

RECIBIDO  
17 NOV 2017Fecha .....  
Hora ..... 17:27 | N° Reg. 520 | Fólios 38 | Firma**Expediente arbitral N° 0035-2016.**

Demandante : Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A..  
Demandado : Consorcio Allin Ccapac.  
Materia : Arbitraje de derecho.  
Tribunal Arbitral : Rusbel Rito Salas Sevilla.  
Jorge Vicente Timoteo Linares Carreón.  
Henry Raymundo Tejada Arce.  
Secretaria arbitral : Héctor Calumani Villasante.

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

Puno, 17 de noviembre de 2017

**VISTOS:****1. Partes del proceso arbitral**

- 1.1. Como demandante, la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A.  
1.2. Como demandada, el Consorcio Allin Ccapac.

**2. Existencia de convenio arbitral y constitución del tribunal arbitral**

De este expediente arbitral se desprende que mediante Contrato San Gabán S.A. N° 045-2013, del 12 de agosto de 2013 (de fojas 127 de autos), celebrado entre la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. y el Consorcio Allin Ccapac, relativo a la "Supervisión de la Obra Proyecto Regulación Río Pumamayo", el cual constituye causa eficiente del presente proceso arbitral, en su cláusula décimo octava las partes pactaron que cualquier controversia que se presente en la ejecución contractual del aludido contrato se resolvería mediante arbitraje a cargo del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y la Producción de Puno, debiendo el tribunal arbitral constituirse por tres árbitros: dos nombrados por cada una de las partes y el tercero designado por los árbitros de parte.

Ello determinó que mediante escrito del 27 de diciembre de 2016 (de fojas 1 autos) la demandante Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. designe como su árbitro de parte al abogado Jorge Vicente Timoteo Linares Carreón, y que mediante escrito del 18 de enero de 2017 (de fojas 37 de autos) el demandado Consorcio Allin Ccapac designe como árbitro de parte al abogado Henry Raymundo Tejada Arce, y luego mediante carta del 10 de febrero de 2017 (de fojas 56 de autos) los árbitros de parte designan al abogado Rusbel Rito

Salas Sevilla como presidente del tribunal arbitral, sin que ninguna de las partes haya propuesto excepciones u objeciones al arbitraje en la forma regulada en el artículo 40 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio y la Producción de Puno.

Siendo ello así, existe convenio arbitral que legitima la intervención del tribunal arbitral designado en este proceso para la dilucidación del presente conflicto de intereses.

### **3. Itinerario del proceso y postulación de las pretensiones**

**3.1.** Mediante solicitud del 27 de diciembre de 2016 (de fojas 1 de autos) la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán solicitó se inicie el proceso de arbitraje en contra del Consorcio Allin Ccapac.

**3.2.** Luego de conformado el tribunal arbitral colegiado que va a dilucidar el presente conflicto de intereses, mediante resolución N° 1, del 8 de marzo de 2017 (de fojas 72 de autos) se citó a las partes para la audiencia de instalación del tribunal arbitral, para el 17 de marzo de 2017, a las 11.00 a.m.

**3.3.** A fojas 79 de autos obra el acta de instalación del tribunal arbitral del 17 de marzo de 2017, diligencia a la que no asistió el consorcio demandado pese a estar debidamente notificado, y en donde – además de establecerse las reglas procesales del arbitraje – se dio a la demandante el plazo de 10 días hábiles para la presentación de su demanda.

**3.4.** A fojas 98 de autos obra la demanda interpuesta por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán el 31 de marzo de 2017.

**3.4.1.** Las pretensiones incoadas por la Empresa de Generación Electrica San gabán, son:

Primera Pretensión principal.- Se declare nula e ineficaz la Carta N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CAPAC de fecha 06 de diciembre de 2016 (notificada a San Gabán S.A. el 07 de diciembre de 2016) que declara resolver el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 “Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Rio Pumamayo”.

Segunda pretensión principal.- Que el Tribunal Arbitral declare vigente el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 “Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Rio Pumamayo”

Tercera Pretensión Principal.- Que, las Costas y costos del proceso arbitral sean asumidas en su integridad por el CONTRATISTA CONSORCIO ALLIN CCAPAC.

**3.5. Como componentes fáctico y jurídico de su pretensión, sostiene que<sup>1</sup>:**

**3.5.1.** Mediante Carta N° 006-2016/CONSORCIO ALLIN CCAPAC de fecha 12 de octubre de 2016 (recibido por San Gabán S.A. en fecha 14 de octubre de 2016) el CONSORCIO deja constancia y requiere para que la ENTIDAD cumpla con sus obligaciones esenciales en un plazo de 5 días bajo apercibimiento de resolver el contrato. Los fundamentos de éste requerimiento, es la existencia de un acuerdo de fecha 22 de agosto de 2016, donde la ENTIDAD y CONSORCIO PUMAMAYO (Ejecutor de la Obra Regulación Río Pumamayo - represa Pumamayo) acordaron:

1. **Dar conformidad por parte del Consorcio Pumamayo al desembalse del agua de la Presa Pumamayo por parte de San Gabán S.A., que, a la fecha, llega a los 10 MMC; con la finalidad de poder efectuar la evaluación y/o diagnóstico de las filtraciones en la salida del túnel de desvío; y determinar las acciones a desarrollar, a fin de controlar estas filtraciones.**
2. **Determinar si las filtraciones indicadas corresponden a deficiencias en la construcción del túnel de desvío o de la propia presa por una mala praxis en la ejecución de la obra, lo que sería responsabilidad del Contratista, correspondiendo a éste subsanar dichas deficiencias. O, por el contrario, si dichas filtraciones no son de responsabilidad del Contratista, en cuyo caso éstas serán subsanadas directamente por San Gabán S.A. como Obra Nueva.**

Al respecto – indica - el CONSORCIO señala que no se le hizo partícipe del acto de fecha 22 de agosto de 2016.

**3.5.2.** Mediante Carta EGESG N° 615-2016-GG de fecha 31 de octubre de 2016, la ENTIDAD otorga respuesta a la Carta N° 006-2016/CONSORCIO ALLIN CCAPAC señalando que: el CONSORCIO tenía conocimiento de todo lo acontecido, quedando evidenciado con las siguientes cartas cursadas por San Gabán S.A.:

- Carta EGESG N° 407-2016-GG de fecha 20 de julio de 2016, donde se pone de su conocimiento el informe de visita de Control a la Obra del Proyecto Regulación Río Pumamayo (Acta N° 001-2016-SAN GABAN S.A. de fecha 27 de junio de 2016)

---

<sup>1</sup> La demandante Empresa de Generación Eléctrica San Gabán ha alcanzado al tribunal arbitral un archivo Word de su escrito de demanda, en formato que permite su copiado, por lo que es posible agregar literalmente el escrito de demanda al texto de este laudo.

- Carta EGESG N° 432-2016-GG de fecha 05 de agosto de 2016 (receptionada por su representada el 09.08.2016), donde se cita a su representada a una reunión de coordinación con carácter de urgente para tratar las condiciones en las que se realizará la apertura de las válvulas para la descarga del agua embalsada en la presa Pumamayo, tomando en cuenta la necesidad de efectuar un diagnóstico y propuesta de solución a las filtraciones que se han presentado a la salida del túnel de desvío, las cuales podrían llevar a daños posteriores.
- Carta EGESG N° 454-2016-GG de fecha 15 de agosto de 2016 (receptionada por su representada el 16.08.2016), donde se reitera la citación a la reunión de coordinación.

Asimismo, señala el demandante, que la ENTIDAD en ningún momento se habría vulnerado aspectos esenciales contractuales en contra del CONSORCIO, por el contrario se ha venido cumpliendo con lo establecido en las Bases del proceso del contrato de Obra Regulación del Río Pumamayo, toda vez que la ENTIDAD tenía la facultad de alcanzar observaciones a la Obra en esta etapa de recepción preliminar. Y como es el caso se han presentado filtraciones en el túnel de desvío. La ejecución de las inyecciones en la obra son necesarias y obligatorias a ser ejecutadas por el Ejecutor de la Obra en este caso Consorcio Pumamayo, esto de conformidad al Expediente Técnico de la Obra y que el CONSORCIO como supervisor de la obra debió hacerlas cumplir y revisar de manera detallada el expediente técnico para su cumplimiento, toda vez que su representada actuaba protegiendo los intereses de la ENTIDAD. Más al contrario el actuar de su representada indujo a error a la ENTIDAD haciendo creer que las inyecciones no eran necesarias y que las mismas no se encontraban en el expediente técnico. Y a la fecha han surgido las filtraciones en la obra, que vienen a ser obligación directa del contratista ejecutor de la obra, que su representada debió exigir.

**3.5.3.** Posteriormente, y al haber transcurrido el plazo otorgado por el Consorcio a la ENTIDAD sin que se haya cumplido la supuesta obligación imputada, mediante Carta N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CAPAC (en adelante la Carta)

de fecha 6 de diciembre de 2016, el Consorcio resolvió el Contrato, en los siguientes términos:

*"Previo cordial saludo, nos dirigimos a Ud. manifestándole nuestra decisión de Resolver el Contrato de la referencia b), en conformidad a lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (...), por la causal de incumplimiento de sus obligaciones contractuales y en razón de que la situación de incumplimiento no pueda ser revertida"*

***Desarrollando como causales específicas de dicha decisión, las siguientes:***

*En razón de que, no obstante, los requerimientos realizados, a través de la carta de la referencia a) la Entidad ha incumplido con programar día y hora a efectos de realizarse la recepción de la obra en los términos requeridos en dicha misiva.*

*Esto es, sin haber subsanado sus obligaciones sustanciales dentro del plazo requerido para tal efecto.*

*En razón de que la situación de incumplimiento de la Entidad que no pueda ser revertida (resolución directa de contrato)*

Respecto de ésta causal debemos precisar que, efectivamente, la Entidad en directa coordinación con el Contratista ejecutor de obra, tomó la decisión unilateral de realizar la apertura del embalse, es decir, la salida de agua de los embalses de la obra sub materia, obrando dichos acuerdos en un Acta levantada con fecha 22 de agosto de 2016, sin embargo, es el caso que en dicha decisión NO PARTICIPÓ NI SE CONSULTÓ en forma alguna al Consorcio Allin Ccapac, situación que ha generado que a la fecha, no sea posible cumplirse con el compromiso establecido en el Acta de Recepción Preliminar de Obra de fecha 5 de agosto de 2015, sobre el almacenamiento de 16 MMC de agua, específicamente al haberse

frustrado la posibilidad de realizar los ensayos de apertura de válvulas cuando la represa tenga un volumen de almacenamiento mayor al 50% de su volumen útil, convenido en dichos términos mediante la citada Acta de Recepción Preliminar de Obra; tanto más, si solo faltaba 6MMC para cumplir con lo pactado, porque al haberse programado arbitraria y unilateralmente la apertura de la válvula del equipo hidromecánico, generando la salida del agua de los embalses de la obra sub materia, que imposibilita concluir con nuestras obligaciones contractuales en la forma convenida, es decir, con la obligación de verificar como está técnicamente construida y el buen funcionamiento de sus sistemas de almacenamiento de agua y sistemas de conducción de canales y tuberías, pruebas de concreto y pruebas de descarga de aliviaderos, pruebas de equipamiento hidromecánico, entre otros, no pudiendo por lo demás, cumplirse con presentar la liquidación del contrato de consultoría, situación que no puede ser revertida por la referida decisión unilateral de la Entidad (tercer párrafo del artículo 169 del Reglamento), que por lo que además, se encuentra sujeta a la presentación de lluvias en la zona, lo que resulta ser incierto e indeterminable en forma fehaciente, pudiéndose tener que esperar varios años a que ello suceda, lo que nos obliga a resolver el contrato por indefinición de plazos y en aplicación estricta de criterios de razonabilidad." (Subrayado agregado).

