condiciones reguladas (legales, ilegales o arbitrarias) por SEDAPAL sean trasladadas a la Entidad, situación que a todas luces resulta contraria a sus intereses, puesto que se decide por implicancias

económicas que varían condiciones fundamentales de la concesión, siendo necesario e indispensable, tratativas previas entre las partes con análisis y estudio necesarios para una decisión acorde a los interés de las partes, no obstante verifica que el Demandante actuó de manera directa, propia y con consecuencia jurídicas imputables a ellos mismos y que ahora pretenden trasladar bajo pretexto de la formula del numeral 14.4 de la cláusula décimo cuarta del contrato.

74. Indica que es improcedente la pretensión principal del Demandante, puesto que el Equilibrio Económico y Financiero del Contrato, regula un procedimiento que el Demandante ha omitido, procedimiento que se encuentra regulado en la cláusula decimocuarta del Contrato, en donde se regula un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico financiero por causas sobrevinientes al contrato, como son: cambio de los estándares y normas ambientales, cambios en la legislación aplicable y otros hechos de fuerza mayor o caso fortuito, variaciones macroeconómicas (inflación de tasa de interés, aumento de insumos críticos) o cambiarias que afectan la ecuación económica financiera del contrato, incluyendo la variación en la tarifas.
75. Refiere que el contrato regula mecanismo para solucionar estos aspectos económico financieros, el mismo que se encuentra en numeral 14.3 de la cláusula décimo cuarta del contrato, y que señala: encaso de invocación de la ruptura del equilibrio económico-financiero, el supervisor del contrato (*la entidad*) deberá ratificar o denegar la invocación de la ruptura del equilibrio económico financiero por una de las partes, así como determinar el monto de compensación permita restituir dicho equilibrio.
76. Concluye señalando que el Demandante no ha invocado ruptura del equilibrio económico, pese a tener conocimiento previo que las condiciones económicas y financieras variarían las condiciones de la concesión y que están harían inviable la concesión. Que el Demandante suscribió contrato con SEDAPAL posterior a la fecha de contrato de concesión y sus adendas, estando a ello, el Demandante ha tenido pleno conocimiento de las condiciones y regulación del contrato de concesión, siendo que toda decisión propia debe ser asumir directamente por el Demandante. Que el Demandante al no invocar ruptura del equilibrio económico, no ha seguido el procedimiento de ratificación por parte del supervisor del contrato, siendo que el contrato con SEDAPAL es posterior al contrato de concesión y adendas.
77. Añade que el Demandante señala en automático que la Entidad debe asumir el incremento de agua no tratada, sobre la base del el numeral 14.4 de la cláusula decimocuarta del contrato. Señala que dicha cláusula no puede ser aplicada por el Demandante, puesto que el contrato con SEDAPAL que establece este incremento, por voluntad de las partes (SEDAPAL y el Demandante) no contiene la expresión de la Entidad yes antes del inicio del suministro de agua; recuérdese que los aspectos

referidos al equilibrio económico y financiero del contrato de concesión, requieren que previamente sean ratificados por la Entidad a través de su supervisor, conforme lo dispone el numeral 14.3 de la cláusula décimo cuarta del contrato, por lo que era de obligación del Demandante actuar diligentemente y conforme a las condiciones del contrato de concesión. Asimismo, con Informe N° 350-2019/GAJ/MDSM de fecha 30 de octubre del 2019, el Gerente de Asunto Jurídicos de la Entidad, emite opinión legal desarrolla en el informe que adjuntamos, concluyendo que: *para efectos del contrato de concesión considera que no ha existido un cambio sobreviniente que genere el derecho a un reajuste de tarifa establecido en dicho contrato entre la Municipalidad de San Miguel y la empresa*, bajo el análisis de que el contrato de concesión fue celebrado antes de la entrada en vigencia del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1280, debiendo sujetarse a las disposiciones legales vigentes de suscripción hasta su vencimiento, es decir en merito a lo establecido en los reglamentos de la Leyes N° 26338 y N° 30045, hasta que finalice el plazo original de la concesión de conformidad con la cláusula decima primera del contrato de concesión. Cita el Decreto Legislativo N° 1280 artículo 134.5. En esa medida, las condiciones pactadas entre el Demandante y SEDAPAL, no alcanza al contrato de concesión entre la Entidad y el Demandante, por no haber seguido el procedimiento previo desarrollado anteriormente, en donde se requiere RATIFICACIONy sobre todo porque el marco legal del Decreto Legislativo N° 1280, señalaen su Art. 134.5 que la condiciones se deben mantener a la fecha suscripción del contrato de concesión.

78. Refiere que mediante Informe N° 09-2020-GAJ/MDSM la Gerencia de Asunto Jurídicos, emite opinión legal ampliando argumentos de su anterior informe, en la medida que no existe un mandato legislativo, judicial, administrativo o de otra índole que genere derecho a un reajuste de la tarifa establecida en el contrato de concesión suscrito entre la Municipalidad distrital y la empresa. Se debe tener presente que el acuerdo de voluntades entre SEDAPAL y el Demandante, no constituyen un mandato, como lo señala el numeral 14.4 de la cláusula décimo cuarta del contrato, pues un mandato resultar ser una imposición de carácter legal por parte de la administración pública, que necesariamente descansa en una norma y en caso en particular el contrato de concesión regula afectación económica y financiera y lo sujeta a un procedimiento que del demandado no ha seguido, razón por la cual el acuerdo de voluntades entre SEDAPAL y el Demandante, son exclusiva a las partes que lo celebraron, no pudiendo extender a la Entidad.
79. Señala que, al ser de posición de la Entidad, *que la pretensión principal del demandante no se ajusta al marco legal vigente a la fecha de la celebración de contrato de concesión*; no se ha cumplido con el procedimiento referido a la ruptura del equilibrio económico y financiero; y las actuaciones del Demandante han sido sin consenso de la Entidad, es decir decisión propia, indica que todas las pretensiones accesorias deben ser declaradas improcedentes.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

80. El Contrato de Concesión fue suscrito entre las Partes el 3 de mayo de 2011 para el diseño, construcción, implementación, operación y mantenimiento de la infraestructura para el suministro de agua residual tratada para el riego de los parques y jardines del Distrito de San Miguel. El Contrato se elevó a escritura pública el 15 de octubre de 2013.
81. Para este efecto, el Demandante tiene a su cargo la operación de dos Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales: PTAR San Miguel I y PTAR San Miguel II, para fines de reúso en riego de parques y jardines.
82. En este contexto, el Demandante señala que la Municipalidad estaría incumpliendo lo dispuesto por el numeral 14.4 de la cláusula Decimocuarta del Contrato, al haberse negado a incorporar a la retribución establecida en la cláusula Decimosegunda el cargo por agua residual captada para la ejecución del Contrato.
83. La referida cláusula Decimocuarta está referida al equilibrio económico financiero del Contrato y regula lo siguiente:
- En su primer numeral recoge la declaración de las Partes en el sentido que, a la fecha de su suscripción, el Contrato se encuentra en equilibrio.
 - El segundo numeral establece “un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico – financiero” en favor del concesionario en caso la concesión se viera afectada por causas sobrevinientes a la suscripción del Contrato. Adicionalmente recoge de forma enunciativa cinco supuestos que pueden constituir causas sobrevinientes que habilitan este mecanismo; uno de ellos se refiere a “cambios en la legislación aplicable”.
 - El tercer numeral determina que, ante una invocación del concesionario de una ruptura del equilibrio económico financiero, el supervisor ratificar o denegar la existencia de tal ruptura y, en su caso, determinar la compensación que corresponda.
 - El cuarto numeral, que es el que el Demandante considera incumplido, señala textualmente que ***“En caso que por mandato legislativo, judicial, administrativo o de otra índole se fije un cargo por el agua residual a ser captada por el concesionario, dicho coste será incorporado de forma automática en el cálculo y liquidación de la retribución.”***

