

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

Caso Arbitral N° 0524-2022-CCL

CONSORCIO HOLLEY

v.

ELECTRO SUR ESTE S.A.A

LAUDO DE DERECHO

Árbitro Único

Leonardo Manuel Chang Valderas

Secretaría Arbitral

Melanie Villafuerte Adrianzén

Lima, 10 de abril de 2023.

LAUDO

ORDEN PROCESAL Nº 2

Lima, 10 de abril de 2023

I. PREÁMBULO. -

1.1. Identificación de las Partes. -

1. La Parte demandante de este proceso es Consorcio Holley ("Demandante", "Contratista" o "Consortio"), conformado por las empresas Electrical Projects S.A.C., con R.U.C. Nº 20603130074, y Holley Technology LTD, con R.U.C. Nº 99000029943.
2. La Parte demandada está constituida por la ELECTRO SUR ESTE S.A.A, con R.U.C. Nº 20116544289 ("Demandada" o "Entidad").
3. En el expediente arbitral quedaron consignados los domicilios procesales y direcciones electrónicas de cada Parte, de la secretaría arbitral y del árbitro, para efectos de la presentación de escritos y notificaciones.

1.2. Relación jurídica entre las Partes. -

4. Mediante Resolución N 1088-2021-TCE-S1 del 03 de abril de 2021, el Tribunal de Contrataciones del Estado otorgó la buena pro de la Licitación Pública N LP 007-2020-ELSE con el objeto de contratar la adquisición de reguladores de tensión para redes de MT, cuyos detalles e importes constan en los documentos integrantes del contrato.
5. Adjudicada la Buena Pro al Contratista, las Partes – con fecha 25 de mayo de 2021 – suscribieron el Contrato Nº 065-2021 ("Contrato"), por la suma adjudicada de S/ 1 761 377.89.

1.3. Tribunal Unipersonal. -

6. El Consejo Superior de Arbitraje, en su sesión del 16 de noviembre de 2022, de conformidad con los artículos 11(1) y 12(3) del Reglamento de Arbitraje de 2017, designó al abogado Leonardo Manuel Chang Valderas como árbitro único para el presente caso, mediante el mecanismo aleatorio por medios electrónicos provisto por el Centro, de lo cual dio fe el señor Carlos Enrique Becerra Palomino, Notario Público de Lima.

7. El árbitro cumplió con su deber de revelación, aceptando el encargo con escrito de fecha 21 de noviembre de 2022.

1.4. Convenio Arbitral. -

8. Habiendo surgido una controversia entre las partes, por medio de la petición de arbitraje, se dio inicio al presente proceso, al amparo del convenio arbitral contenido en la cláusula vigésimo tercera del Contrato, del cual se desprende que el arbitraje es institucional. La institución asignada por las partes para la administración del arbitraje es el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima ("Centro de Arbitraje").
9. En efecto, el referido convenio arbitral indica lo siguiente:

XXIII. CLÁUSULA VIGÉSIMO TERCERA: Solución de controversias.-

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

El arbitraje será institucional y resuelto por ÁRBITRO ÚNICO, organizado y administrado por el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

"Todas las controversias, derivadas o relacionadas con este contrato o convenio, serán resueltas de forma definitiva mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad".

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del

9

(Medio probatorio 1 de la demanda)

10. Habiéndose identificado el convenio arbitral, el Árbitro Único está facultado para determinar su propia competencia, de oficio o a propósito del cuestionamiento de una o ambas partes, según sea el caso; y, en el supuesto de no haber conflicto al respecto o superado el mismo, a resolver la controversia sometida a su juicio.

1.5. Reglas procesales aplicables.

11. En lo que respecta a las reglas del proceso, estas son las establecidas en la Orden Procesal Nº 1, la cual incluye las reglas contenidas en el Reglamento de Arbitraje 2017 del Centro de Arbitraje ("Reglamento de Arbitraje") y, supletoriamente, lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje ("Ley Arbitral").

1.6. Ley aplicable al fondo de la controversia.

12. Conforme a la cláusula décima octava del Contrato, las Partes han establecido que el marco legal del Contrato es la Ley de Contrataciones del Estado¹ (“LCE”) y su Reglamento² (“RLCE”), las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, siendo de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.

II. DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE. -

13. El proceso se origina con la solicitud arbitral del 14 de septiembre de 2022, formulada por el Demandante.
14. Por Orden Procesal N° 1 del 05 de diciembre de 2022, se resolvió, primero, fijar las reglas definitivas del proceso y calendario procesal; segundo, otorgar al Demandante un plazo para que presente su demanda; y, tercero, otorgar un plazo a la Entidad para que cumpla con acreditar el registro en el SEACE de los datos del Árbitro Único y de la secretaria.
15. Con fecha 13 de marzo de 2023, se llevó a cabo por medios virtuales la Audiencia Única³, con la presencia del árbitro y representantes de las Partes, quienes tuvieron oportunidad para expresar sus argumentos sobre el caso y responder las preguntas del Árbitro Único.
16. Dispuesto el cierre de la etapa probatoria, las Partes no pudieron presentar nuevos medios probatorios y/o escritos que no sean los ya establecidos en las reglas definitivas, como la presentación de escritos de conclusiones finales posteriores a la Audiencia hasta el 27 de marzo de 2023.
17. Presentados los escritos de conclusiones finales, a solicitud del Árbitro Único, por medios virtuales, las partes acordaron modificar el calendario procesal, por lo que, a partir del 05 de abril de 2023, se dispuso el cierre automático de las actuaciones arbitrales, quedando habilitado el Árbitro Único a emitir el Laudo final.
18. De lo expuesto, se colige que el proceso se ha seguido en respeto estricto de los derechos de las Partes, quienes no han denunciado una afectación al debido proceso.
19. Por tanto, se procede a analizar las posiciones expuestas en el proceso sobre la controversia desde los aspectos fácticos, jurídicos y probatorios aportados al expediente; sobre esto último, especialmente, se prestará atención a los principios de la carga de la prueba, la cual consiste en que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, y al principio de adquisición procesal, el cual consiste en que las pruebas de una de las partes pueden resultar beneficiosas a los intereses de la contraria y, más aún, el juzgador ha de examinar y valorar las pruebas

¹ TULO de la Ley N° 30225, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF

² Decreto Supremo N° 344-2018-EF

³ Podrán descargar el vídeo de dicha audiencia a través del siguiente enlace: https://www.dropbox.com/s/vadyvnkr9n8p3ip/GMT20230313-194832_Recording_1920x1080.mp4?dl=0

que obran en autos, a fin de obtener con esos medios de prueba y por medio de un balance de probabilidades la verdad histórica que debe prevalecer en el caso justiciable.

III. ANÁLISIS. -

CONSIDERANDO:

III.1. Esquema de desarrollo.

20. Para un desarrollo metódico y exacto del análisis de la controversia, el Tribunal Arbitral estima pertinente agrupar los aspectos controvertidos en bloques.
21. Un primer bloque sobre la eficacia de la resolución contractual realizada por la Entidad.
22. Finalmente, sobre la base de las conclusiones a las que se haya arribado en el examen de la cuestión anteriormente mencionada, el Árbitro Único se pronunciará sobre si corresponde condenar a una de las partes al pago exclusivo de los costos del arbitraje o distribuirlos entre ambas.

III.2. Sobre la resolución contractual de la Entidad.

Sobre la primera pretensión principal de la demanda.

Primera pretensión: Que, el Tribunal Arbitral deje sin efecto la resolución del Contrato dispuesta mediante Resolución de Gerencia General N° G-066-2022, comunicada a nuestro Consorcio mediante Carta N° G-649-2022, notificada por conducto notarial.

23. Por la primera pretensión principal de la demanda, el Consorcio solicita la ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° G-066-2022 de fecha 30 de marzo de 2022, por la que la Entidad resuelve de manera total el Contrato por haber llegado a acumular el máximo de la penalidad por mora.
24. Vista la referida resolución, la Entidad sostiene su decisión en el numeral 165.4 del artículo 165° del RLCE, el cual prescribe que puede resolver el contrato sin requerimiento previo cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades.
25. Precisamente, en la referida resolución se indica que se cumple con las formalidades previstas en el literal b) del numeral 164.1 del artículo 164° del RLCE, por haberse acumulado el monto máximo de la penalidad por mora.
26. Asimismo, en la resolución en mención, la Entidad sostiene que *“la Gerencia de Operaciones, en su condición de área usuaria del contrato materia de la presente, mediante documento GO-246-2020 del 21 de marzo de 2022, informó que, en fecha 22 de diciembre de 2021, se cumplió el plazo contractual señalado en la cláusula novena del contrato, sin que el contratista concluya con los alcances de este; con lo cual se*