Indica, la demandante, que en la Carta donde se resuelve el contrato se aprecia que el Consorcio invocó como causal de resolución de Contrato aquella establecida en el Numeral 1 del Artículo 168 del RLCE, donde se establece lo siguiente:

#### ***Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento***

*La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:*

1. *Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido*

*requerido para ello. (..)"*

Añade - la demandante - que como puede apreciarse, esta causal de resolución contractual, es aplicable cuando es la Entidad la que imputa un incumplimiento al contratista y no al contrario, en cuyo caso, la única causal de resolución contractual que puede ser invocada por un contratista ante una Entidad, se encuentra señalada en el último párrafo del Artículo 168 del RLCE, en el que se establece lo siguiente:

*(..) El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169º.*

*(Subrayado y resaltado agregados)*

Apunta - la demandante - que asimismo, el referido inciso precisa que el contratista tiene derecho de resolver el contrato ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que la haya emplazado mediante carta notarial y la Entidad no haya subsanado su incumplimiento.

De este modo, en caso sea un contratista quien decida llevar a cabo el procedimiento de resolución de un contrato ante una Entidad, dicha resolución solo podrá basarse en la imputación de un incumplimiento injustificado de una obligación esencial que hubiera sido contemplada en las Bases o en el contrato correspondiente.

Sobre el particular, es necesario considerar – señala - lo establecido en la Opinión N° 027-2014 de fecha 13 de febrero de 2014, emitida por el OSCE en relación a la naturaleza legal de una obligación esencial:

*"Como se aprecia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las*

**obligaciones esenciales de la Entidad.** En este último caso, **el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.**

En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.

De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que **una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.**

Abundando en lo anterior, es importante indicar que **el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico**

*del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas.*" (Subrayado y resaltado agregados)

En la Opinión citada, indica la demandante, se establece claramente que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato, y cuya condición es que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. Asimismo, se señala que la principal obligación esencial que tiene toda Entidad frente a un contratista es el pago de la contraprestación, no obstante, pueden existir otras obligaciones esenciales según la naturaleza y objeto del contrato o las prestaciones involucradas.

Lo antes indicado, agrega la demandante, evidencia que la causal de resolución contractual invocada por el Consorcio en la Carta N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CAPAC/BJLR, es incorrecta, pues el supuesto aplicable en el presente caso no era el Numeral 1 del Artículo 168 del RLCE sino el último párrafo del referido artículo. Sin perjuicio de lo antes indicado, y a fin de analizar la resolución del Contrato llevada a cabo por el Consorcio conforme al supuesto legal adecuado, analizaremos si los hechos señalados en la Carta, configuran supuestos de incumplimiento de obligaciones esenciales imputables a SAN GABAN conforme a los elementos legales antes descritos.

Añade la demandante, que respecto a las imputaciones formuladas por el Consorcio en la Carta de resolución de contrato, puede apreciarse que estas no se encuentran referidas a un supuesto incumplimiento de la obligación esencial de pago de la contraprestación por el servicio objeto del Contrato, sino a hechos distintos, que, a criterio del Consorcio, constituirían incumplimientos contractuales de SAN GABAN que dieron lugar al apercibimiento formulado mediante la Carta N° 006-2016-CONSORCIO ALLIN CCAPAC/BGLR y posterior resolución del Contrato.

Por tanto, los fundamentos de la resolución contractual pedido por el CONSORCIO no tienen relación con algún incumplimiento contractual ni incumplimiento de **obligaciones esenciales** de la ENTIDAD, siendo así, no es

procedente el pedido de resolución contractual, por lo que debe declarase la nulidad o ineficacia de la Carta N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CAPAC/BJLR que exige la resolución del contrato de supervisión del contrato de obra Regulación Río Pumamayo.

**3.5.4.** Como argumento de defensa de la demanda, la Empresa de Generación Eléctrica San Gaban precisa, que:

**PRIMERO: DE LA ERRÓNEA CAUSAL INVOCADA POR EL CONSORCIO.**- En la Carta se aprecia que el Consorcio invoca como causal de resolución de Contrato aquella establecida en el Numeral 1 del Artículo 168 del RLCE, en la que se establece lo siguiente:

**Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento**  
*La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:*

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello. (...)"*

Como puede apreciarse, esta causal de resolución contractual, es aplicable cuando es la Entidad la que imputa un incumplimiento al contratista y no al contrario, en cuyo caso, la única causal de resolución contractual que puede ser invocada por un contratista ante una Entidad, se encuentra señalada en el último párrafo del Artículo 168 del RLCE, en el que se establece lo siguiente:

*(. .) El contratista podrá solicitar la resolución del contrato de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan con las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°.* (Subrayado y resaltado agregados)

Asimismo el referido inciso precisa que el contratista tiene derecho de resolver el contrato ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que la haya emplazado mediante carta notarial y la Entidad no haya subsanado su incumplimiento.

**SEGUNDO: DE LAS CAUSALES DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO (incumplimiento de obligación esencial).**- De este modo, en caso sea un

contratista quien decida llevar a cabo el procedimiento de resolución de un contrato ante una Entidad dicha resolución solo podrá basarse en la imputación de un **incumplimiento injustificado** de una obligación esencial que hubiera sido contemplada en las Bases o en el contrato correspondiente.

Sobre el particular es necesario considerar lo establecido en la Opinión N° 027 -2014 de fecha 13 de febrero de 2014, emitida por el OSCE en relación a la naturaleza legal de una obligación esencial:

*"Como se aprecia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del estado, puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las obligaciones esenciales de la entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.*

*En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (solo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.*

*De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.*

*De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato en esa medida satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.*

*Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda*

***Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas.'***

(Subrayado y resaltado agregados)

En el caso de contratos para la ejecución de obras el artículo 184º del Reglamento establece determinadas obligaciones a la Entidad cuyo incumplimiento faculta al contratista a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, entre ellas la falta de entrega del terreno o la falta de designación del inspector o supervisor de obra.

En la Opinión citada se establece claramente que una **obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y cuya condición es que se haya contemplado en las Bases o en contrato** situación que se no se ha producido en el presente caso, conforme se puede verificar. Asimismo, se señala que la principal obligación esencial que tiene toda Entidad frente a un contratista es el pago de la contraprestación, no obstante, pueden existir otras obligaciones esenciales según la naturaleza y objeto del contrato o las prestaciones involucradas.

Lo antes indicado evidencia que la causal de resolución contractual invocada por el Consorcio en la Carta, es incorrecta. Sin perjuicio de lo antes indicado, y a fin de analizar la resolución del Contrato llevada a cabo por el Consorcio conforme al supuesto legal adecuado, analizaremos si los hechos señalados en la Carta configuran supuestos de incumplimiento de obligaciones esenciales imputables a SAN GABAN conforme a los elementos legales antes descritos.

**TERCERO: DE LAS IMPUTACIONES FORMULADAS POR EL CONSORCIO EN SU CARTA DE RESOLUCIÓN.**- Respecto a las imputaciones formuladas por el Consorcio en la Carta puede apreciarse que estas no se encuentran referidas a un supuesto incumplimiento de la obligación esencial de pago de la contraprestación por el servicio objeto del Contrato sino a hechos distintos, que, a criterio del Consorcio, constituirán incumplimientos contractuales de SAN GABAN

que dieron lugar al apercibimiento formulado mediante la Carta No 006-2016/CONSORCIO ALLIN CCAPAC/BGLR y posterior resolución del Contrato.

Los hechos imputados por el Consorcio a SAN GABAN son los siguientes:

- a) Falta de programación de día y hora para llevar a cabo la recepción de la obra objeto de supervisión.
- b) Disposición de realizar la apertura del embalse del Rio Pumamayo en coordinación con el ejecutor de la obra objeto de supervisión impidiendo al Consorcio ejecutar sus labores y además presentar la liquidación del Contrato.

Con relación al hecho indicado en el literal a) **del numeral anterior**, se aprecia que con fecha 22 de Julio de 2015, se reunieron en el lugar de ejecución de la obra "Proyecto Regulación del Rio Pumamayo", los integrantes del Comité de Recepción de la Obra, el cual se encuentra conformado entre otros, por los representantes del Consorcio, Ing. Blas López Rodriguez y Antonio Valenzuela Salas conforme se aprecia en el Acta de Recepción Preliminar de la Obra.

En la parte final de esta Acta, se dejó Constancia de lo siguiente:

*"(..) Se procedió a la verificación de los trabajos ejecutados, habiéndose comprobado que, en general, la Obra se ha ejecutado de acuerdo al Expediente Técnico y demás documentos relacionados a la ejecución de la Obra.*

*Sin embargo, se han encontrado observaciones de menor cuantía, no definitivas, las cuales se incluyen en el Pliego de Observaciones a la Obra, que forma parte de la presente Acta, por lo que el Comité declara que la obra, no se encuentra apta para su Recepción Preliminar.*

*Asimismo, se fija el día cinco de agosto de dos mil quince, para la continuación del proceso de Recepción Preliminar de la Obra (..)."*

(Subrayado agregado)

En atención a lo antes indicado, con fecha 5 de agosto de 2015, el Comité de Recepción de Obra se reunió nuevamente en el lugar de la obra y dejó Constancia de lo siguiente:

*"(..) En esta segunda visita de verificación de los trabajos ejecutados, se*

han levantado las observaciones efectuadas en el Pliego de Observaciones a la Obra. Por lo que el comité declara que la obra se ha ejecutado de acuerdo al Expediente Técnico y demás documentos del Contrato N° 035-2013/SAN GABÁN S.A. por lo que se procede a su Recepción Preliminar

(..) Asimismo, se deja constancia que, para la Recepción Final de la Obra, se deberán efectuar los ensayos que correspondan, cuando la represa tenga un volumen de almacenamiento mayor al cincuenta por ciento (50%) de su volumen útil; hecho que deberá ser comunicado por el Contratista, quien se hará cargo de la custodia de la Obra hasta su Recepción Final'

(Resaltado agregados)

Tal como se puede verificar, el 5 de agosto de 2015 el Comité de Recepción de Obra dispuso la Recepción Preliminar de la obra al haberse subsanado las observaciones formuladas en el Pliego de Observaciones anexado al Acta de Recepción de fecha 22 de Julio de 2015, señalando que para hacer efectiva la Recepción Final, era necesario que la represa tenga un volumen de almacenamiento mayor al cincuenta por ciento 50% de su volumen útil, hecho que debía ser comunicado por el contratista ejecutor de la obra.

Sobre el particular cabe hacer referencia al procedimiento legal de recepción de una obra previsto en el Artículo 210 del RLCE en el que se establece lo siguiente:

#### **Artículo 210 Recepción de la Obra y plazos**

1. En la fecha de culminación de la obra, el residente anotara tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor a cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informara a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

*En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del*

inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

*En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuara las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos. Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista.*

2. *De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrita el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.*

*Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción junto con el contratista, se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.*

*De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra. (..)*

*(Subrayado agregado)*

De la revisión del artículo antes citado se aprecia que la etapa de recepción de una obra cuya realización puede incluir, entre otros supuestos, la eventual formulación y subsanación de observaciones, se encuentra sujeta a un procedimiento y plazos específicos, durante los cuales intervienen, el contratista, y representantes de la Entidad y el supervisor de la obra en su

condición de miembros del Comité de Recepción de Obra.

En lo que respecta específicamente a la programación de fecha y hora para llevar a cabo la recepción de obra, se aprecia que conforme a lo establecido en el numeral 2 del Artículo 210 del RLCE la obligación de solicitar una nueva fecha de recepción de la obra, luego de subsanadas las observaciones que se hubieran formulado en el acto de recepción de la obra, corresponde al contratista mediante una anotación en el cuaderno de obra, y deberá ser verificado por el inspector o supervisor y posteriormente informado a la Entidad, la cual no tiene obligación legal alguna respecto a la programación de esta labor.