84. Entonces, más allá de la declaración de las Partes contenida en el numeral 14.1 de esta cláusula, sobre el equilibrio existente al momento de la suscripción del Contrato, el Tribunal Arbitral aprecia que ambas establecieron en los siguientes numerales una regulación expresa sobre el tratamiento que debía darse ante la ruptura del equilibrio económico financiero.
85. De modo tal que esta regulación contractual aborda claramente varios aspectos de la ruptura del equilibrio económico financiero:
- Establece un mecanismo simple para el restablecimiento del equilibrio económico financiero del Contrato, según el cual, el concesionario debe invocar la ruptura derivada de una causa sobreviniente al Contrato y, por su parte, el supervisor debe ratificarla o denegarla. En buena cuenta, frente al planteamiento del concesionario, corresponde al supervisor evaluarlo y decidir si este es procedente o no.
 - Dispone que, de ratificar el supervisor la existencia de la ruptura invocada debe determinar la compensación en favor del concesionario que permita restituir el equilibrio.
 - Establece cinco supuestos enunciativos de causas sobrevinientes de ruptura que el concesionario puede invocar.
 - Define que, si se fija un cargo por el agua residual a ser captada por el concesionario, por mandato legislativo, judicial, administrativo o de otra índole, el coste de dicho cargo debe ser automáticamente incorporado en el cálculo y liquidación de la retribución.
86. A partir de lo anterior, una lectura integral de la cláusula Decimocuarta del Contrato permite al Tribunal Arbitral afirmar con convicción que, frente a cualquier causal sobreviniente de ruptura del equilibrio económico financiero, el concesionario tiene la obligación de invocarla en forma expresa. Si no lo hiciera no se generará derecho a compensación alguna a su favor.
87. Permite afirmar también que, frente a tal invocación del concesionario, la Municipalidad, a través del supervisor, debe evaluar el planteamiento para ratificar o denegar la ruptura del equilibrio económico financiero. En caso de ratificarla, debe establecer la compensación correspondiente.
88. Finalmente, esta lectura integral permite señalar que la propia cláusula contractual ha previsto una excepción para el supuesto de fijación de un cargo por el agua residual a ser captada por el concesionario. En efecto, se ha previsto expresamente que, cuando ello ocurra por mandato legislativo, judicial, administrativo o de otra índole, el coste de dicho cargo debe ser automáticamente incorporado en el cálculo y liquidación de

la retribución. Entonces, al disponer el Contrato la incorporación automática de este cargo en la retribución, no se requiere para este supuesto de la previa evaluación, ratificación o denegación de la supervisión. Bastará la invocación del concesionario para que se produzca el efecto automático de la incorporación del cargo a la retribución.

89. Sobre este procedimiento de la cláusula Decimocuarta del Contrato, la Municipalidad ha señalado en su escrito de alegatos presentado el 23 de mayo de 2022, lo siguiente:

SIN EMBARGO ASM NO COMUNICO DE MODO FEHACIENTE DICHA SITUACION A FIN QUE SE APLIQUE EL MECANISMO PROTECTOR DEL CONTRATO DE CONCESION ANTES MENCIONADO, DEJANDO EN INDEFENSION A LA ENTIDAD MDSM A FIN QUE LA ENTIDAD INVOCUE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO, pese a tener conocimiento previo que las condiciones económicas y financieras variarían las condiciones de la concesión y que están harían inviable la concesión. Que la entidad **NO HA PODIDO INVOCAR LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO**, por lo que no se ha seguido el procedimiento de **RATIFICACION** por parte del supervisor del contrato, recuerde que el contrato con SEDAPAL es posterior al contrato de concesión y adendas.

90. Como se aprecia, la Municipalidad indica que “**NO HA PODIDO INVOCAR LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO**, por lo que no se ha seguido el procedimiento de **RATIFICACIÓN** por parte del supervisor del contrato...” Hay en ello una afirmación incorrecta respecto de lo que dice la cláusula Decimocuarta del Contrato, la cual prevé expresamente que la invocación de la ruptura corresponde al concesionario, no a la Municipalidad. Lo que a esta corresponde es evaluar, a través del supervisor, tal invocación del concesionario, para ratificarla o denegarla. Se demuestra ello con lo establecido en el numeral 14.2 que señala:

14.2. EL PRESENTE CONTRATO ESTIPULA UN MECANISMO DE REESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO – FINANCIERO AL CUAL TENDRÁ DERECHO EL CONCESIONARIO EN CASO QUE LA CONCESIÓN SE VEA AFECTADA DEBIDO A CAUSAS SOBREVIVIENTES AL CONTRATO Y QUE A CRITERIO DE ÉSTE NO SE HAYA PREVISTO A LA FECHA DE SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO. EN FORMA ENUNCIATIVA, ESTAS CAUSAS PODRÁN SER:=====

91. Apréciase del texto citado que el derecho a emplear el mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico financiero corresponde al concesionario, no la Municipalidad, por lo que este argumento, desde la perspectiva del Contrato, no resulta atendible.
92. Ahora bien, sobre el numeral 14.4, en la Audiencia Única llevada a cabo el 9 de mayo de 2022, se preguntó a las partes la razón por la cual se incorporó esta disposición en el Contrato. El Demandante señaló que esta venía establecida así desde la proforma de contrato incorporada en las Bases del Concurso Público que dio lugar a la celebración del Contrato de Concesión; proforma que fue elaborada por la Municipalidad³. Preguntada la Municipalidad sobre esta afirmación del Demandante,

³ Minuto 01:37:56 al 01:39:36 de la Audiencia Única del 9 de mayo de 2022

señaló no tener información en ese momento, razón por la cual se le indicó que debía brindar su posición sobre este punto en sus alegatos⁴, no constando en ellos ningún comentario al respecto. Ante ello, queda corroborado para el Tribunal Arbitral que la incorporación del numeral 14.4 del Contrato, en los términos en que ha sido previsto, fue una iniciativa de la propia Municipalidad.

93. Entonces, bajo la lectura integral de la cláusula Decimocuarta del Contrato, corresponde al Tribunal Arbitral verificar si en este caso realmente se ha producido el supuesto previsto en el numeral 14.4, que es lo que sustenta el Demandante o, por el contrario, si estamos frente a otro tipo de causal sobreviniente que requería del pronunciamiento previo de la Municipalidad, a través del supervisor, de acuerdo a lo señalado en el numeral 14.3 de esta misma cláusula, que es lo que afirma esta parte al plantear su posición.
94. Al respecto, además de la Ley General de Servicios de Saneamiento - Ley N° 26338, el marco legal vigente a la fecha de suscripción del Contrato está consignado en la cláusula primera del Contrato:

CLÁUSULA PRIMERA: NORMAS LEGALES APLICABLES.=====

1.1 EL PRESENTE CONTRATO DE CONCESIÓN SE CONFIERE AL AMPARO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1012, EN CONCORDANCIA CON LAS NORMAS LEGALES EN MATERIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA.=====

EL MARCO NORMATIVO DEL PRESENTE CONTRATO ADMINISTRATIVO LO COMPLEMENTAN LAS SIGUIENTES NORMAS, SIN QUE SU ENUNCIACIÓN SEA LIMITATIVA.=====

- LEY N° 27972, LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES.=====
- DECRETO LEGISLATIVO N° 1012. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY MARCO DE ASOCIACIONES PÚBLICO – PRIVADA PARA LA GENERACIÓN DE EMPLEO PRODUCTIVO Y DICTA NORMAS PARA LA AGILIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA.=====
- DECRETO SUPREMO N° 146-2008-EF REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1012.=====
- ORDENANZA 867-MML REGLAMENTO PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LIMA METROPOLITANA.=====
- LEY N° 28059. LEY MARCO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN DESCENTRALIZADA.=====
- D.S. N° 015-2004-PCM, REGLAMENTO DE LA LEY MARCO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN DESCENTRALIZADA.=====
- D.S. N° 059-96-PCM, TÍTULO DE LAS NORMAS CON RANGO DE LEY QUE REGULAN LA ENTREGA EN CONCESIÓN AL SECTOR PRIVADO DE LAS OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS.=====
- D.S. N° 060-96-PCM. REGLAMENTO DEL D.S. N° 059-96-PCM.=====

95. Dentro de ese marco legal, es pacífico entre las partes el hecho que, en la fecha de suscripción del Contrato en el año 2011 y de las adendas posteriores de los años 2013 y 2014, SEDAPAL no efectuaba cargo alguno por la captación de agua residual sin tratamiento con fines de reúso.
96. Está acreditado que el 18 de junio de 2013 se publicó la Ley N° 30045 - Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, la cual fue reglamentada a través del Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA, publicado el 24 de julio de 2016.