**CUARTO: FALTA DE ACREDITACIÓN RESPECTO A LA SUPUESTA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA.**- Sobre el particular, puede verificarse que en el

presente caso, el Consorcio no ha señalado cual sería la disposición contractual o legal de donde emanaría la supuesta obligación de SAN GABAN de programar

e informar al Consorcio sobre la nueva fecha de recepción de obra luego de subsanadas las observaciones, pues como hemos apreciado, el Artículo 210 del RLCE, no establece ello en ninguno de sus extremos, por tanto no se puede acreditar los supuestos incumplimientos alegados por el Contratista en contra de SAN GABÁN S.A. Debe tomarse en consideración además que de acuerdo a los hechos que describiremos a continuación incluso la programación de fecha para la recepción final de obra no resultaba posible debido a que persistían una serie de hechos de fuerza mayor que impedían la conclusión de la obra.

Asimismo, de la revisión de las Bases y del Contrato, también se aprecia que en ninguno de estos documentos, se estableció que la programación de fecha para la recepción de obra se encontrara a cargo de SAN GABAN, por lo que resulta claro que, la imputación de un supuesto incumplimiento contractual formulada por el Consorcio, se basa únicamente en un criterio unilateral que no tiene fundamento legal ni contractual, por cuanto no se puede acreditar de manera objetiva y contundente los incumplimientos alegados. Sin perjuicio de lo antes indicado, resulta pertinente mencionar también que el Consorcio fue debidamente informado sobre las coordinaciones que venía realizando SAN GABAN con el contratista por lo que incluso el Consorcio no podría aducir que no tenía

conocimiento de las gestiones y coordinaciones que se venían realizando con relación a la ejecución de la obra.

**QUINTO.- CON RELACIÓN A LA APERTURA DEL EMBALSE.**- Por otro lado, con relación a la imputación formulada por el Consorcio a SAN GABAN respecto a la decisión de realizar la apertura del embalse del Río Pumamayo, en coordinación con el ejecutor de la obra (Consorcio Pumamayo) se basa en el contenido del Acta de Acuerdos de fecha 22 de agosto de 2016, suscrita entre SAN GABAN y el contratista, en la que, entre otros aspectos se acordó lo siguiente:

"(..) 1. Dar conformidad por parte del Consorcio Pumamayo al desembalse del agua de la Presa Pumamayo por parte de San Gabán S.A, que, a la fecha, llega a los 10 MMC; con la finalidad de poder efectuar la evaluación y/o diagnóstico de las filtraciones en la salida del túnel de desvío y determinar las acciones a desarrollar a fin de controlar estas filtraciones (..)

3. (..) Asimismo, de comprobarse que las deficiencias no sean de responsabilidad del contratista San Gabán S.A. reconocerá al contratista los gastos técnicos realizados durante el proceso de desembalse del agua almacenada en la presa, proceso de diagnóstico de observaciones (filtraciones), elaboración de expediente para la solución y ejecución de los trabajos necesarios para solucionar las filtraciones en la obra; teniendo presente que la misma sigue a cargo del Contratista hasta su recepción final.

4. El Contratista, por su parte, solicita se deja Constancia que mediante carta ha solicitado, se le libere de la responsabilidad de las pruebas finales, por causa de fuerza mayor, debidamente comprobada, ocasionados por el fenómeno del niño que ha afectado con una significativa disminución de las precipitaciones pluviales en la última temporada de lluvias, es decir desde el mes de mayo de 2016, al haberse tenido una temporada completa de avenida sin lograr el llenado mínimo de agua en la presa.

5. San Gabán S.A, considera que, el pedido del Contratista es controvertido, en el sentido que el Contratista no tiene responsabilidad en el llenado de la presa, por corresponder a fenómenos de la naturaleza de carácter imprevisible; (....)

(Subrayado y resaltado agregados)

De la revisión del contenido de esta Acta se observa que ante la ocurrencia y persistencia de un hecho de fuerza mayor referido a la falta de lluvias en la zona de la obra, que impedía lograr el volumen mínimo de agua en la presa del Río Pumamayo y por ende continuar con la ejecución de la obra y llevar a cabo su Recepción Final, el contratista y SAN GABAN decidieron dejar constancia y

acordar una serie de aspectos en beneficio del proyecto dado los hechos acontecidos. No obstante, el Consorcio aduce que los acuerdos suscritos entre SAN GABAN y el contratista le impidieron concluir con sus labores objeto del Contrato y presentar su liquidación. Sin embargo, un hecho a tomar en cuenta es que en las reuniones llevadas a cabo para la recepción de la obra, se tuvo participación de los representantes del CONSORCIO, por lo que pretender desconocer los acuerdos arribados resulta poco ético por parte del CONSORCIO, cuando estuvieron presentes y tuvieron la oportunidad de expresar su punto de vista y hacerlo constar en el acta.

En relación a lo antes mencionado, y al igual que lo señalado sobre el supuesto planteado por el Consorcio, apreciamos que esta imputación se basa únicamente en un criterio unilateral considerado por el Consorcio pues la supuesta obligación incumplida por SAN GABAN, no se encuentra regulada en ninguna disposición legal ni contractual que se pueda verificar en el Contrato, bases, estipulaciones técnicas. Por tal motivo se aprecia que los argumentos emitidos por el Consorcio con relación a la imposibilidad del CONSORCIO de continuar con la ejecución de sus labores objeto del Contrato y de presentar la liquidación correspondiente conforme a lo establecido en el Artículo 179° del RLCE, resultan falaces, debido a que se debería a causas ajenas a la responsabilidad de SAN GABAN y del propio Consorcio, lo cual evidentemente no configura el supuesto legal de resolución contractual señalado en el artículo 168° del RLCE, como indebidamente ha señalado el Consorcio en la Carta.

#### **SEXTO: OBLIGACIÓN DEL CONSORCIO DE CONTINUAR CON EL VÍNCULO CONTRACTUAL MIENTRAS SUBSISTA EL VÍNCULO CON EL CONTRATISTA.-**

El Tribunal debe merituar, el hecho que a la fecha se encuentra vigente nuestro contrato de obra SAN GABAN S.A. Nº 035-2013 "PROYECTO DE REGULACION RIO PUMAMAYO", por tanto de acuerdo a los términos del contrato, mientras subsista el vínculo contractual con el contratista principal de la obra, se encuentra ligado y vinculado contractualmente la supervisión de la obra, de acuerdo a lo establecido en el contrato:

## **CLÁUSULA DECIMO: CONFORMIDAD DE LA CONSULTORIA DE OBRA**

*La conformidad de la consultoría de obra se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y será otorgada por el funcionario y/o colaborador que desempeñe funciones de Jefe de Planeamiento Civil.*

*De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad de la prestación. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, EL CONTRATISTA no cumpliese a cabalidad con la subsanación, SAN GABAN S.A. podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.*

*Este procedimiento no será aplicable cuando la consultoría de obra manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso **SAN GABAN S.A.** no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.*

*(subrayado nuestro).*

A respecto, es necesario considerar lo establecido en la OPINIÓN Nº 149-2015/DTN, de fecha 23 de setiembre de 2015, emitida por el OSCE en relación a la naturaleza legal de una obligación esencial:

### **CONCLUSIONES:**

3.1 *Cuando el plazo de ejecución de obra se extienda y/o se requiera la ejecución de prestaciones adicionales de obra, el contrato de supervisión, en atención a su objeto y a la relación de accesoria que guarda con el de obra, deberá adecuarse a las nuevas circunstancias, debiéndose aprobar las ampliaciones de plazo y/o prestaciones adicionales que correspondan, según las circunstancias particulares del caso.*

3.2 *Considerando los constantes cambios que puede sufrir una obra durante su ejecución y la obligación que tiene la Entidad de controlar directa y permanente la ejecución de la obra a través del supervisor, la normativa de contrataciones del Estado permite la aprobación de prestaciones adicionales de supervisión ante la aprobación de una prestación adicional de obra, sin establecer un límite máximo hasta el cual puedan ser aprobadas.*

Por otro lado, traemos a colación al presente caso, el aforismo latino "Accesorium sequitur principale", lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en derecho civil se usa para señalar que las cosas accesorias que dependan de las principales correrán, material, ideal o jurídicamente la suerte de la cosa principal. Así las cosas, lo que le suceda jurídicamente a la cosa principal marcará el destino de la cosa accesoria.

**SÉPTIMO: DE LOS MOTIVOS PARA SOLICITAR LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.**.- Que, el CONSORCIO ha solicitado la resolución contractual invocando erróneamente una causal que no es aplicable al caso e imputando supuestos incumplimientos por parte de SAN GABAN S.A. los cuales han sido desvirtuados conforme se ha explicado precedentemente; sin embargo esta inesperada decisión del CONSORCIO de resolver el contrato obedece a raíz de la solicitud de SAN GABÁN S.A. de requerir al CONSORCIO nos exhiba documentación original de su propuesta técnica presentada en el proceso de selección de Menor Cantidad AMC N° 019-2013-EGESG - Segunda Convocatoria - para la "Supervisión de la Obra Proyecto Regulación Rio Pumamayo", derivada del Concurso Público N° 003-2013-EGESG, en virtud a una fiscalización posterior efectuada por el Órgano de Control Interno (OCI) de la Entidad, conforme corre de la Carta Notarial EGESG N° 653-2016.GG de fecha 22 de noviembre de 2016 y que con esta actitud de resolver el contrato estaría el CONSORCIO tratando de evadir responsabilidades de carácter legal, e incluso de índole penal. A la fecha el OCI de la Entidad ha procedido a efectuar la denuncia correspondiente ante el OSCE por haber alcanzado información falsa a la ENTIDAD (se adjunta documento sustentatorio).

**OCTAVO:.-** De este modo, resulta claro que ninguno de los hechos indicados por el Consorcio en la Carta, constituyen fundamentos legales ni contractuales válidos para que se haya efectuado la resolución del Contrato, pues conforme hemos señalado en el presente informe, los incumplimientos imputados por el Consorcio a SAN GABÁN, no califican como obligaciones esenciales al no estar previstas ni en las Bases ni el contrato, ni menos aún estar señaladas en alguna disposición legal de la LCE ni de su Reglamento.

Adicionalmente, debe considerarse que, toda obra debe contar de modo permanente con un supervisor sin embargo, en el presente caso, ante la resolución del contrato llevada a cabo por el Consorcio, SAN GABAN estaría sin supervisión y es por ello que el Tribunal deberá declarar nula e ineficaz la resolución contractual y por ende la vigencia del contrato de supervisión.

**3.6.** Mediante escrito del 17 de mayo de 2017 (de fojas 167 de autos) el demandado Consorcio Allin Ccapac **contesta la demanda**, con – esencialmente – los siguientes fundamentos fácticos y jurídicos<sup>2</sup>:

**3.6.1.** El contrato sublitis se ejecutó en función a los términos de referencia, en donde se establecen las responsabilidades del supervisor de obra, las que se realizan en concordancia con el expediente técnico aprobado, realizándose el control técnico, el control económico y el control administrativo de la obra.

**3.6.2.** Luego de concluida la obra, la Entidad emitió la Resolución de Gerencia General N° 183-2015/SAN GABAN, del 15 de julio de 2015, mediante la cual se designa al comité de recepción de obra para el 22 de julio de 2015, para su participación conforme a los términos contractuales.

**3.6.3.** Sin embargo, el 22 de julio de 2015 se lleva a cabo únicamente una recepción preliminar de obra en la que intervienen los representantes de la Entidad, los representantes del contratista ejecutor de la obra Consorcio Pumamayo y los representantes de la supervisión de obra Consorcio Allin Ccapac, estableciéndose que, en general, la obra se ha ejecutado conforme al expediente técnico y demás documentos relacionados a la ejecución de la obra; sin embargo, se encontró observaciones de “menor cuantía” no definidas las cuales se incluyeron en un pliego de observaciones a la obra, incluidas en el acta.

**3.6.4.** Con fecha 5 de agosto de 2015, estando presentes las mismas personas, se reunieron nuevamente en el lugar de ejecución de la obra, a fin de recepcionarla, dejándose constancia que en esa segunda oportunidad se verificó

---

<sup>2</sup> El demandado Consorcio AllinCcapac, pese al requerimiento efectuado en el numeral 31 de la audiencia de instalación del tribunal arbitral de fojas 87 de autos, no ha alcanzado archivo magnético de su escrito de contestación de la demanda en archivo Word que permita su incorporación literal a este laudo, habiéndolo hecho solo en un archivo Word 97-2003 en formato JPEG Image, por lo que se va a proceder a señalar los aspectos más resaltantes del escrito de contestación de la demanda.

que se levantaron las observaciones, procediéndose a su recepción preliminar, señalándose literalmente "Asimismo se deja constancia que para la recepción final de la obra se deberán efectuar los ensayos que correspondan, cuando la represe tenga un volumen de almacenamiento mayor al 50% de su volumen útil, hecho que deberá ser comunicado por el contratista, quien se hará cargo de la custodia de la obra hasta su recepción final".

**3.6.5.** Es el caso que se llevó a cabo una tercera reunión, en fecha 22 de agosto de 2016, en la que no se hizo participar al Consorcio Allin Ccapac como supervisor, nunca en modo alguno se le cito para la reunión, en la que la Entidad y el Contratista tomaron los siguientes acuerdos: a) dar conformidad al desembalse de aguas con la finalidad de evaluar las filtraciones, b) determinar si las filtraciones corresponden a deficiencias en la construcción, c) ver lo relativo al tratamiento de las filtraciones.

**3.6.6.** En la mencionada reunión no participó Consorcio Allin Ccapac y se tomaron acuerdos sin considerar la opinión de la Supervisión.

**3.6.7.** Ante ello, remitió la Carta 006-2016(CONSORCIO ALLIN CCAPAC/BGLR, del 12 de octubre de 2016 haciendole conocer que para los efectos del desembalse no ha dado su conformidad.

**3.6.8.** Al haberse infringido el contrato de supervisión se remitió la carta notarial N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CCAPAC, del 7 de diciembre de 2016 por el que Consorcio Allin Ccapac resuelve el contrato.

**3.7.** Mediante acta del 24 de julio de 2017 se consigna el desarrollo de la se lleva a cabo la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de los medios probatorios (de fojas 265 de autos), a la que no asistió el Consorcio Allin Ccapac pese a estar debidamente notificado.

**3.8.** Mediante acta del 28 de agosto de 2017 (de fojas 305 d autos) se lleva a cabo la audiencia de ilustración de hechos e informes orales, en la que las partes expusieron sus argumentos en favor de sus respectivos intereses; asimismo, mediante resolución N° 10, del 8 de septiembre de 2017 (de fojas 375) de autos se fija el plazo para laudar, el que ha sido prorrogado mediante resolución N° , del .

## **CONSIDERANDO:**

**Primero:** La justicia arbitral está reconocida constitucionalmente en el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución, que normativamente prevé que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la militar y la arbitral. En función a ello, la ley de desarrollo constitucional de tal norma – en lo relativo al arbitraje – el Decreto Legislativo N° 1071 prevé (en el inciso 2 del su artículo 4) que pueden ser sometidas arbitraje las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre las entidades públicas y particulares, lo que acontece en el presente caso; asimismo, conforme al numeral 52.3 del artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1017<sup>3</sup> el arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, del Decreto Legislativo N 1071 y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del Derecho, la norma agrega que tal disposición es de orden público y que el incumplimiento de lo dispuesto es causal de anulación del laudo. Por consiguiente, este tribunal arbitral se va a guiar por tal prelación normativa.

**Segundo:** En la audiencia de conciliación, determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios del 24 de julio de 2017 (de fojas 265 de autos), se han fijado como puntos controvertidos, los siguientes:

1. Determinar si corresponde o no que el tribunal arbitral declare nula e ineficaz la Carta N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CCAPAC, del 6 de diciembre de 2016 (notificada a San Gabán el 7 de diciembre de 2016) que declara resolver el Contrato SAN GABAN N° 045-2013 “Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Río Pumamayo”.
2. Determinar si corresponde o no que el tribunal arbitral declare vigente el Contrato SAN GABAN N° 045-2013 “Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Río Pumamayo”.

---

<sup>3</sup> Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso, en función al principio de irretroactividad de las leyes y porque es la norma vigente al momento en que se suscribió el contrato de supervisión materia de este proceso arbitral.

3. Determinar a quién y en qué proporción le corresponde asumir las costas y costos del proceso arbitral.

Como consecuencia de lo señalado, son tales los componentes fácticos de este proceso que van a merecer pronunciamiento en este laudo.

#### **Tercero: Tema medular materia de pronunciamiento**

Del análisis de los actos postulatorios se desprende con meridiana claridad que son dos los temas medulares que deben merecer pronunciamiento en este laudo:

1. Si el demandado Consorcio Allin Ccapac tiene derecho a resolver el Contrato SAN GABAN N° 045-2013 "Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Río Pumamayo".
2. Si el tribunal arbitral debe declarar la eficacia del Contrato SAN GABAN N° 045-2013 "Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Río Pumamayo".

#### **Cuarto: Respeto al tema de fondo de la controversia**

Respecto a la primera pretensión principal relativa a que declare nula e ineficaz la Carta N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CAPAC de fecha 06 de diciembre de 2016 (notificada a San Gabán S.A. el 07 de diciembre de 2016) que declara resolver el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 "Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Rio Pumamayo".

Aparece de autos que mediante Contrato San Gabán N° 045-2013, del 12 de agosto de 2013 (de fojas 127 de autos) la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. contrató al Consorcio Allin Ccapac para la supervisión de la obra Proyecto Regulación Río Pumamayo, en los términos que figuran en el mencionado contrato.

Quinto: Mediante Carta N° 006-2016/CONSORCIO ALLIN CCAPAC/BGLR, del 13 de octubre de 2016, recepcionada por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA el 14 de octubre de 2016 (de fojas 137 de autos), el demandado Consorcio Allin Ccapac hace requerimiento formal a la demandante Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA para que en el término de cinco días hábiles programe fecha y hora para la recepción de la obra, a efectos de continuar con la liquidación de la obra, bajo apercibimiento de resolución del contrato por incumplimiento de parte de la Entidad, conforme a lo señalado en los artículos 179 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El fundamento del requerimiento formal es – esencialmente -, que: **a)** según acuerdo del 22 de agosto de 2016, entre la Entidad y el Contratista, arriban en “dar solución a las filtraciones que se viene presentando a la salida del túnel de desvío, por la parte superior de la caseta de válvulas”, **b)** para el referido acuerdo la Entidad debió comunicarse con la supervisión, así como para la apertura de la válvula, sin embargo, el actuar se realizó de manera arbitraria, porque las válvulas se han abierto por la necesidad de la Entidad que requiere del agua para generar energía eléctrica, **c)** la obra se encuentra en óptimas condiciones, y al no haberse respetado el acuerdo contractual solicitan se programe fecha y hora para la recepción de la obra.

**Sexto:** Mediante Carta N° EGESG N° 615-2016-GG, del 31 de octubre de 2016 (de fojas 139 de autos), la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA contesta la antes mencionada carta, señalando – fundamentalmente -, que: **a)** el juez de paz de Ollachea no es competente para emitir constataciones (la apertura de las válvulas, **b)** mediante Carta N° EGESG N° 432-2016-GG, del 5 de agosto de 2016 se citó al Consorcio Allin Ccapac a una reunión urgente para tratar las condiciones en las que se realizará la apertura de las válvulas para la descarga del agua embalsada en la represa Pumamayo, tomando en cuenta la necesidad de efectuar un diagnóstico y propuesta de solución a las filtraciones que se han presentado a la salida del túnel de desvío.

**Séptimo:** Luego, mediante Carta N° 10 – 2016 - CONSORCIO ALLIN CCAPAC/BJLR, del 6 de diciembre de 2016, recepcionada por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA el 7 de diciembre de 2016 (de fojas 147 de autos), el Consorcio Allin Ccapac manifiesta su decisión de resolver el Contrato San Gabán N° 045-2013, del 12 de agosto de 2013 (de fojas 127 de autos).

El sustento de la resolución contractual es configurado por el Consorcio Allin Ccapac, en la forma siguiente: **a)** se sustenta expresamente en el numeral 1 del artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, por la causal de incumplimiento de obligaciones contractuales, **b)** la razón de la resolución está en que la Entidad ha incumplido con programar día y hora ha efecto de realizarse la recepción de la obra en los términos requeridos por el demandado, **c)** la situación de incumplimiento de la Entidad no puede ser revertida, por la decisión unilateral de

realizarse la apertura del embalse, lo que imposibilita concluir con sus obligaciones contractuales.

**Octavo:** La doctrina<sup>4</sup> reconoce que la ineficacia funcional, o resolución contractual, supone en todos los casos un negocio jurídico perfectamente estructurado, en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos, solo que dicho negocio jurídico por un evento ajeno a su estructura o sobreviniente, deja de producir efectos jurídicos.

**Noveno:** En función a ello, conforme a la norma contenida en el artículo 168 del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que regula las causales de resolución por incumplimiento, la Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley N° 1017, en los casos en que el contratista: 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello. 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación; la misma norma prevé que el contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.

Por tanto, de la interpretación de este dispositivo legal se desprende, sin lugar a dudas, que la resolución contractual puede solicitarse en dos supuestos:  
1) Por la Entidad, cuando el contratista incumpla cualquier obligación contractual,  
2) Por el contratista, cuando la entidad incumpla con sus obligaciones esenciales previstas en el contrato o en las bases.

**Décimo:** Siendo ello así, corresponde determinar si el Consorcio Allin Ccapac (el Contratista) ha imputado a la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA (la Entidad), para los efectos de la resolución contractual que invoca, el

---

<sup>4</sup> Taboada Córdova, Lizardo, Nulidad del negocio jurídico, Academia de la Magistratura, Programa de Formación y ascenso de Magistrados, Lima, 2003, página 27.

incumplimiento de alguna obligación esencial y si efectivamente tal incumplimiento esencial se ha producido.

**Undécimo:** Al respecto, la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, establecía que las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado tienen carácter vinculante desde su publicación en el portal institucional del OSCE, la norma agregaba que el criterio establecido en la opinión conservará su carácter vinculante mientras no sea modificado mediante otra opinión posterior, debidamente sustentada o por norma legal.

Actualmente, las opiniones de la OSCE siguen teniendo carácter vinculante, según ha quedado establecido en la Opinión N° 211-2017/DTN, del 26 de septiembre de 2017.

**Duodécimo:** Al respecto, en la Opinión N° 027-2014/DTN, del 13 de febrero de 2014, la Dirección Técnica Normativa de OSCE, ha determinado lo que debe entenderse por obligación esencial, para los efectos de la resolución contractual, estableciéndose al respecto, que:

#### **"OPINIÓN N° 027-2014/DTN**

Entidad: Gobierno Regional de Cajamarca  
Asunto: Resolución de contrato por incumplimiento  
Referencia: Comunicación recibida el 3.OCT.2012

---

#### **1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el Presidente Regional del Gobierno Regional de Cajamarca realiza varias consultas respecto a la resolución de contrato por incumplimiento.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal j) del artículo 58 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N°

1017 (en adelante, la “Ley”), y la Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 184-2008-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

## 2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Las consultas formuladas son las siguientes:

### 2.1 “*¿Cómo se define una obligación esencial?*”<sup>5</sup>

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado un contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.

Así, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución del contrato, pues alguna de las partes podría incumplir parcial o totalmente sus obligaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver<sup>6</sup> el contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

2.1.2 Al respecto, como una de las cláusulas obligatorias en los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado, el literal c) del artículo 40 de la Ley establece que “(...) En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, (...). Iqual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.” (El resaltado es agregado).