⁴ Minuto 01:40:05 al 01:40:36 de la Audiencia Única del 9 de mayo de 2022

97. Tanto esta Ley N° 30045 como la Ley N° 26338, fueron modificadas por el Decreto Legislativo N° 1240 del 25 de setiembre d 2015, siendo luego derogadas por el Decreto Legislativo N° 1280 del 28 de diciembre de 2016.
98. Ahora bien, el numeral 2 del artículo 15 de la Ley N°30045 señalaba que las empresas prestadoras de servicios de saneamiento – EPS, están facultadas a comercializar residuos sólidos generados en el proceso de tratamiento de agua para consumo humano y plantas de tratamiento de aguas residuales, así como el servicio de tratamiento de aguas residuales tratadas, con fines de reúso, cumpliendo con los procedimientos establecidos en el reglamento.
99. En esta línea, la norma reglamentaria (Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA) dispuso en su artículo 23 que las EPS pueden disponer de: i) El agua residual; ii) El agua residual tratada y iii) Los residuos sólidos; para fines de reúso; así como brindar el servicio de tratamiento de aguas residuales con fines de reúso. A su vez, el artículo 28 de esta norma señaló expresamente que las EPS podían percibir ingresos derivados de las citadas actividades.
100. Según la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1280, el Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA - Reglamento de la Ley N° 30045, permanecería vigente hasta la entrada en vigor del reglamento que se iría a dictar de acuerdo con la norma, lo que ocurrió el 23 de junio de 2017 con la dación del Decreto Supremo N° 019-2017-VIVIENDA.
101. Sobre la modificación paulatina del marco legal del Contrato, la Municipalidad ha manifestado en su escrito de alegatos del 23 de mayo de 2022 lo siguiente:
- Que, a la fecha de la suscripción del contrato por ambas partes, este se encontraba regulado por un marco legal referido al numeral 14.4 de la cláusula décimo cuarta del contrato referido a la causal de resolución del contrato, por razón de ruptura del equilibrio económico, considerando desde un análisis simple y común que cualquier alza económica no considerada afectaba la estructura y el equilibrio económico del contrato, siendo ello así la aplicación de una Norma legal diferente al marco legal que regulaba a las partes en la fecha de suscripción del contrato de concesión suscrito entre la empresa AGUAS DE SAN MIGUEL (en adelante ASM) y la (Municipalidad Distrital de San Miguel (en adelante MDSM), **RESULTA ILEGAL Y ARBITRARIO.**
- Que, siendo CONDICIÓN GENERAL DE LOS CONTRATOS DE CONCESION, que se aplique las normas legales que los sustentan, en el presente caso ASM tenía la obligación de utilizar el numeral 14.3 del acotado Contrato, **EL CUAL DEFINÍA COMO CONDICIÓN EL CARGO CERO RESPECTO DEL AGUA SIN TRATAMIENTO SUMINISTRADA POR SEDAPAL. Y NO APLICARSE NORMA LEGAL POSTERIOR A LA QUE REGULABA EL CONTRATO PRIMIGENIO.**
102. Como se aprecia, en la posición de la Municipalidad, la aplicación de un marco legal distinto al que estuvo vigente en la fecha de celebración del Contrato resultaría ilegal y arbitraria. Sobre esa base señala lo siguiente:

- Existiría una condición general en los contratos de concesión consistente en aplicar únicamente las normas legales que sustentan su celebración.
- El concesionario tendría la obligación de utilizar el numeral 14.3 del Contrato.
- El Contrato definía el “cargo cero” respecto del agua sin tratamiento suministrada por SEDAPAL.
- No se debía aplicar una norma legal posterior a la que regulaba el contrato primigenio.

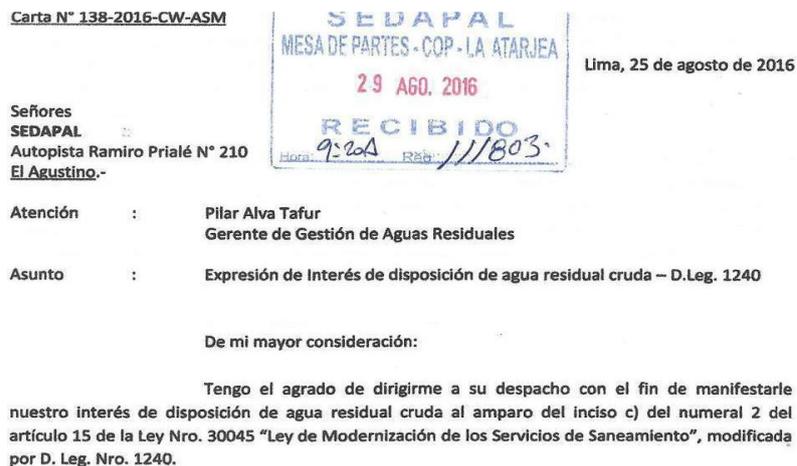
103. Sobre la condición general de invariabilidad del marco legal del Contrato, el Tribunal Arbitral considera que ello no se ajusta al ordenamiento jurídico. Las normas legales van variando en el tiempo y los cambios que disponen se aplican a los contratos en curso, en función a la teoría de los hechos cumplidos, de acuerdo con la cual la norma se aplica de manera inmediata a los hechos que se produzcan desde su entrada en vigor, tal como exactamente predica la Constitución en su artículo 103 y el Código Civil en su artículo III del Título Preliminar. No cabe en este caso referir a una aplicación retroactiva del nuevo marco normativo, en la medida que no se plantea que este se aplique a situaciones generadas antes de su dación sino justamente a partir de su entrada en vigor.

104. Tan cierto es esto que el propio Contrato prevé la posibilidad de que se produzcan cambios normativos que incidan en su ejecución. La misma cláusula Decimocuarta, sin ser la única, refiere de modo expreso a cambios normativos que podrían generar la ruptura del equilibrio económico financiero. En cualquier caso, la única estabilidad jurídica prevista en el Contrato está referida en favor del concesionario y se reduce a las normas correspondientes al área de su competencia para garantizar la ejecución del proyecto y el retorno de la inversión, tal como se aprecia a continuación:

- CONVENIO DE ESTABILIDAD JURÍDICA: CONVENIO APROBADO MEDIANTE ORDENANZA, SUSCRITO ENTRE EL CONCESIONARIO Y LA MUNICIPALIDAD DE SAN MIGUEL, A TRAVÉS DEL CUAL ÉSTA ÚLTIMA ASUME UNA SERIE DE COMPROMISOS QUE GARANTIZAN LA ESTABILIDAD JURÍDICA DEL MARCO LEGAL DICTADO POR ELLA EN LOS TEMAS Y ÁREAS DE SU COMPETENCIA, VIGENTE A LA FECHA DE SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO. =====

105. De otro lado, el Tribunal Arbitral no disiente de lo afirmado por la Municipalidad, en el sentido que el concesionario tenía la obligación de utilizar el procedimiento establecido en el numeral 14.3 de la cláusula Decimocuarta del Contrato, en los casos que este numeral 14.2 regulan. Sin embargo, como se ha señalado, el numeral 14.4, que concentra la materia en conflicto entre las Partes, regula un supuesto específico, en el que la ruptura del equilibrio económica financiero generada por la fijación de un cargo por el agua residual a ser captada por el concesionario, se debe restablecer en forma automática, tal como expresamente lo dispone el propio Contrato en dicho apartado.

106. En cuanto a la afirmación de la Municipalidad, en el sentido que el Contrato definía el “cargo cero” respecto del agua sin tratamiento suministrada por SEDAPAL, lo que debe señalarse es que fue el marco legal entonces vigente no lo regulada de manera expresa y es durante su ejecución que surgió legislativamente, a través del artículo 28 del Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA, la posibilidad de que las EPS fijen un cargo de esta naturaleza.
107. Sobre el nuevo marco normativo la Municipalidad ha expuesto, además, en el Informe N° 350-2019/GAJ/MDSM de fecha 30 de octubre del 2019, presentado como medio probatorio de la contestación de la demanda, que para efectos del contrato de concesión no habría existido un cambio sobreviniente que genere el derecho a un reajuste de tarifa, sustentando tal aserto en que el contrato de suministro con SEDAPAL fue celebrado antes de la entrada en vigencia del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1280, por lo que debía sujetarse a las disposiciones legales vigentes al momento de la suscripción hasta su vencimiento, es decir a lo establecido en los reglamentos de la Leyes N° 26338 y N° 30045. Sobre esta opinión debe advertirse, como ha sido dicho, que la posibilidad de aplicar el cargo por este concepto surge de los artículos 23 y 28 del Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA, que no es otra cosa que el reglamento de la Ley N° 30045.
108. Establecido lo anterior, se verifica de la prueba actuada que, dado el cambio normativo, SEDAPAL empezó a aplicar el cargo por el agua residual. La Carta N°138-2016-CW-ASM de fecha 26 de agosto de 2016 da cuenta de esta situación:



109. Del mismo modo, tal situación derivó en la suscripción del Contrato de Suministro de Agua Residual sin Tratamiento, de fecha 19 de enero de 2017, entre SEDAPAL y el Demandante. El objeto de este contrato de suministro fue el siguiente:

CLÁUSULA QUINTA.- OBJETO

- 5.1 El presente Contrato, tiene por objeto establecer y precisar los compromisos que asumen **LAS PARTES** con la finalidad de suministrar agua residual sin tratamiento de las redes de alcantarillado de **SEDAPAL**, a condición de que **EL USUARIO** ejecute el PROYECTO, y haga reuso del agua residual tratada para el riego de parques y jardines del Distrito de San Miguel.

110. Se aprecia de lo anterior que sin la suscripción de este contrato entre SEDAPAL y el Demandante, no habría sido posible lograr el suministro de agua residual sin tratamiento. A su vez, no debe perderse de vista que el objeto del Contrato de Concesión suscrito entre las Partes era justamente el suministro de agua residual tratada para el riego de los parques y jardines del Distrito de San Miguel, objeto del Contrato de Concesión.
111. En buena cuenta, el cumplimiento por parte del Contrato de Concesión por parte del Demandante suponía, a su vez, que este suscriba necesariamente el contrato de suministro con SEDAPAL. *Contrario sensu*, sin este último contrato no habría sido posible cumplir con el primer Contrato.
112. En este orden de ideas, el contrato de suministro era la consecuencia directa del nuevo marco legal aplicable al Contrato de Concesión, al grado que el primero de ellos establece en su marco legal, las antes normas legales antes citadas, como se aprecia a continuación:

CLÁUSULA CUARTA.- BASE LEGAL

LAS PARTES declaran que suscriben el presente Contrato dentro del marco legal establecido en las siguientes normas, sin perjuicio de sus normas reglamentarias, complementarias y conexas:

- Decreto Legislativo N° 1280, que aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento.
- Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos.
- Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.
- Ley N° 28305 - Ley de Control de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados.
- Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.
- Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos.
- Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA, Reglamento de la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento

113. De acuerdo con el literal c) del numeral 6.3 de la cláusula sexta de este contrato de suministro, SEDAPAL se obligó frente al Demandante a:

- c) Suministrar agua residual sin tratamiento desde el punto de captación, por un volumen máximo otorgado en la factibilidad; lo cual ocurrirá una vez que **EL USUARIO**, mediante comunicación expresa, comunique y acredite a **SEDAPAL** que:

114. La obligación asumida por SEDAPAL no fue gratuita, en la medida que el nuevo marco legal le permitía efectuar un cobro por dicho concepto. Así, en la cláusula séptima se estableció lo siguiente:

CLÁUSULA SÉTIMA.- OBLIGACIÓN POR EL SUMINISTRO DE AGUA RESIDUAL SIN TRATAMIENTO

- 7.1 Como contraprestación por el suministro de agua residual a que se refiere el Literal c) del numeral 6.3 de la Cláusula Sexta del presente Contrato, **EL USUARIO** se compromete a abonar a favor de SEDAPAL la suma de S/. 0.345/m³ (cero con trescientos cuarenta y cinco milésimas de sol por metro cubico de agua residual captada) la misma que será pagada a más tardar a los cinco (05) días calendario de la fecha de recepción del comprobante de pago respectivo, emitido por **SEDAPAL**.
- 7.2 El monto fijado como contraprestación y su método de cálculo será remitido por **SEDAPAL** a través de un informe técnico, a la Superintendencia Nacional de los Servicios de Saneamiento – SUNASS para el pronunciamiento correspondiente.

115. De manera tal que, volviendo a lo dispuesto por el numeral 14.4 de la cláusula Decimocuarta del Contrato, este permite que, si se fija un cargo por el agua residual a ser captada por el concesionario, por mandato legislativo, judicial, administrativo o de otra índole, el coste de dicho cargo debe ser automáticamente incorporado en el cálculo y liquidación de la retribución.
116. En este caso existe indubitablemente un cargo fijado por el concepto establecido en el referido numeral 14.4 del Contrato. Dicho cargo proviene de una norma legal aplicable al Contrato (artículo 23 y 28 del Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA y, a su vez, el mayor coste está determinado en su cuantía en un contrato de suministro con SEDAPAL que tenía que suscribir el concesionario para poder cumplir con la ejecución del Contrato de Concesión.
117. Se trata pues de un cargo fijado tanto por un “mandato legislativo” como por el consecuente contrato de suministro que encaja dentro del “mandato de otra índole”⁵ y que es consecuencia de la ejecución de la Ley, recogido también por el mismo numeral 14.4 del Contrato y que a entender del Tribunal no requiere previo pronunciamiento del Supervisor, ni de seguir un procedimiento previo de aprobación.
118. En la Audiencia Única del 9 de mayo de 2022, ante la posición esbozada por la Municipalidad, en el sentido que el numeral 14.4 no resultaba aplicable debido a que el contrato de suministro no constituía un mandato legal, judicial o administrativo, se le preguntó a qué se refería ese mismo numeral cuando se refería a un mandato de otra índole y si en él no encaja la previsión contractual. Al respecto señaló que en su entendimiento se trataría de un mandato de organismos públicos autónomos, como SUNASS o análogos.
119. Esta misma posición la adoptó la Municipalidad en el Informe N° 09-2020-GAJ/MDSM, adjuntado como medio probatorio de la contestación de la demanda, señalando que no existe un mandato legislativo, judicial, administrativo o de otra

⁵ Minuto 01:33:00 al 01:35:03 de la Audiencia Única del 9 de mayo de 2022

índole que genere derecho a un reajuste de la tarifa establecida en el Contrato, en la medida que el acuerdo de voluntades entre SEDAPAL y el Demandante no constituyen un mandato, como lo señala el numeral 14.4.

120. Lo cierto del caso es que la frase “mandatos de otra índole” empleada en el numeral 14.4 no se agota en los supuestos señalados por la Municipalidad e, incluso, ya estarían incluidos en los mandatos administrativos. Dicha frase se tiene que referir a otros supuestos y el contractual es uno que encaja en tales supuestos, tanto más si en este caso, la necesidad de la celebración del contrato de suministro es natural consecuencia de una disposición prevista en una norma legal, como lo es el Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA.
121. Entonces, a partir de lo expuesto, el Tribunal Arbitral determina lo siguiente:
- El numeral 14.4 de la cláusula Decimocuarta del Contrato dispone un reajuste automático de la retribución.
 - Este reajuste, por ser automático, no requiere de una previa aprobación de la supervisión de la Municipalidad.
 - Para la aplicación de tal reajuste automático se requiere que se establezca un cargo por uso de agua tratada proveniente de un mandato legal, judicial, administrativo o de otra índole.
 - El marco legal vigente a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión fue modificado durante su ejecución, dictándose, entre otras normas, el Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA.
 - Los artículos 23 y 28 del Decreto Supremo N° 013-2016-VIVIENDA estableció la facultad de las EPSs de cobrar un cargo por el uso del agua tratada.
 - SEDAPAL, que es una EPS, suscribió con el Demandante un contrato de suministro de agua residual sin tratamiento, estableciendo un cargo por este concepto de S/0.345 por metro cubico de agua residual cruda (sin tratamiento).
 - Este cargo impuesto por SEDAPAL es consecuencia del supuesto del numeral 14.4 por provenir de un mandato legal y de uno de otra índole (contractual).
 - La Municipalidad por diversas razones que han sido analizadas por el Tribunal Arbitral ha negado la aplicación del reajuste automático previsto en el numeral 14.4 de la cláusula Decimocuarta del Contrato.
122. Sobre la base de las determinaciones expuestas y sustentadas, el Tribunal Arbitral concluye que la Municipalidad ha incumplido lo dispuesto en el numeral 14.4 de la cláusula Decimocuarta del Contrato, al no incorporar a la retribución establecida en la cláusula Decimosegunda del Contrato, el cargo por el agua residual a ser captada por el Demandante para la ejecución del Contrato.

123. Consecuentemente, corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad incrementar la retribución por metro cúbico de agua tratada indicada en la cláusula Decimoprimer del Contrato, en un monto igual al cargo fijado SEDAPAL por metro cúbico de agua residual sin tratamiento.
124. Por estas razones tanto la primera pretensión principal de la demanda arbitral como su primera pretensión accesoria, deben ser declaradas fundadas.

C. PAGO DEL CARGO POR AGUA RESIDUAL CAPTADA

Determinar si corresponde o no que, el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad pagar a ASM el cargo por agua residual captada, desde el 18 de enero de 2018 al 30 de junio de 2021, que asciende a la suma de S/ 553,110.84 que incluye interés TAMN compensatorio e IGV a la fecha de emisión de la carta, más los intereses que se devenguen a la Caso Arbitral No. 0393-2021-CCL Orden Procesal N.º 6 3 fecha de pago.

Determinar si corresponde o no que, el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad pagar a ASM el cargo por agua residual captada por ASM que, desde el mes de julio del año 2021 hasta el mes de enero del año 2022, asciende a la suma de S/ 91,902.80 de acuerdo con las facturas emitidas por la empresa SEDAPAL, más los respectivos intereses, costos y gastos de cobranza.

Determinar si corresponde o no que, el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad pagar a ASM el cargo fijado por SEDAPAL por agua residual captada por ASM que se continúe generando desde el mes de febrero 2022 en que se ha interpuesto la presente demanda, en adelante, causado por el incumplimiento de la Municipalidad de su obligación contractual establecida en el numeral 14.4 de la cláusula decimocuarta del Contrato.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

125. Indica que la segunda pretensión accesoria plantea que la Municipalidad pague el cargo por agua residual tratada, con el fin de que se pueda cumplir con el pago a SEDAPAL del cargo por metro cúbico de agua sin tratamiento. SEDAPAL con carta N° 2037-2021-ESCE de fecha 21 de julio de 2021, puesta a conocimiento de la Municipalidad mediante carta N° 071-2021-CW-ASM notificada con fecha 26 de julio de 2021 (Prueba A-24), desde el 18 de enero de 2018 al 30 de junio de 2021, se ha devengado una deuda que asciende a la suma de S/ 553,110.84 que la Municipalidad está obligada a pagar.