Asimismo, el último párrafo del artículo 168 del Reglamento precisa que “El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, (...), en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las

<sup>5</sup> De los antecedentes la consulta formulada, se desprende que el solicitante requiere que este Organismo Supervisor defina los alcances del literal c) del artículo 40 de la Ley y el último párrafo del artículo 168 de su Reglamento, los cuales establecen que el contratista podrá resolver el contrato a la Entidad, en los casos que esta incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales.

<sup>6</sup> A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución “(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte”. (El resaltado es agregado). En *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

*Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169º.* (El resaltado es agregado).

Como se aprecia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las **obligaciones esenciales** de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.

En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.

2.1.3 De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.

Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato<sup>7</sup> o a las prestaciones involucradas.

---

<sup>7</sup> En el caso de contratos para la ejecución de obras, el artículo 184 del Reglamento establece determinadas obligaciones a la Entidad cuyo incumplimiento faculta al contratista a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, entre ellas la falta de entrega del terreno o la falta de designación del inspector o supervisor de obra.

2.2 “*¿Existen obligaciones no esenciales?, ¿Cómo se define una obligación no esencial?*” (sic).

Considerando que las obligaciones esenciales son aquellas cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato; las obligaciones no esenciales pueden definirse como aquellas cuyo cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato o, en otras palabras, su incumplimiento no impide alcanzar la finalidad del contrato.

2.3 *¿Cualquier obligación que se establezca en las bases o en el contrato es una obligación esencial?* (sic).

De conformidad con lo expuesto al absolver las consultas 2.1 y 2.2, una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer la necesidad de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se hayan contemplado en las Bases o en el contrato.

No obstante, las obligaciones establecidas en las Bases o en un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado no se limitan a ser obligaciones esenciales, pues también pueden detallarse obligaciones no esenciales; su naturaleza dependerá de si su cumplimiento es necesario para alcanzar la finalidad del contrato o no.

Por tanto, no toda obligación establecida en las Bases o en el contrato constituye una obligación esencial.

2.4 *¿Una obligación para ser considerada como esencial debe estar señalada bajo esta denominación?* (sic).

En este punto, es preciso reiterar que el último párrafo del artículo 168 del Reglamento señala que “*El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, (...).*” (El subrayado es agregado).

Al respecto, debe señalarse que, la normativa de contrataciones del Estado exige que las obligaciones esenciales estén incluidas en el contrato o en las Bases con la finalidad de que las partes tengan conocimiento de su contenido y alcance pero no establece la forma en que deben denominarse.

En esa medida, una obligación esencial puede denominarse expresamente como tal o puede no incluir dicha denominación; correspondiendo, en este último caso, distinguirla por su condición de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

En consecuencia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede contener obligaciones esenciales denominadas expresamente como tal u obligaciones esenciales sin denominación, dado que la calificación de una obligación como esencial no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

Finalmente, cabe precisar que cualquier controversia relacionada con la resolución de un contrato –incluso respecto a la naturaleza esencial o no esencial de una obligación–, podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje, de conformidad con el último párrafo del artículo 170 del Reglamento.

**2.5 *¿Las Obligaciones esenciales sólo son de exclusividad de las Entidades públicas? (sic).***

De conformidad con el numeral 2.1.3 de la presente opinión, una obligación esencial se define como aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, con ello, satisfacer el interés de la contraparte.

De dicha definición se desprende que existen obligaciones esenciales tanto para la Entidad como para el contratista, debido a que el cumplimiento de ambas resulta indispensable para que el contrato alcance su finalidad y satisfaga los intereses de las partes.

**2.6 *¿Sólo se puede resolver el contrato a una Entidad pública por incumplimiento injustificado de obligaciones esenciales o existe otra causal? (sic).***

Como se ha señalado en el numeral 2.1 de la presente opinión, la resolución del contrato es una forma anticipada de extinción del contrato prevista para situaciones que imposibiliten ejecutar las prestaciones pactadas o como paliativo ante el incumplimiento de estas por alguna de las partes.

En esa medida, un contratista está facultado a resolver el contrato cuando la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, de conformidad con lo expuesto al absolver la consulta 2.1.

No obstante, el primer párrafo del artículo 44 de la Ley indica que "Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato." (El resaltado es agregado). Así, el contratista puede resolver el contrato a la Entidad cuando se presente una situación de caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la continuación del mismo.

De conformidad con lo expuesto, un contratista puede resolverle a la Entidad un contrato por incumplimiento injustificado de sus obligaciones esenciales y, adicionalmente, por caso fortuito o fuerza mayor, conforme a lo detallado en el párrafo precedente.

**2.7 ¿El incumplimiento de una obligación no esencial podría motivar la resolución del contrato? (sic).**

De conformidad con lo expuesto en el punto 2.1 de la presente opinión, un contratista puede resolver el contrato por incumplimiento solo cuando la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales. De ello se infiere que el contratista no puede resolver el contrato cuando la Entidad incumpla con sus obligaciones no esenciales.

Asimismo, de conformidad con el numeral 1) del artículo 168 del Reglamento, una Entidad puede resolver el contrato por incumplimiento cuando el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a haber sido requerido su cumplimiento. De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado faculta a la Entidad a resolver el contrato cuando el contratista incumpla injustificadamente sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, de tal modo que la Entidad puede hacer efectiva dicha potestad ante el incumplimiento de cualquier obligación, sea esencial o no.

En consecuencia, el incumplimiento de una obligación no esencial por parte del contratista –sea contractual, legal o reglamentaria–, solo faculta a la Entidad a resolver el contrato; no siendo posible que el contratista ejerza su potestad de resolución ante el incumplimiento de una obligación no esencial de la Entidad.

**3. CONCLUSIONES**

- 3.1 Una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato.

- 3.2 Las obligaciones no esenciales pueden definirse como aquellas cuyo cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato o, en otras palabras, su incumplimiento no impide alcanzar la finalidad del contrato.
- 3.3 No toda obligación establecida en las Bases o en el contrato es una obligación esencial.
- 3.4 Una obligación para ser considerada esencial no requiere estar denominada como tal en las Bases o el contrato, pues su calificación no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.
- 3.5 Las obligaciones esenciales no son de exclusividad de las Entidades públicas, sino que corresponden tanto al contratista como a la Entidad, dado que el cumplimiento de ambas resulta indispensable para que el contrato alcance su finalidad y satisfaga los intereses de las partes.
- 3.6 Un contratista puede resolverle a la Entidad un contrato por incumplimiento injustificado de sus obligaciones esenciales y, adicionalmente, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la continuación del mismo.
- 3.7 El incumplimiento de una obligación no esencial por parte del contratista –sea contractual, legal o reglamentaria–, solo faculta a la Entidad a resolver el contrato; no siendo posible que el contratista ejerza su potestad de resolución ante el incumplimiento de una obligación no esencial de la Entidad.

Jesús María, 13 de febrero de 2014"

**Décimo tercero:** De la revisión de la Carta N° 006-2016/CONSORCIO ALLIN CCAPAC/BGLR, del 13 de octubre de 2016, recepcionada por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA el 14 de octubre de 2016 (de fojas 137 de autos), y de la Carta N° 10 – 2016 - CONSORCIO ALLIN CCAPAC/BJLR, del 6 de diciembre de 2016, recepcionada por la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA el 7 de diciembre de 2016 (de fojas 147 de autos), a través de las cuales el Consorcio Allin Ccapac pretende configurar la resolución contractual material de litis no se desprende que se esté imputando a la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SAA el incumplimiento de alguna obligación esencial (entendida como aquella necesaria para que se alcance la finalidad del contrato de supervisión suscrito entre las partes), sino el incumplimiento de una obligación genérica, esto es, el programar día y hora para la realización de la recepción de la obra "Proyecto Regulación Río Pumamayo".

**Décimo cuarto:** De lo actuado en autos no solo el Consorcio Allin Ccapac no ha probado que la “programación de día y hora para la recepción de la obra” sea una obligación esencial de la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA, consignada en el Contrato San Gabán N° 045-2013, del 12 de agosto de 2013 (de fojas 127 de autos), sino que – lo más importante – en el artículo 210 del Decreto Supremo N° 184-2008-EF se regula la forma y plazos de la recepción de obra con y sin observaciones, estableciéndose que si hubieran observaciones (como en el presente caso, según se explicitará más adelante), éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra, la norma agrega que a partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego, señala la norma que las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna, finaliza la norma estableciendo que subsanadas las observaciones, **el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras**, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación, la norma prevé que el comité de recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor, la comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones. De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

Por consiguiente, si hubiesen observaciones a la obra, luego de subsanadas éstas, la recepción de la obra se hará previa solicitud del contratista.

**Décimo quinto:** En el caso de autos, las partes están de acuerdo en que el 22 de agosto de 2016 la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA y el Consorcio Pumamayo suscribieron un acta (de fojas 149 de autos) a cuyo mérito se estableció la necesidad del desembalse de las aguas de la Represa Pumamayo para poder evaluar y/o diagnosticar las filtraciones existentes en la salida del túnel de desvío.

Es cierto que el Consorcio Allin Ccapac señala que no fue citado para tal reunión, pero también es cierto que tuvo conocimiento de la existencia de las mencionadas filtraciones, según se desprende de la carta EGESG N° 407-2016-GG, del 20 de julio de 2016, recepcionada por el demandado el 20 de julio de 2016 (de fojas 144 de autos) por la que se le remite el Informe de Visita de Control N° 07-2016-OCI/0785-V, del que se desprende que existe fuga de agua en la zona de salida del túnel de desvío y operación, que en la estructura de la presa se presentan deficiencias constructivas y que no cuenta con instalaciones de carácter permanente para operaciones de vigilancia; asimismo, mediante carta EGESG N° 432-2016-GG, del 5 de agosto de 2016 (de fojas 145 de autos) de cuyo tenor se desprende que el gerente general de la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán, lo cita a una reunión urgente "para tratar las condiciones en las que se realizará la apertura de las válvulas para la descarga del agua embalsada en la Presa Pumamayo, tomando en cuenta la necesidad de efectuar un diagnóstico y propuesta de solución a las filtraciones que se han presentado a la salida del túnel de desvío".

No existe medio probatorio en autos del que se desprende que alguna de las partes hayan señalado y probado la inexistencia de las mencionadas filtraciones.

**Décimo sexto:** Siendo ello así, la obligación – no esencial – de programar día y hora para la recepción de la obra la tendría que hacer la empresa de Generación Electrica San Gaban SA luego que el contratista Consorcio Pumamayo subsane las filtraciones existentes en la obra, y no antes, como pretende el demandado y supervisor Consorcio Allin Ccapac.

**Décimo séptimo:** Por otra parte, no es lógico suponer que la apertura de las válvulas para el desembalse de las aguas haya sido un acto arbitrario de la demandante Empresa de Generación eléctrica San Gabán "para tener agua para generar energía eléctrica", como sostiene el demandado Consorcio Allin Ccapac, sino un acto necesario para evaluar y diagnosticar las filtraciones existentes en la obra Represa Pumamayo.

Tampoco puede razonablemente sostenerse que el Consorcio Allin Ccapac fue excluido de la supervisión, en forma unilateral, como señala el demandado, porque la recepción de la obra aún no se ha realizado; por

consiguiente, nadie puede ser excluido de un acto que aun no se ha realizado, máxime que el demandante no señala que su citación a la apertura de las válvulas sea una obligación esencial incumplida por la demandante.

**Décimo séptimo:** Por consiguiente, existen observaciones que subsanar para recibirse – recién – la obra, situación que también se desprende del acta de recepción preliminar de obra del 5 de agosto de 2015 (de fojas 218 de autos) en donde con la participación del comité de recepción, el Consorcio Pumamayo y el Consorcio Allin Ccapac se pacta o establece que para la recepción final de la obra se deberán efectuar los ensayos que correspondan cuando la represa tenga un volumen de almacenamiento mayor al 50% de su volumen útil, hecho que deberá ser comunicado por el contratista, quien se hará cargo de la custodia de la obra hasta su recepción final.