126. Refiere que esta deuda representa la tarifa por metro cúbico de agua residual sin tratamiento fijada por SEDAPAL multiplicada por el número de metros cúbicos que ha suministrado SEDAPAL, el IGV y el interés (TAMN) compensatorio e IGV (calculado al 21 de julio de 2021), con el fin de que esta pueda tratar el agua y suministrarla a la Municipalidad.
127. Señala que el importe total a pagar S/ 553,110.84 es el cargo que la Municipalidad no ha cumplido con incorporar oportunamente a la retribución y por tanto, debe ordenarse su pago inmediato. Por lo expuesto, se ha devengado una deuda entre los meses de enero 2018 a junio de 2021 que asciende a la suma de S/ 553,110.84 más intereses respectivos devengados a la fecha de pago, costos y gastos decobranza, que la Municipalidad está obligada a pagar.
128. Agrega que la remediación de la situación de incumplimiento en que ha incurrido la Municipalidad es que se le ordene el pago inmediato de aquello que oportunamente no cumplió con pagar: el cargo por agua residual tratada, con el fin de que pueda cumplir con el pago a SEDAPAL del cargo por metro cúbico de agua sin tratamiento. En este acápite se aborda el monto que debe cumplir con pagar la Municipalidad correspondiente a los meses de julio 2021 a enero 2022, facturas que han sido puestas en conocimiento de la Municipalidad. Por lo expuesto, se ha devengado una deuda de los meses de julio 2021 a enero 2022 que está determinada, y asciende a la suma de S/ 91,902.80 incluido IGV, más intereses respectivos, costos y gastos de cobranza, que la Municipalidad está obligada a pagar.
129. Indica que se plantea la existencia de una deuda no determinada, sino determinable: esto es, el monto que, por concepto de agua residual sin tratamiento que cobre SEDAPAL, se devengue a partir del mes de febrero del año 2022 (en el cual se interpone la presente demanda), hasta el momento en que la Municipalidad cumpla con incrementar la retribución al Concesionario, esto es, hasta que se dé cumplimiento a lo estipulado en el citado numeral 14.4 de la cláusuladecimocuarta del Contrato. Por tal motivo, el Laudo Arbitral deberá determinar la suma a pagar al declararse fundada la presente pretensión accesoria a la primera pretensión principal.

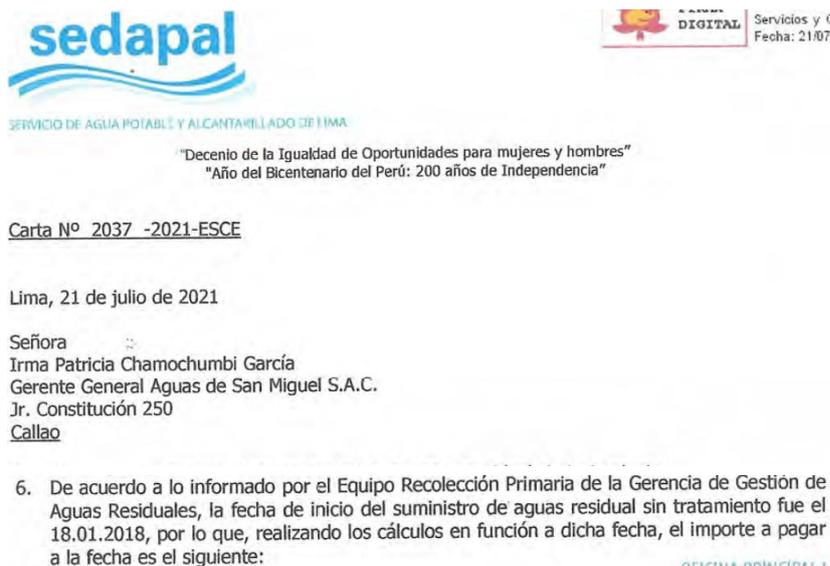
POSICIÓN DEL DEMANDADO

130. Señala que, al ser de posición de la Entidad, que la pretensión principal del Demandante no se ajusta al marco legal vigente a la fecha de la celebración de contrato de concesión, no se ha cumplido con el procedimiento referido a la ruptura del equilibrio económico y financiero; y las actuaciones del demandante han sido sin

consenso de la entidad, es decir decisión propia, indicamos que todas las pretensiones accesorias deben ser declaradas improcedentes.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

131. A modo de pretensiones accesorias a la primera pretensión principal de la demanda, el Demandante plantea que se ordene el pago a su favor del cargo por agua residual captada. Divide este pedido en tres periodos:
- El primero que va desde el 18 de enero de 2018 hasta el 30 de junio de 2021, que asciende a la suma de S/ 553,110.84 que incluye interés TAMN compensatorio e IGV.
 - El segundo que va desde el mes de julio del año 2021 hasta el mes de enero del año 2022, que asciende a la suma de S/ 91,902.80, más intereses.
 - El tercero que va desde el mes de febrero 2022 en que se interpuso la demanda, en adelante.
132. El Demandante ha aportado la prueba necesaria que acredita los montos pagados por los dos primeros periodos, la cual no ha sido cuestionada ni objetada por la Municipalidad.
133. Así, respecto del primer periodo, se ha ofrecido la Carta N° 2037-2021-ESCE de fecha 21 de julio de 2021 de SEDAPAL, que señala que, desde el 18 de enero de 2018 hasta el 30 de junio de 2021, se ha devengado la suma de S/ 553,110.84:



Fecha de Inicio del suministro de agua residual no tratada	Fecha de cierre de facturación	Volumen de agua residual sin tratamiento suministrado (m3)	Costo/m3	Importe suministro de agua residual no tratada (S/.)	I.G.V. (S/)	Interés (TAMN) Compensatorio e IGV	Importe Total a pagar (S/.)
18/01/2018	30/06/2021	1,323,000	0.345	456,435.00	82,158.30	14,517.54	553,110.84

De acuerdo con lo señalado, y en cumplimiento del Contrato suscrito, le solicitamos realizar el pago de la deuda total ascendente a S/ 553,110.84 dentro de los cinco (05) días hábiles de recibida la presente, a fin de evitar el corte de Suministro de Agua Residual sin Tratamiento.

134. En cuanto al segundo periodo el Demandante ha presentado las cartas de cobranza de SEDAPAL, así como las cartas enviadas a la Municipalidad requiriendo el pago de los cargos impuestos por SEDAPAL en estos meses.
135. El tercer periodo abierto, correspondiente a la duración del presente proceso arbitral y a la dilucidación de la controversia, es una consecuencia del hecho de haberse amparada la primera pretensión de la demanda arbitral.
136. Atendiendo a ello, el Tribunal Arbitral considera que la segunda, tercera y carta pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda arbitral, deben ser declaradas fundadas.

D. RESARCIMIENTO POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Determinar si corresponde o no que, el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad resarcir por los daños y perjuicios que se generen a ASM por el no reconocimiento del cargo por metro cúbico de agua residual sin tratamiento, por todo el periodo de vigencia del Contrato.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

137. Señala que en el supuesto que se determine que la Municipalidad no ha incumplido con lo establecido en el numeral 14.4 de la cláusula decimocuarta del Contrato, se plantea una pretensión indemnizatoria, considerando tener una naturaleza resarcitoria, esta debe ser otorgada por los daños y perjuicios, ello a razón de que se generó un daño y perjuicio patrimonial dado que la Municipalidad no ha reconocido el cargo por metro cúbico de agua residual que cobra SEDAPAL. A fin de efectuar análisis respecto a los daños y perjuicios, anota que en toda relación contractual rige en principio, la autonomía de las partes, a través de la cual, los contratantes son libres de autorregular

sus intereses de acuerdo con sus necesidades; en virtud de ello, el efecto que causa el Contrato de Concesión es la obligatoriedad de las partes a someterse a las reglas contractuales pactadas en dicho contrato, así como a su normativa.

138. Sobre la antijuricidad señala que en el presente caso la falta de reconocimiento de la Municipalidad de un cargo sobreviviente por agua residual fijado por SEDAPAL deriva en la inejecución de las obligaciones de la Entidad, contraviniendo lo estipulado en el Contrato y constituyéndose una acción antijurídica, estas acciones le generan un grave perjuicio. Por lo tanto, sufre los daños económicos por los actos antijurídicos, e inejecución en el incumplimiento de obligaciones por parte de la Municipalidad, deberes jurídicos establecidos tanto convencionalmente como por la normativa contractual en tiempo, modo y lugar.
139. Respecto de la existencia de daño indica que la Municipalidad, por la omisión de cumplir con lo estipulado en el Contrato, generó daños, los mismos que deben ser ordenados a indemnizar por parte del Tribunal Arbitral en el Laudo. Respecto del daño emergente como quiera que se viene generando el cobro compulsivo por parte de SEDAPAL al punto de estar bajo riesgo de conclusión del contrato, corresponde el reconocimiento del monto devengado por concepto de cargo por agua residual sin tratamiento desde el mes de enero de 2018 hasta enero 2022, lo que a la fecha de interposición de la presente demanda ascienden a S/645,013.64. En tal sentido, es preciso señalar que la Entidad no debe abusar de su posición en el contrato de concesión, al evadir su obligación de reconocer al concesionario el monto que esté obligado a pagar a SEDAPAL por metro cúbico de agua sin tratamiento.
140. Refiere que al momento de contratar desconocía que en el futuro se iba a imponer un cargo por metro cúbico de agua residual, pero, aun así, las partes del Contrato de Concesión estipularon que ese riesgo sería cubierto por la Municipalidad, incorporando ese costo a la retribución del Concesionario de forma automática. Por este motivo, corresponde a la Municipalidad pagar por la deuda devengada desde enero 2018 a enero 2021 por concepto de costo de agua residual sin tratamiento impuesto por SEDAPAL.
141. Sobre el lucro cesante indica que es la ganancia o utilidad dejada de percibir, es la privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial. En el presente caso, el lucro cesante debería ser el monto que se dejará de percibir a partir de la interposición de esta demanda, por la falta de reconocimiento por parte de la Municipalidad, por todo el plazo de la concesión, por 30 años calendario desde la fecha de inicio de operaciones (mes de noviembre 2017), esto es, hasta el mes de noviembre de 2047. Respecto del nexo causal señala que es la relación que existe entre la conducta antijurídica y el daño causado, correspondiendo en la responsabilidad contractual la causa inmediata y

directa, es decir, es suficiente el incumplimiento de las obligaciones contractuales de una de las partes que traen como consecuencia inmediata y directa el perjuicio o daño de la otra parte. Siendo así, la Municipalidad, tras el incumplimiento de lo estipulado en el Contrato ha sido la causante y responsable material del daño patrimonial, por lo tanto, es el responsable de indemnizar el daño. El factor atributivo se determina por la responsabilidad subjetiva de dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Se distingue entonces, que la responsabilidad subjetiva es aquella acción omisión que obedece a la impericia o falta de atención de una de las partes, es decir omisión del cumplimiento de la obligación, exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. En tal orden de ideas, existe certeza del daño real y efectivo causado, por la falta de pago de la Entidad, contraviniendo las obligaciones contractuales. Asimismo, la Entidad no ha realizado ninguna acción para resarcir el daño causado a pesar de habérselo solicitado en diversas oportunidades.

POSICIÓN DEL DEMANDADO

142. Sobre la pretensión subordinada primera y segunda, es de posición de la Entidad, que no se ha generado daño alguno, toda vez que el acto de disposición fuera de los alcances del contrato de concesión, han sido actos propios del Demandante, en donde ha podido identificar que el Demandante no ha actuado conforme a las condiciones del contrato de concesión en lo que respecta al orden económico y financiero, pues no puede obligar un tercero (SEDAPAL) sin tener la anuencia de la Entidad, conforma las condiciones reguladas, sostener lo contrario sería permitir que un tercero (SEDAPAL) diferente a las partes que suscribieron el Contrato de Concesión, intervenga en dicho contrato, para modificar los términos económicos acordados en el original Contrato de Concesión.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

143. Esta pretensión ha sido planteada por el Demandante a título de subordinada de la primera pretensión principal de la demanda.
144. Considerando que el pronunciamiento sobre una pretensión subordinada está supeditado a que la pretensión principal sea rechazada, siendo que en este caso esta ha sido declarada fundada por el Tribunal Arbitral, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de la primera.

E. RESPONSABILIDAD POR CIERRE DE SUMINISTRO DE AGUA RESIDUAL SIN TRATAMIENTO

Determinar si corresponde o no que, el Tribunal Arbitral declare que ASM no tendrá ninguna responsabilidad en caso que durante la tramitación de este arbitraje o posterior a la emisión del laudo arbitral, SEDAPAL proceda con el cierre de los suministros de agua residual sin tratamiento por el incumplimiento de la municipalidad a lo establecido en el numeral 14.4 de la cláusula décimo cuarta del contrato de concesión; y, en consecuencia, ASM no será responsable de: a) el costo de las obras civiles que implicará el cierre y la reapertura de las captaciones de agua residual sin tratamiento; b) los gastos generales, daño emergente y lucro cesante que ASM sufrirá por efectos de mantener cerrada la infraestructura de tratamiento de aguas con fines Caso Arbitral No. 0393-2021-CCL Orden Procesal N.º 6 4 de riego; c) otros costos y gastos que deban efectuarse para el restablecimiento del Contrato de Concesión.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

145. Señala que, con esta pretensión declarativa, se busca que el Tribunal declare que en caso SEDAPAL proceda con el cierre del suministro de agua residual hacia las plantas de tratamiento operadas y por motivo se tornase imposible continuar ejecutando el Contrato de Concesión, no tendrá ninguna responsabilidad en ese evento. Esta declaración se pretende con el fin de que no se materialice una situación objetivamente injusta: Que por la omisión reiterada de la Municipalidad a cumplir con su obligación expresamente dispuesta en el numeral 14.4 de la cláusula decimocuarta del Contrato de Concesión, se produzca un grave riesgo a su continuidad y, consecuentemente, a las inversiones y expectativas de su representada en la ejecución de dicha Concesión.
146. Solicita que el Tribunal tenga presente que la omisión reiterada de la Municipalidad no solamente ocasiona un perjuicio de carácter económico y un menoscabo a sus derechos contractualmente establecidos, sino que ocasiona un grave riesgo a la continuidad del Contrato de Concesión y, en tal virtud, deberá declarar que el concesionario no incurrirá en responsabilidad en caso se suspenda o torne inejecutable el Contrato de Concesión. En concreto, no deberá hacerse responsable, sino la Municipalidad, de: a) el costo de las obras civiles que implicará el cierre y la reapertura de las captaciones de agua residual sin tratamiento; y, b) los gastos generales, daño emergente y lucro cesante que sufrirá por efectos de mantener cerrada la infraestructura de tratamiento de aguas con fines de riego, y, c) otros costos y gastos que deban efectuarse para el restablecimiento del Contrato de Concesión.

POSICIÓN DEL DEMANDADO

147. Sobre la pretensión subordinada primera y segunda, indica que es su posición que no se ha generado daño alguno, toda vez que el acto de disposición fuera de los alcances del contrato de concesión, han sido actos propios del Demandante, en donde ha podido identificar que el Demandante no ha actuado conforme a las condiciones del contrato de concesión en lo que respecta al orden económico y financiero, pues no puede obligar un tercero (SEDAPAL) sin tener la anuencia de la Entidad, conforma las condiciones reguladas, sostener lo contrario sería permitir que un tercero (SEDAPAL) diferente a las partes que suscribieron el Contrato de Concesión, intervenga en dicho contrato, para modificar los términos económicos acordados en el original Contrato de Concesión.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

148. Esta pretensión supone emitir un pronunciamiento en base a supuestos, respecto de situaciones que no se han producido.
149. Se habla de un grave riesgo en la continuidad del Contrato de Concesión, de su posible suspensión o de la imposibilidad de su ejecución, nada de lo cual ha ocurrido a la fecha, por lo menos a partir de la información que ha sido proporcionada por las partes.
150. Respecto de hechos que podrían darse a futuro, sobre hipótesis, respecto de hechos que no han ocurrido, no es posible que este Tribunal Arbitral emita un pronunciamiento determinante de responsabilidad de una e las partes.
151. Bajo esta perspectiva, la pretensión en virtud de la cual se solicita una declaración arbitral de irresponsabilidad contractual de una de las partes es a todas luces inviable y debe ser declarada infundada.

F. REAJUSTE DE LA TARIFA POR INCREMENTO ACUMULADO DEL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR

Determinar si corresponde o no que, el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad que en cumplimiento del numeral 11.5 de la cláusula décimo primera del Contrato y numeral 6.5 de la cláusula sexta de la Adenda Nro. 01 del Contrato, proceda con el reajuste de la tarifa por incremento acumulado del

índice de precios al consumidor desde el mes de enero de 2018 al mes de enero 2022, ascendente a 18.32%, que deberá ser aplicada desde el mes de febrero de 2022, mes de interposición de la presente demanda.