**Décimo octavo:** Por consiguiente, dado que existen filtraciones en la obra que deben ser subsanadas en la forma que corresponda, la programación de día y hora para la recepción de la obra no es una obligación esencial de la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA, sino un acto complejo que debe ser solicitado por el contratista Consorcio Pumamayo, luego que las filtraciones en la obra estén subsanadas, lo que determina que con la invocación de realización de tal acto no puede resolverse el Contrato SAN GABAN N° 045-2013 “Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Río Pumamayo”, por no ser obligación esencial de la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA respecto del mencionado contrato de consultoría o supervisión.

**Décimo noveno:** Por lo señalado, debe declararse fundada la primera pretensión principal de la demanda, y como consecuencia de ello debe declarar nula e ineffectiva la Carta N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CAPAC de fecha 06 de diciembre de 2016 (notificada a San Gabán S.A. el 07 de diciembre de 2016) que declara resolver el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 “Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Rio Pumamayo”.

**Vigésimo:** Respecto a la segunda pretensión principal relativa que el Tribunal Arbitral declare vigente el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 “Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Rio Pumamayo”

En los considerandos precedentes se ha establecido que la resolución contractual objeto de la primera pretensión principal es nula e ineffectiva; por ello,

y como consecuencia lógico jurídica de tal conclusión el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 “Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Rio Pumamayo” está plenamente vigente, lo que determina que debe declararse fundada la según da pretensión principal, declarándose la plena vigencia del mencionado contrato.

**Vigésimo primero:** Respecto a la tercera pretensión principal relativa a que los las Costas y costos del proceso arbitral sean asumidas en su integridad por el CONTRATISTA CONSORCIO ALLIN CCAPAC

Conforme a lo señalado en el artículo 57 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y la Producción de Puno, en el laudo tribunal arbitral se pronunciará sobre si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción debe repartiré entre ellas.

**Vigésimo quinto:** De lo actuado en autos y de lo precisado en este laudo ha quedado establecido que el demandado Consorcio Allin Ccapac en forma ilegítima ha decidido la resolución contractual materia de litis, ello determina que sea razonable el disponerse que sea el demandado Consorcio Allin Ccapac el que asuma el costo de su ilícito proceder y por ello debe ser condeno al pago de la totalidad de gastos arbitrales que este proceso ha generado.

Por ello, apareciendo de autos que ha sido la demandante Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA quien ha pagado la totalidad de los honorarios del tribunal arbitral, los gastos administrativos y el IGV ascendente a la suma de S/. 21,007.24, descompuesto en los siguientes conceptos: **a)** pago por solicitud de arbitraje S/. 395.00 (fojas 27), **b)** S/.10,306.12 por honorarios arbitrales, según informe del 18 de abril de 2017 (fojas 158), **c)** S/.10,306.12 por honorarios arbitrales, según escrito del 22 de agosto de 2017 (fojas 304), debe disponerse que el demandado Consorcio Allin Ccapac restituya o pague a la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA, la suma de S/. 21,007.24 en el término de cinco días.

Por las consideraciones expuestas este tribunal arbitral **en mayoría** emite el laudo con el siguiente contenido resolutivo:

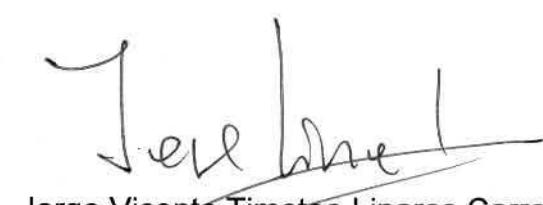
LAUDO:

1. Declararon fundada la primera pretensión principal de la demanda; en consecuencia, declararon nula e ineficaz la Carta N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CAPAC de fecha 06 de diciembre de 2016 (notificada a San Gabán S.A. el 07 de diciembre de 2016) que declara resolver el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 "Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Rio Pumamayo".
  2. Declararon fundada la segunda pretensión principal de la demanda; en consecuencia, declararon vigente el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 "Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Rio Pumamayo"
  3. Declararon fundada la tercera pretensión principal de la demanda; en consecuencia ordenaron que el demandado Consorcio Allin Ccapac restituya o pague a la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán SA, la suma de S/. 21,007.24 en el término de cinco días de quedar firme este laudo.
- Tómese razón y hágase saber.
4. Se dispone que la Secretaría del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y la Producción de Puno, remita el laudo arbitral a la OSCE.



Rusbel Rito Salas Sevilla

Presidente del Tribunal Arbitral



Jorge Vicente Timoteo Linares Carreón

Árbitro



CENTRO DE ARBITRAJE  
CÁMARA DE COMERCIO Y LA PRODUCCIÓN DE PUNO

Abog. Héctor E. Calumani Villasante  
SECRETARIO ARBITRAL

**Voto en discordia emitido por el Árbitro Henry Raymundo Tejada Arce (en adelante el Árbitro) en el proceso seguido por Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. contra el Consorcio Allin Ccapac.**

Puno, 17 de noviembre de 2017.



Con el debido respeto por la posición discrepante de mis colegas integrantes del Árbitro, en el laudo en mayoría, mi voto en discordia, es el siguiente:

#### **ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA**

1. La presente controversia se ha suscitado en torno al cumplimiento de las obligaciones de Supervisión asumidas por el Consorcio Allin Ccapac, en adelante EL CONSORCIO, mediante contrato, a favor de la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A., en adelante SAN GABAN. Los hechos probados ponen de manifiesto que por un supuesto incumplimiento de las obligaciones esenciales de SAN GABAN, EL CONSORCIO resuelve el contrato.
2. En el transcurso del arbitraje se ha debatido fundamentalmente en torno al cumplimiento de las obligaciones contractuales de cada parte en el contrato, muy especialmente en determinar si constituye una obligación esencial de SAN GABAN, hacer intervenir en todas y cada una de las etapas de la recepción de obra a EL CONSORCIO, en su condición de Supervisor.
3. Así, para el desarrollo del razonamiento que resuelve los puntos controvertidos -y que éste Árbitro desagrega a continuación- el análisis lógico jurídico se centra en la materia actual, en el respeto a lo acordado por las partes en el contrato y a los procedimientos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico particular.
4. En este contexto, se pone de relieve la importancia del respeto a lo pactado en el contrato, incluido el procedimiento previsto para la resolución del mismo.
5. Finalmente, el Árbitro considera esencial en el proceso de resolución de la controversia que se desarrolla a continuación, la ponderación de la prueba actuada para establecer si, por parte de SAN GABAN se ha dado un incumplimiento de sus obligaciones esenciales al no citar a EL CONSORCIO a una fase de la recepción de la obra, cuya Supervisión se encontraba a su cargo, que constituye el núcleo prestacional convenido en el contrato, lo que supone demostrar previamente lo establecido al respecto en los documentos contractuales (contrato, bases y las ofertas de EL CONSORCIO).
6. En todo caso, el Árbitro, en el razonamiento que sigue a continuación, tiene en especial consideración que esta controversia debe ser resuelta en el marco

estricto de lo pactado en el contrato suscrito entre las partes, bajo los términos de la contratación a la que por ley se sujetó SAN GABAN, normativa que en gran medida resulta ser de orden público y de estricto cumplimiento por las partes.

#### **a. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

**Determinar si corresponde o no, que el Árbitro declare nula e ineficaz la Carta N° 10-2016.CONSORCIO ALLIN CCAPAC, del 6 de diciembre del 2016 (notificada a SAN GABAN el 7 de diciembre de 2016) que declara resolver el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 “Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Río Pumamayo”.**

7. Para cumplir con tal propósito, el Árbitro previamente deberá determinar si:

- (i) Para resolver el contrato se siguió el procedimiento establecido en los documentos contractuales;
- (ii) La causal de resolución de contrato invocada por EL CONSORCIO está contemplada en los documentos contractuales conforme a la normativa de contrataciones del Estado, obedeciendo a sustento jurídico indispensable para concluir en la resolución contractual.

##### **• Razonamiento del Árbitro**

**(i) ¿Para resolver el contrato se siguió el procedimiento establecido en los documentos contractuales?**

8. El Árbitro advierte que la decisión de EL CONSORCIO de resolver el Contrato mediante la Carta N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CAPAC del 06 de diciembre de 2016 (notificada a San Gabán S.A. el 07 de diciembre de 2016) que declara resolver el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 “Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Río Pumamayo”, se basa fundamentalmente en el hecho que SAN GABAN habría incumplido con su obligación esencial de hacer intervenir a EL CONSORCIO en una de las fases de la recepción de la obra y que a pesar de haberle requerido para que se subsane dicha omisión, no cumplió con hacerlo. El Árbitro estima pertinente reproducir la parte pertinente de la referida Carta que resuelve el Contrato:

“Desarrollando como causales específicas de dicha decisión, las siguientes:

1. En razón de que, no obstante los requerimientos realizados, a través de la carta de referencia a) (se refiere a la Carta N° 006-2016/CONSORCIO ALLIN CCAPAC/BGLR,) la Entidad ha incumplido con programar día y hora a efectos de realizarse la recepción de la obra en los términos requeridos en dicha misiva. Esto es, sin haber subsanado sus obligaciones esenciales dentro del plazo requerido para tal efecto.

2. En razón de que la situación de incumplimiento de la Entidad que no pueda ser revertida (resolución directa de contrato).

Respecto de la primera causal se debe precisar que, efectivamente, la Entidad en directa coordinación con el Contratista ejecutor de obra, tomó la decisión unilateral de realizar la apertura del embalse, es decir, la salida de agua de los embalses de la obra sub materia, obrando dichos acuerdos en un Acta levantada con fecha 22 de agosto del 2016, sin embargo, es el caso que en dicha decisión no participó ni se consultó en forma alguna al Consorcio Allin Ccapac, situación que ha generado que a la fecha no sea posible cumplirse con el compromiso establecido en el Acta de Recepción Preliminar de Obra de fecha 5 de agosto del 2015, sobre el almacenamiento de 16 MMC de agua, específicamente al haberse frustrado la posibilidad de realizar los ensayos de apertura de válvulas cuando la represa tenga un volumen de almacenamiento mayor al 50 % de su volumen útil, convenido en dichos términos mediante la citada Acta de Recepción Preliminar de Obra; tanto más, si solo faltaba 6 MMC para cumplir con lo pactado, por lo que al haberse programado arbitraria y unilateralmente la apertura de la válvula del equipo hidromecánico, generando la salida de agua de los embalses de la obra sub materia, que imposibilita concluir con nuestras obligaciones contractuales en la forma convenida, es decir, con la obligación de verificar como está técnicamente construida y el buen funcionamiento de sus sistemas de almacenamiento de agua y sistemas de conducción de canales y tuberías, pruebas de concreto y pruebas de descarga de aliviaderos, pruebas de equipamiento hidromecánico, entre otros, no pudiendo por lo demás, cumplirse con presentar la liquidación del contrato de consultoría, situación que no puede ser revertida por la referida decisión unilateral de la Entidad (tercer párrafo del artículo 169 del Reglamento) (...)"

- Jacint*
9. De la revisión de los medios probatorios, el Árbitro advierte que la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 "Supervisión de Obra Proyecto regulación río Pumamayo", prevé la posibilidad de resolución del contrato por las partes, en conformidad con los artículos 40°, inciso c) y 44° de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), y los artículos 167° y 168° de su Reglamento y de darse el caso, se debe proceder conforme al artículo 169° de este cuerpo normativo.
- C*
10. El artículo 167° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento) establece que cualquiera de las partes puede poner fin al Contrato por un hecho sobreviniente a su suscripción, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.
11. Por su parte, el inciso 1) del artículo 168° del Reglamento establece que la Entidad podrá resolver el Contrato en los casos en que el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello. Precisándose en el último párrafo que, el contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la

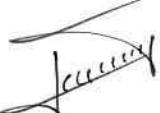
Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.