POSICIÓN DEL DEMANDANTE

152. Indica que conforme a lo estipulado en el numeral 11.5. de la cláusula decimoprimera del Contrato de Concesión y la cláusula sexta numeral 6.5 de la Adenda N° 01, el Concesionario tendrá derecho a recibir el pago por el servicio, una retribución que se expresará a través de un precio, el mismo que actualmente asciende a: S/ 2.648 más IGV por metro cúbico de agua tratada m³ más el impuesto general a las ventas y se liquidará sobre la base de la compra mínima garantizada de 250 m³ diarios de agua residual tratada proveniente de la PTAR San Miguel 1, durante todo el plazo de la Concesión. S/ 4.30 más IGV por metro cúbico de agua tratada m³ más el impuesto general a las ventas y se liquidará sobre la base de la compra mínima garantizada de 800 m³ diarios de agua residual tratada proveniente de la PTAR San Miguel 2 durante todo el plazo de la Concesión. El Contrato de Concesión ha determinado el reconocimiento de una actualización del precio base de la retribución, basada en la variación del Índice General de Precios al por Mayor (IPM), numerales 11.5 del Contrato original y numeral 6.5 de la Adenda N° 1. Se ha considerado la variación del IPM para ambos precios, según la información oficial contenida en los cuadros adjuntos extraídos de la página web del Instituto Nacional de Estadística e Informática. La variación del IPM desde enero 2018 hasta enero de 2022 es de 18.32% (Prueba A-30).
153. Indica que es por ello que la retribución a partir del mes de febrero 2022 (que considera el incremento por variación porcentual acumulada del IPM hasta enero 2022) en aplicación de la cláusula decimoprimera del contrato debe ser de S/ S/ 3.133 por m³.

POSICIÓN DEL DEMANDADO

154. Señala sobre la pretensión subordinada tercera, referidas al incremento del índice de precios al consumidor mencionada en el numeral 11.5 del Contrato de Concesión, que ello no ha sido materia de un debido sustento por el Demandante, ello se advierte de los fundamentos de la tercera pretensión principal que sustenta este reclamo de la demandante, los mismos que no son claros puesto que en el numeral 5.49 literal a) y b) señala un incremento de precios por el agua a ser tratada por la actora, sin efectuar al detalle una liquidación contable de la supuesta deuda, con lo cual no puede determinarse a cuánto asciende el saldo de la deuda reclamada, y siendo que la entidad

edil maneja fondos públicos no puede atribuírsele una deuda sin el debido sustento técnico contable, razón por la cual debe rechazarse este extremo de la demanda en su oportunidad.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

155. Con esta pretensión el Demandante solicita que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad que proceda con el reajuste de la tarifa por incremento acumulado del Índice de Precios al Consumidor – IPC, desde el mes de enero de 2018 hasta al mes de enero 2022, ascendente a 18.32%. Precisa que dicho reajuste deberá ser aplicada desde el mes de febrero de 2022, que corresponde a la interposición de la demanda arbitral.
156. El Demandante sustenta este pedido en lo dispuesto por el numeral 11.5 de la cláusula Decimoprimera del Contrato y numeral 6.5 de la cláusula Sexta de la Adenda N° 1.
157. De acuerdo con las definiciones del Contrato, modificadas mediante Adenda N° 1, se debe entender por retribución lo siguiente:

- **RETRIBUCIÓN:** ES LA CONTRAPRESTACIÓN QUE EL CONCEDENTE DEBERÁ PAGAR MENSUALMENTE A FAVOR DEL CONCESIONARIO POR EL SUMINISTRO DE AGUA TRATADA PARA EL RIEGO DE PARQUES Y JARDINES, EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN EL PRESENTE CONTRATO. LA RETRIBUCIÓN SE ESTABLECE DE LA SIGUIENTE MANERA: =====
 POR LA PLANTA DE TRATAMIENTO N° 01 (PRIMERA ETAPA) DE 250 M3 DIARIOS DE CAPACIDAD: S/. 2.638 (DOS Y 638/100 NUEVOS SOLES) MÁS IGV POR M3 DE AGUA TRATADA. =====
 POR LA PLANTA DE TRATAMIENTO N° 02 (SEGUNDA ETAPA) DE 800 M3 DIARIOS DE CAPACIDAD: S/. 4.30 (CUATRO Y 30/100 NUEVOS SOLES) MÁS IGV POR M3 DE AGUA TRATADA. =====

158. Sobre la retribución, la cláusula Decimoprimera del Contrato, en sus numerales 11.3 y 11.5, modificados por los numerales 6.3. 6.5 de la Adenda N° 1, dispone lo siguiente:

6.3. LA RETRIBUCIÓN TIENE POR OBJETO REMUNERAR TANTO LA INVERSIÓN EFECTUADA POR EL CONCESIONARIO COMO LOS COSTOS DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRATAMIENTO. =====
 6.5. EL VALOR DE LA RETRIBUCIÓN A SER PAGADA A EL CONCESIONARIO DEBERÁ SER AJUSTADA POR MOTIVO DE (I) VARIACIÓN DE ÍNDICES DE PRECIOS UNIFICADOS DE LA CONSTRUCCION CORRESPONDIENTES AL ACERO, PETRÓLEO, EQUIPO IMPORTADO Y OTROS; Y (II) VARIACIÓN EN EL ÍNDICE GENERAL DE PRECIOS AL POR MAYOR (IPM). =====

159. Sobre esta pretensión, la Municipalidad ha señalado al contestar la demanda lo siguiente:

10.- Sobre la pretensión subordinada tercera, referidas al incremento del índice de precios al consumidor mencionada en el numeral 11.5 del Contrato de Concesión, ello no ha sido materia de un debido sustento por la parte demandante, ello se advierte de los fundamentos de la tercera pretensión principal que sustenta este reclamo de la demandante, los mismos que no son claros puesto que en el numeral 5.49 literal a) y b) señala un incremento de precios por el agua a ser tratada por la actora, sin efectuar al detalle una liquidación contable de la supuesta deuda, con lo cual no puede determinarse a cuánto asciende el saldo de la deuda reclamada, y siendo que la entidad edil maneja fondos públicos no puede atribuírsele una deuda sin el debido sustento técnico contable en este caso y estando que su pedido no lo ha efectuado en la etapa postulatoria, no cabe que la demandante subsane dicha omisión, razón por la cual debe rechazarse este extremo de la demanda en su oportunidad.

160. Esta posición fue ratificada en la Audiencia Única por la Municipalidad⁶, señalando que era un tema de probanza, más no se negaba el derecho del Demandante al reajuste.
161. Se aprecia pues que el reajuste de la tarifa debe hacerse, de acuerdo con el Contrato y la Adenda, sobre la base de dos factores: i) variación de índices de precios a la construcción correspondientes al acero, petróleo, equipo importado y otros; ii) por variación de precios al por mayor – IPM.
162. Si bien la pretensión hace mención del reajuste en función al índice de precios al consumidor⁷ y no al índice de precios al por mayor⁸, la prueba aportada por el Demandante en los Anexos A-17 y A-30 de la demanda arbitral hacen expresa referencia a este último.
163. Se aprecia, sin embargo, tanto del Contrato como de la Adenda N° 1 que funda esta pretensión, que la retribución debe ser ajustada por dos factores, siendo que el Demandante presenta sustento únicamente sobre el factor relativo al IPM.
164. De otro lado, de los cuadros que presenta en ambos anexos, el Tribunal Arbitral no aprecia con claridad la metodología empleada. No solo ello, sino que en la Carta N° 021.-2021-CW-ASM de fecha 11 de marzo de 2021 (Anexo A-17) se hace la presentación de cifras a partir de noviembre de 2017, cuando la pretensión refiere que el ajuste se debe considerar desde el mes de enero de 2018:

a) La variación del IPM desde noviembre 2017 (mes de inicio de operaciones de las PTAR), hasta febrero de 2021, para el caso de ambas plantas, es de 7.02%.

2.2. Es por ello que la retribución a partir del mes de marzo 2021, considerando la variación del IPM, en aplicación de la cláusula décimo primera del contrato de concesión será expresada en los siguientes precios:

a) El precio de S/.2.648 por m³ de agua tratada más IGV pasará a ser de: **S/. 2.833 (dos y 833/1000 soles) por m³ de agua más IGV** por 250 m³ de agua residual tratada por la PTAR San Miguel 1, por lo que el monto mensual de facturación parará a ser de **S/. 21.542.60 soles más IGV.**

b) El precio de S/. 4.30 por m³ de agua tratada más IGV pasará a ser de: **S/. 4.60 (cuatro y 60/100 soles) por m³ de agua más IGV** por 800 m³ de agua residual tratada por la PTAR San Miguel 2, por lo que el monto mensual de facturación parará a ser de **S/. 111.933.33 soles más IGV.**

⁶ Minuto 01:40:42 al 01:41:37 de la Audiencia Única del 9 de mayo de 2022

⁷ TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: EL TRIBUNAL ARBITRAL DEBE ORDENAR A LA MUNICIPALIDAD QUE PROCEDA CON EL REAJUSTE DE LA TARIFA POR INCREMENTO ACUMULADO DEL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR DESDE EL MES DE ENERO DE 2018 AL MES DE ENERO 2022, ASCENDENTE A 18.32%, QUE DEBERÁ SER APLICADA DESDE EL MES DE FEBRERO DE 2022, MES DE INTERPOSICIÓN DE LA PRESENTE DEMANDA.