12. El Artículo 169º del Reglamento establece que, si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
13. El literal c) del artículo 40 de la Ley establece que “(...) En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, (...). Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.”
14. Como se aprecia, para resolver el contrato, EL CONSORCIO debía requerir a la Entidad para que satisfaga las observaciones requeridas dentro de un plazo no mayor a cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
15. Tomando en consideración el marco contractual y legal antes indicado, el Árbitro considera que el contrato, la Ley y el Reglamento estipulan un procedimiento previo a la resolución contractual, que en el presente caso, se ha cumplido, habiendo EL CONSORCIO, requerido a SAN GABAN, a través de la Carta N° 006-2016/CONSORCIO ALLIN CCAPAC/BGLR del 3 de octubre del 2016, para que, en el plazo de cinco días programe fecha y hora para la recepción de la obra, con la intervención de EL CONSORCIO, bajo apercibimiento de resolución de contrato. SAN GABAN dio respuesta dentro del plazo concedido, señalando que EL CONSORCIO, entre otros argumentos, tiene conocimiento de todo lo acontecido. EL CONSORCIO, por Carta N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CCAPAC/BJLR, del 6 de diciembre del 2016, comunica a SAN GABAN su decisión de resolver el Contrato.
16. En conclusión, para el Árbitro resulta claro que, en cuanto al procedimiento de resolución de contrato por incumplimiento de las obligaciones esenciales de SAN GABAN, éste se encuentra sujeto a lo establecido en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato celebrado entre las partes, en aplicación del procedimiento que debe observar la resolución del contrato, conforme al artículo 169º del Reglamento.

17. En conclusión, para el Árbitro resulta claro que, en cuanto al procedimiento de resolución contractual, éste se encuentra sujeto a lo establecido en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato celebrado entre las partes. Por tanto, a criterio del Árbitro, con plena validez, siendo por tanto vinculante a SAN GABAN.

**(ii) ¿Las causales de resolución de contrato invocadas por EL CONSORCIO están contemplada en los documentos contractuales conforme a la normativa de contrataciones del Estado, obedeciendo a sustento jurídico indispensable para concluir en la resolución contractual?**

18. De acuerdo a lo indicado en los considerandos precedentes, el artículo 168º del Reglamento prescribe tres (3) causales posibles de ser invocadas para que la Entidad pueda resolver un Contrato, siendo la primera de ellas el incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello, y para que el Contratista pueda hacerlo deberá seguirse el mismo procedimiento. En el presente caso, ésta última causal específica fue la invocada por EL CONSORCIO al resolver el Contrato mediante Carta N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CCAPAC/BJLR.



Pero esta Carta, no establece como causal de resolución únicamente la de incumplimiento de obligaciones esenciales de SAN GABAN, sino que también EL CONSORCIO resuelve el contrato por la causal contenida en el tercer párrafo del Artículo 169º del Reglamento: "cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida".

Por lo expuesto, queda evidenciado que las dos causales de resolución del Contrato invocadas por EL CONSORCIO se encontraban señaladas en el Contrato de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, cabiendo abalizar su procedencia.



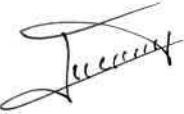
**Incumplimiento de SAN GABAN de sus obligaciones esenciales**

19. A efectos de analizar esta causal de resolución establecida por EL CONSORCIO, a criterio del Árbitro, resulta necesario efectuar algunas definiciones previas:

Obligación esencial.- La Dirección Técnica Normativa de Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, ha establecido en reiteradas Opiniones vinculantes, que el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar

contenidas en las Bases o en el contrato. Definiendo como obligación esencial, “aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato. Determinando que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas.”

Tal como surge de su significado, estaremos frente a una obligación esencial cuando dicha obligación constituye lo que caracteriza o califica la naturaleza del contrato, esto es, aquel elemento que sin su existencia el contrato de que se trate deja de ser tal y se convierte en otro.

  
20. A partir de esta definición, a criterio del Árbitro, resulta indispensable establecer si el hecho de haberse celebrado diversos acuerdos entre SAN GABAN y el contratista ejecutor de obra Consorcio Pumamayo, plasmados en la denominada Acta de Acuerdos, celebrada con fecha 24 de agosto del 2016, sin la participación de EL CONSORCIO, significa el incumplimiento de las obligaciones esenciales de SAN GABAN que hayan legitimado la resolución contractual efectuada por EL CONSORCIO.

  
21. Del contrato que vincula a las partes, se infiere como objeto: la Supervisión de la obra Proyecto Regulación río Pumamayo.

22. Al respecto, el artículo 190º del Reglamento, establece que toda obra debe contar de modo permanente y directo con un inspector o un supervisor, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y el cumplimiento del contrato.

23. La función genérica del inspector o supervisor consiste en realizar el control de la obra, cuidando que ésta se ejecute conforme con los términos acordados en el contrato de ejecución de obra. Asimismo, debe absolver las consultas que le formule el contratista, ajustando su actuación a las estipulaciones contractuales sin poder modificar o alterar su contenido – Artículo 193º del Reglamento

24. La participación del Supervisor no se limita al control de la adecuada

ejecución de la obra, sino que también participa de manera obligatoria en el acto de recepción de obra como parte del comité de recepción, ello, no solamente por haberse dispuesto así en los documentos contractuales sino por haber preceptuado ello en el segundo párrafo del numeral 1) del artículo 210 del Reglamento.

25. El Supervisor entonces, se encuentra obligado a controlar la adecuada ejecución de la obra y a participar del acto de recepción de obra, constituyéndose éstas actividades como propias del contrato de supervisión, según lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado, normativa que debe ser cumplida por todos, sin excepción, especialmente por la entidades que forman parte del Estado.
26. Siendo ello así, el Árbitro determina que constituye obligación esencial de SAN GABAN, dar cumplimiento a la normativa de contrataciones del Estado, de estricto orden público, cuya observancia estricta permite alcanzar la finalidad del contrato, en el caso bajo análisis, la finalidad del contrato de supervisión es la de controlar el correcto cumplimiento de la ejecución de la obra en función al expediente técnico, obligaciones contractuales que se realizan, luego de concluida la ejecución de la obra, al recepcionarse la misma, de acuerdo a los términos contractuales, e inclusive, según estos, con su intervención en la liquidación de la obra, siendo tales acciones inherentes a su contratación, por tanto, constituía una obligación esencial para SAN GABAN, en tanto con ello, se cumple con la Ley, de orden público.
27. El acto de recepción de obra constituye un acto de control que se produce con posterioridad a la culminación de la obra, en el que se procede a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas, y en el cual se efectúan las pruebas necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos, de ser necesario.
28. Ahora bien, de los Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos de las Bases, el Árbitro percibe que el objeto del servicio del Supervisión es el control técnico, control económico y administrativo, control de prevención de riesgo (seguridad) y medio ambiente de todas las actividades a ejecutarse por el contratista ejecutor de obra, a fin de garantizar el correcto desarrollo y ejecución de la obra, desde el inicio hasta su culminación, así como la correcta aplicación e interpretación de los documentos técnicos y administrativos vinculados, habiéndose establecido como funciones específicas del Supervisor la de participar en el proceso de recepción de obra como miembro de la Comisión de Recepción de Obra, en todas las etapas establecidas en el expediente técnico, incluyendo las pruebas de recepción de la presa materia de ejecución de la obra.

29. El Árbitro advierte que la Cláusula Sexta del Contrato estipula, “El presente contrato está conformado por las bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.”. Sobre el particular, es obligación de la Entidad mantener invariables los documentos contractuales durante toda la vigencia del contrato, los que no pueden ser modificarlos unilateralmente.

30. Asimismo advierte que las bases han establecido, en el numeral 5.3.2.7. – Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos - que concluida la obra SAN GABAN designará la Comisión de Recepción, en el caso bajo análisis, cumplió SAN GABAN con designarla mediante Resolución de Gerencia General N° GG-183-2015/SAN GABAN S.A., de fecha 15 de julio del 2015, integrando a la misma a la Supervisión, de acuerdo a los términos del Contrato.

31. Determina el Árbitro, teniendo a la vista las pruebas aportadas por las partes que, el modo para realizar la recepción de la obra, fue establecido en el expediente técnico, siendo necesario para ello, la realización de diversas pruebas relacionadas al objeto de obra, que consiste en construcción de una represa que permita el almacenamiento del volumen de agua total de 32 Hm<sup>3</sup>, provenientes de las lagunas Condoriquiña y Saytojota, cuyas aguas discurren por el río Ajoyajota, principalmente durante las épocas de lluvia.

32. En este contexto, se inició la recepción de obra, con intervención de un representante de la Supervisión, el día 22 de julio del 2015, se lleva a cabo la recepción preliminar de la obra, que según lo estipulado en el numeral 5.3.2.8 de los Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos de las bases, debía formalizarse después del periodo de operación experimental, descrito en el expediente técnico, siendo ello así se evidencia de las pruebas aportadas que, la recepción de la obra provisional se inició en conformidad a las especificaciones de las bases, con la intervención de representantes de SAN GABAN, del contratista ejecutor de la obra, de la Comisión de recepción de Obra integrada por un representante de EL CONSORCIO, faltando en consecuencia formalizarse la misma con la realización de pruebas técnicas que permitan verificar la conformidad de la obra en función a las condiciones establecidas en el expediente técnico. Para el efecto, correspondía proceder a almacenar la cantidad suficiente de agua en la represa, de tal forma que pudiera verificarse la existencia o no de filtraciones, entre otras características técnicas establecidas en expediente técnico.

33. Quedando entonces explícito para el Árbitro que, según los documentos contractuales, el acto de recepción de obra, contemplaba dos fases, una primera, denominada de recepción provisional, que consiste básicamente en

la inspección a realizarse en función a la presentación del último informe de avance, resumen de los metrados finales, el estado de cuenta final de los trabajos, todos los planos de la obra ejecutada de acuerdo al expediente técnico y la constancia de la supervisión de que la obra se encuentra en condiciones de ser recibida, que permita verificar la existencia o no de observaciones a ser subsanadas, otra segunda, de formalización de la recepción provisional, que debía materializarse con la realización de diversa pruebas técnicas realizadas en función al almacenamiento previo de agua en la represa, en la cantidad suficiente, de acuerdo al expediente técnico.

34. Resultando claro para el Árbitro, que en ambas fases de la recepción de la obra, debían intervenir el contratista ejecutor de la obra Consorcio Pumamayo, la Comisión de Recepción designada por SAN GABAN y EL CONSORCIO a través de su representante, integrando la Comisión, esto en conformidad al Contrato y los dispositivos que regulan la participación de la supervisión en el contrato de obra, particularmente en su recepción.
35. En ese sentido, a partir de la designación de la Comisión de Recepción de la Obra, realizada formalmente por la Entidad contratante, es esta la que asume la responsabilidad técnica y legal de la recepción de la obra, en conformidad a los términos de contratación, siendo autónoma e independiente en su accionar, por lo que de no intervenir la Comisión en el acto de recepción, generaría la invalidez de la misma, no pudiendo surtir en consecuencia efectos jurídicos válidos, pues, de acuerdo a normas, corresponde únicamente a la Comisión de Recepción de la Obra, designada formalmente por la Entidad para tal fin, la que puede recepcionarla o no, según sea el caso.
36. El Árbitro verifica de la revisión de los medios de prueba aportados, que con fecha 22 de agosto del 2016, se llevó a cabo una reunión entre el contratista ejecutor de la obra Consorcio Pumamayo y SAN GABAN, en la que no intervino la Comisión de Recepción de la Obra, en la que se establece como objeto de tal reunión la de arribar a acuerdos para dar solución a las filtraciones que se vienen presentando a la salida del túnel de desvío, por la parte superior de la caseta de válvulas de la obra, plasmada en un Acta de Acuerdos, en la que se señala que tomando en cuenta el Acta N° 0001-2016-SAN GABAN SA/OCI, de Visita de Control del 27 de junio del 2016, se tomaron diversos acuerdos entre ellos, constatándose que en la misma, haberse realizado un desembalse de agua en la Presa por parte de SAN GABAN con la finalidad de poder efectuar la evaluación y/o diagnóstico de filtraciones y determinar las acciones a desarrollar a fin de controlarlas, estableciéndose supuestas deficiencias técnicas de la obra, tomando al respecto SAN GABAN diversas decisiones.