⁸ Se trata de conceptos vinculados pero distintos como se puede apreciar en: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Guia-Metodologica/Guia-Metodologica-06.pdf>

165. A dicha carta se adjunta una tabla que en un apartado hace referencia al siguiente cálculo de noviembre de 2017 a febrero de 2021:

Calculo porcentaje de variacion

San Miguel (De noviembre 2017 a febrero 2021)			
112.808299	1.07021037	107.02	7.02
105.407593			

166. Como se puede apreciar, más allá de la fecha de inicio empleada para el cálculo, no se aprecia la metodología empleada para llegar a las cifras mencionadas en la carta citada.
167. Luego, en el Anexo A-30 el Demandante presenta la variación del IPM desde el año 2005 hasta el año 2022, consignando en la parte final el siguiente cuadro:

Calculo Porcentaje de Variacion

San Miguel (De enero 2018 a enero 2022)			% variacion
125.108313	1.18316804	118.32	18.32
105.740105			

168. Para el Tribunal Arbitral es claro e incontrovertible que el Demandante tiene derecho a un reajuste de la retribución; sobre este aspecto la Municipalidad no tiene ninguna objeción, tal como expresamente lo ha manifestado por escrito y oralmente.
169. Es indubitable que este se debe basar en dos factores, tal como ha sido indicado en líneas precedentes. En este caso el Demandante ha presentado el sustento de uno de tales factores, de acuerdo con los cuadros antes consignados, los cuales no generan, a criterio de este Tribunal Arbitral, la convicción necesaria de que las cifras que se mencionan como resultado de la aplicación del IPM, sean las correctas, en la medida que no existe explicación de ningún tipo sobre la forma como se ha arribado a dicho resultado, sobre la metodología empleada para efectuar el cálculo de variación, tanto más si la propia prueba aportada hace mención a periodos ajenos a los meses reclamados en esta pretensión.
170. Siendo ello así, declarando y reconociendo el derecho del Demandante a que se reajuste la retribución, tal como expresamente lo establece el Contrato y la Adenda N° 1, lo cual es admitido también por la Municipalidad, el Tribunal Arbitral considera que la parte de esta pretensión en que se solicita que el reajuste desde el mes de enero de 2018 al mes de enero 2022, ascienda a 18.32%, no se encuentra acreditado debidamente en el proceso, razón por la cual esta pretensión debe ser declarada fundada en parte.

G. COSTOS DEL ARBITRAJE

Determinar si corresponde o no que, el Tribunal Arbitral ordene a la parte vencida el pago de las costas y costos que se generen del presente arbitraje.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

171. De conformidad con el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie acerca de los costos del presente arbitraje, a fin de determinar si alguna de las partes debe asumirlos en su totalidad, o si, por el contrario, cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.
172. Para este efecto, de acuerdo con la norma citada, el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
173. En ese sentido, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre si procede o no la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.
174. El Convenio arbitral no tiene un pacto expreso de las partes respecto de la asunción de los costos y costas del arbitraje. Así, este Tribunal Arbitral considera que tanto el Demandante como el Demandado tuvieron motivos suficientes para litigar y defender sus pretensiones en el presente arbitraje y, asimismo, independientemente del resultado, ejercieron sus respectivas alegaciones y defensas con profesionalismo y convicción, actuando de buena fe. De otro lado, las pretensiones sometidas a la decisión del Tribunal Arbitral requerían de una evaluación jurídica y de un pronunciamiento pues no eran superfluas o frívolas.
175. Considerando la posición del Tribunal Arbitral respecto de cada una de las pretensiones planteadas, después del análisis de los hechos y medios probatorios ofrecidos, así como de la conducta procesal evidenciada, este concluye que cada parte debe asumir el cincuenta por ciento de los costos del presente arbitraje relativos a los honorarios de los árbitros y gastos administrativos de la Secretaría Arbitral. Del mismo modo, cada parte debe asumir los costos del patrocinio arbitral en los que haya incurrido.

176. Según la información proporcionada por el Centro de Arbitraje, los costos arbitrales ascendieron a S/ 39,206.14 más I.G.V por honorarios del Tribunal Arbitral y S/ 13,982.14 más I.G.V. por gastos administrativos del Centro de Arbitraje.
177. En ese orden de ideas, habiendo asumido el Demandante la integridad de dichos montos, corresponde que la Entidad reintegre al Demandante la suma de S/ 26,594.14 más I.G.V.

VII. LAUDO

El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el inciso 1 del artículo 43° de la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, sobre la base de los considerandos glosados en este Laudo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55° y 56° de la Ley de Arbitraje y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, el Tribunal Arbitral en DERECHO, resuelve:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Excepción de Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa deducida por la Municipalidad Distrital de San Miguel.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral y, en consecuencia, se declara que la Municipalidad Distrital de San Miguel ha incumplido con lo dispuesto en el numeral 14.4 de la cláusula Decimocuarta del Contrato, al no haber incorporado a la retribución establecida en la cláusula Decimosegunda del Contrato, el cargo por el agua residual a ser captada por Aguas de San Miguel S.A.C. para la ejecución del Contrato.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral y, en consecuencia, se ordena a la Municipalidad Distrital de San Miguel establecer el incremento de la retribución por metro cúbico de agua tratada indicada en la cláusula Decimoprimeras del Contrato, por un monto igual al cargo fijado SEDAPAL por metro cúbico de agua residual sin tratamiento

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral y, en consecuencia, se ordena a la Municipalidad Distrital de San Miguel pagar a Aguas de San Miguel S.A.C. el cargo por agua residual captada, desde el 18 de enero de 2018 al 30 de junio de 2021, que asciende a la suma de S/ 553,110.84.

QUINTO: DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral y, en consecuencia, se ordena a la Municipalidad Distrital de San Miguel pagar a Aguas de San Miguel S.A.C. el cargo por agua residual captada por desde el mes de julio del año 2021 hasta el mes de enero del año 2022, que asciende a la suma de S/ 91,902.80, más los respectivos intereses legales que correspondan.

SEXTO: DECLARAR FUNDADA la Cuarta Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral y, en consecuencia, se ordena a la Municipalidad Distrital de San Miguel pagar a Aguas de San Miguel S.A.C. el cargo fijado por SEDAPAL por agua residual captada que se genere a partir del mes de febrero 2022 en adelante.

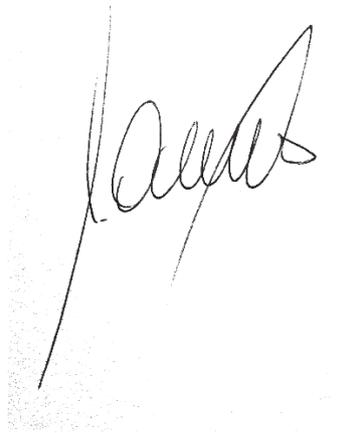
SÉPTIMO: DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento sobre la Pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la demanda arbitral.

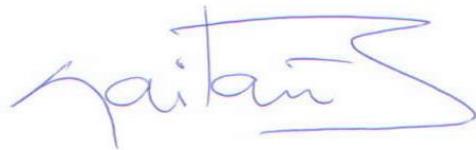
NOVENO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la tercera pretensión principal de la demanda arbitral y, por ende, se ordena a la Municipalidad Distrital de San Miguel que proceda con el reajuste de la retribución de Aguas de San Miguel, en cumplimiento de los dispuesto por el numeral 11.5 de la cláusula Decimoprimeras del Contrato y el numeral 6.5 de la cláusula Sexta de la Adenda N° 1, deviniendo en **IMPROCEDENTE** el reajuste solicitado de enero de 2018 a enero 2022.

DÉCIMO: FIJAR los costos arbitrales en la suma de S/ 39,206.14 más I.G.V por honorarios del Tribunal Arbitral y S/ 13,982.14 más I.G.V. por gastos administrativos del Centro de Arbitraje.

UNDÉCIMO: DISPONER que, por concepto de costos arbitrales, la Municipalidad Distrital de San Miguel reintegre a Aguas de San Miguel S.A.C. la suma de S/ 26,594.14 más I.G.V.



JUAN ALBERTO QUINTANA SÁNCHEZ
Presidente



CARLOS PAITÁN CONTRERAS
Árbitro



RONY SALAZAR MARTINEZ
Árbitro