37. Para el Árbitro, con esta Acta, SAN GABAN asumiendo funciones que correspondían a la Comisión de Recepción de la Obra que ella misma designó, basándose en una observación del Órgano de Control Institucional, procedió a ejecutar unilateralmente la segunda fase de la Recepción de la Obra, disponiendo el desembalse de las aguas de la presa, realizando observaciones y tomando decisiones sobre su subsanación, todo ello, sin la participación de la Comisión de Recepción, y con la sola intervención del Ing. Raúl Calle Guerra en la condición de Gerente de Planeamiento y Desarrollo, y un representante del contratista ejecutor de la obra, cuando la recepción de la obra en esta fase de formalización con la realización de pruebas técnicas, debía realizarse necesariamente por la Comisión de Recepción en pleno, razón por la cual el Árbitro estima que la referida el Acta carece de validez, sucediendo lo propio con los acuerdos en ella asumidos, en razón de que vulnera los procedimientos y normas establecidas en el Contrato y normas que lo regulan. Con esta determinación SAN GABAN manifestó su intención de ejecutar la segunda fase de la recepción de la obra, directamente, sin la participación de la Comisión de Recepción de Obra, ni de EL CONSORCIO, esto es, incumpliendo su obligación esencial de dar cumplimiento a las estipulaciones contractuales pactadas en conformidad a la ley de contrataciones del Estado, específicamente a la obligación referida al control de la necesaria participación de la supervisión en todas las etapas de ejecución de la obra, desde su inicio hasta su liquidación. De no constituir ésta una obligación esencial de SAN GABAN, carecería entonces, de objeto, el contrato de supervisión.

38. Ahora bien, SAN GABAN argumenta haber cumplido con comunicar a EL CONSORCIO de la reunión a celebrarse con el Consorcio Pumamayo y que, si tenía conocimiento de la referida reunión y que, ello no constituye incumplimiento de las obligaciones esenciales de SAN GABAN.

39. Por su parte el CONSORCIO arguye, como causal de resolución del Contrato, que no habiendo cumplido SAN GABAN con el requerimiento de subsanar las obligaciones esenciales requeridas, de programar fecha y hora para la recepción de obra, realizada indebidamente por SAN GABAN, con fecha 22 de agosto del 2016, sin haberse comunicado arbitrariamente de ella a EL CONSORCIO.

40. Estando a lo expuesto precedentemente, el Árbitro determina la inexistencia de citación o convocatoria formal, dirigida a la Comisión de Recepción de la Obra, para su participación en el Acta de Acuerdo del 22 de agosto del 2016, de la que EL CONSORCIO es integrante, es decir, a la fase de formalización de Recepción Provisional que comprende la realización de pruebas técnicas a partir del desembalse de agua en la presa, habiéndosele convocado formalmente, únicamente para la fase de recepción preliminar; igualmente se determina que, tampoco el Presidente de la Comisión o alguno de sus

integrantes haya convocado a EL CONSORCIO para tal fin, al contrario, se evidencia con el Informe N° 110-2016-JO, del 19 de octubre del 2016, emitido por el Jefe de Obras de SAN GABAN, que mediante comunicación telefónica, se citó a EL CONSORCIO y al contratista ejecutor de obra a una reunión de coordinación, para tratar sobre la apertura de válvulas para la descarga embalsada en la Presa Pumamayo a fin de efectuar un diagnóstico y propuestas de solución. Documento que para el Árbitro, expone el hecho de no haberse realizado una citación formal, por escrito, a EL CONSORCIO, para la reunión del 22 de agosto del 2016, menos se da cuenta de las razones de la no participación de la Comisión de Recepción de Obra, ni que se le haya requerido nuevamente o se le haya impuesto alguna penalidad por ello.

*Juramentado*

41. Consecuentemente, según el razonamiento esgrimido por el Árbitro, habiéndose realizado la fase de formalización de Recepción Preliminar de la obra, entre SAN GABAN y el Consorcio Pumamayo, sin la participación de la Comisión de Recepción de la Obra ni de EL CONSORCIO, la misma carece de validez, por lo que correspondía reprogramarse la misma, señalándose nuevo día y hora para efectuarla, con la necesaria participación de la Comisión de Recepción de la Obra y de EL CONSORCIO, de acuerdo a los términos contractuales y al ordenamiento administrativo particular que regula las contrataciones del Estado, cuya observancia constituye obligación esencial de SAN GABAN al ser de orden público, pues, sin el cumplimiento de tal obligación el contrato de supervisión carece de objeto, estando siempre presente tal obligación en razón a su naturaleza, pues, es EL CONSORCIO, el representante de SAN GABAN en obra, lo que incluye su necesaria participación en la Recepción de la Obra, en todos sus actos o fases establecidos en los documentos contractuales y ordenamiento jurídico particular, por lo que al no haberse hecho participar por SAN GABAN a EL CONSORCIO como integrante de la Comisión de Recepción, se ha incurrido en causal de resolución del Contrato, resultando que la causal invocada por EL CONSORCIO sí está contemplada en los documentos contractuales conforme a la normativa de contrataciones del Estado. En el presente caso, la obligación esencial de SAN GABAN de hacer participar EL CONSORCIO en todas las fases expresamente convenidas es inherente al Contrato.

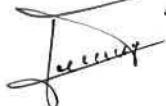
42. El Árbitro entonces, establece que la causal de resolución de contrato invocada por EL CONSORCIO, en este extremo, está contemplada en los documentos contractuales conforme a la normativa de contrataciones del Estado, obedeciendo a sustento jurídico indispensable para concluir en la resolución contractual.

**De la situación de incumplimiento de la Entidad que no pueda ser revertida.**

43. El tercer párrafo del artículo 169 del Reglamento, señala que el requerimiento de cumplimiento previo (para cumplimiento de sus obligaciones contractuales) no será necesario cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida; en cuyo caso bastará que se comunique al contratista la decisión de la Entidad de resolver el contrato mediante carta notarial.

44. Para el Árbitro es manifiesto que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de resolución del contrato por parte del contratista teniéndose como sustento la causal de referida a la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, habiéndose regulado ésta, únicamente para el caso que sea la Entidad quien pretenda resolver el Contrato, la misma que no está contemplada en los documentos contractuales conforme a la normativa de contrataciones del Estado, por lo que no puede ser invocada por EL CONSORCIO como causal de resolución del Contrato.

#### **De la nulidad de la Carta N° 10-2016.CONSORCIO ALLIN CCAPAC**

  
45. El Árbitro, a efectos de determinar la nulidad o no de la Carta N° 10-2016.CONSORCIO ALLIN CCAPAC por la que se resuelve el Contrato celebrado entre las partes, recurre a las causales de nulidad reguladas por el artículo 10º de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) para comprobar si, en primer término, la Carta, como se ha señalado en párrafos anteriores, es contraria a la normativa aplicable al Contrato suscrito por las partes.

  
46. En suma, -tal y como se ha concluido en los numerales precedentes- ha quedado probado que EL CONSORCIO al emitir la citada Carta cumplió con el procedimiento establecido en el Contrato, y sustentó su resolución en fundamentos debidamente acreditados y por lo tanto válidos, por lo que no se encuentra dentro las causales establecidas en el artículo 10º la Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG. En consecuencia, la Carta que dispuso la resolución del contrato surte plenos efectos legales sobre la relación contractual que es la materia controvertida en el presente arbitraje, al contar con todos los requisitos esenciales para la validez de acto administrativo y, al no estar incursa dentro de las causales de nulidad que dispone la LPAG, se le puede reputar como un acto administrativo de validez plena y, sus efectos resultan aplicables al contrato resuelto.

47. Consecuentemente, con relación al primer punto controvertido el Árbitro declara que no corresponde declarar la invalidez e ineficacia de la Carta N° 10-2016.CONSORCIO ALLIN CCAPAC, del 6 de diciembre del 2016 que

declara resolver el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 “Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Río Pumamayo”.

### **b. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**

**Determinar si corresponde o no, que el Árbitro declare vigente el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-3013, "Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Río Pumamayo".**

48. El Árbitro, en base a los argumentos esgrimidos precedentemente, considera que no corresponde declarar vigente el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 "Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Río Pumamayo".
49. Debe indicarse al respecto, que la normativa respecto a los contratos celebrados por el Estado ha adoptado el principio de la condición resolutoria expresa consignada obligatoriamente en el inciso c) del Artículo 40° de la Ley que señala que la resolución por incumplimiento opera de pleno derecho previo el requerimiento remitido por carta notarial, si es que el contratista incumple sus obligaciones y la entidad hace la observación correspondiente del incumplimiento, y formula la intimación o requerimiento, conforme con lo dispuesto por los artículos y 169° del Reglamento.
50. Las condiciones de la norma comprenden, un requerimiento previo y una comunicación de resolución remitida notarialmente que opera, a su recepción, de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial o arbitral previa en caso de no corregirse el incumplimiento imputado. Entonces la Entidad, en caso de incumplimiento de obligaciones no subsanado, podrá resolver el contrato remitiéndole al contratista carta notarial manifestando su decisión de resolver y el motivo que la justifique. El contrato quedará resuelto, de pleno derecho, a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho tiene el contratista frente a la Entidad por el incumplimiento de ésta de sus obligaciones esenciales.
51. Consecuentemente, al ser la resolución de pleno derecho, ésta actúa de modo inmediato y es definitiva por autoridad de la Ley.

### **c. ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**

**Determinar a quién y en qué proporción le corresponde asumir las costas y costos del proceso arbitral.**

52. El Artículo 57° del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Puno, dispone que el Árbitro se pronunciará en el

laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral, y, para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo, así como la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje. Concordado con el Art. 73º de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, los árbitros se pronunciaran en el laudo sobre los gastos del arbitraje.

53. Considerando el resultado de arbitraje en el que se ha evidenciado una participación activa de las partes, desde el punto de vista del Árbitro, no puede afirmarse que exista una “parte perdedora”, siendo así, ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, en consecuencia cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Árbitro, gastos administrativos) así como los demás gastos en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

**FALLO:**

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, el Árbitro falla declarando:

**PRIMERO:** INFUNDADA la primera pretensión principal planteada por SAN GABAN en su demanda arbitral, en consecuencia, con pleno valor y eficacia la Carta N° 10-2016-CONSORCIO ALLIN CAPAC del 06 de diciembre de 2016 que declara resolver el Contrato SAN GABAN S.A. N° 045-2013 “Supervisión de la Obra Proyecto de Regulación Río Pumamayo”.

**SEGUNDO:** INFUNDADA la segunda pretensión principal planteada por SAN GABAN, por los fundamentos antes expuestos.

**TERCERO:** En cuanto a los gastos, costos y costas del presente arbitraje DISPONE que cada parte asuma sus propios gastos y en partes iguales los gastos comunes, entendiéndose por éstos los honorarios del Árbitro y los honorarios de la Secretaría Arbitral, que deberán ser compartidos por las dos partes en iguales proporciones, en consecuencia se dispone que EL CONSORCIO deberá reembolsar a SAN GABAN la suma pagada por concepto del pago de honorarios arbitrales y gastos de la secretaría arbitral, que debía asumir en el proceso arbitral.