habría configurado un retraso contractual de parte del contratista. Que, agrega a dicha información que, en fecha 18 de marzo de 2022, la penalidad por mora acumulada por el contratista asciende a la cantidad de S/. 244 517.3 5 que representa el 16.4% del monto contractual, superando largamente la penalidad máxima que se puede aplicar, conforme lo dispuesto en el numeral 161.2 del artículo 161 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que: “la Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Que, en mérito a los hechos descritos, se tiene que el contratista, llegó a acumular el monto máximo de la penalidad por mora que en el presente caso asciende a la cantidad de S/. 176 137.78 debido a que a la fecha no ha cumplido con subsanar a cabalidad las observaciones puestas de su conocimiento, mediante documento N G-2829-2021, notificada el 03 de enero de 2022”; a partir de lo cual, el Árbitro Único aprecia que el incumplimiento imputado al Contratista consiste en la no subsanación de los bienes entregados y la causal de resolución de contrato es haber alcanzado el máximo de la penalidad por mora.

27. La consideración del Árbitro Único, señalada en el párrafo anterior, se corrobora con lo expresado por la demandante en el escrito de demanda:

“ANTECEDENTES

(...)

IV.7 A pesar de haber subsanado parte de las primeras observaciones formuladas por la Entidad y recibido el segundo listado de observaciones, el Consorcio fue notificado con el Oficio N A-873-2021 de fecha 17 de diciembre de 2021 (Anexo 3) a través del cual la Entidad nos comunicó la no recepción de los bienes, señalando que, al no haberse levantado íntegramente las observaciones formuladas respecto de los equipos, no hubo correcta recepción de los bienes entregados. De modo que, nos solicitó el retiro de los bienes de sus almacenes.

IV.8 Posteriormente, pese a las coordinaciones y gestiones progresivas que realizó el Consorcio en aras de seguir cumpliendo con las subsanaciones formuladas por la Entidad, mediante Resolución de Gerencia General N G-066-2022, cursada vía notarial, la Entidad comunicó a nuestro Consorcio que, tras haber alcanzado el monto máximo de la penalidad por mora respecto de la entrega de los bienes por supuestamente no haber subsanado las observaciones formuladas sobre los bienes, tomó la drástica decisión de resolver de forma total el contrato.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO.

(...)

IV.4. Frente a ello, el Consorcio realizó las gestiones oportunas para el levantamiento de tales observaciones formuladas por la Entidad, por lo que, el 03 de diciembre de 2021, ambas partes firmamos la Segunda Acta de Revisión (Anexo 06), referida al levantamiento del primer listado de observaciones, a través de la cual, se revisaron las observaciones formuladas a los equipos entregados, quedando pendiente un listado de detalles por subsanar (...)

VI.6. Tal como se puede apreciar (...) la Entidad nos solicitó el retiro del equipamiento de sus almacenes, medida que consideramos demasiada drástica y gravosa, toda vez que, como hemos enfatizado en las líneas precedentes, nuestro Consorcio se encontraba realizando las acciones necesarias de coordinación interna con nuestro fabricante y proveedores para proceder con el levantamiento del total de observaciones pendientes, a fin de obtener la conformidad respectiva.

VI.7. Más aun, considerando que la propia Entidad dejó constancia de las revisiones, levantamiento, verificaciones de las observaciones y subsanación de las mismas que se llevaron a cabo de manera progresiva, acciones que requieren de un tiempo oportuno, pero que, sin perjuicio de ello, el Consorcio realizó de manera inmediata. Por lo que, habría sido una medida menos gravosa y drástica e, incluso, eficiente que la Entidad espere la subsanación de las observaciones de manera íntegra a efectos de que se pueda proceder con la integración SCADA y se cumpla con la finalidad de contratación, teniendo en cuenta que la entrega de los equipos se realizaron con dos (02) meses previos al vencimiento del plazo para el suministrado, sin perjuicio de las penalidades que pudiera aplicar.

VI.8. Sobre el particular, es oportuno traer a colación la normativa de Contrataciones del Estado que regula la recepción y el otorgamiento de los plazos ante las observaciones que se formulan sobre los bienes objeto del contrato. Pues bien, así, tenemos que el numeral 168.5 del artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que, cuando el contratista no haya cumplido a cabalidad con la subsanación de las observaciones formuladas en la recepción de los bienes "(...) la Entidad puede otorgar al contratista periodos adicionales para las correcciones pertinentes. En este supuesto corresponde aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar lo previsto en el numeral anterior"

IV.9 Sin embargo, como se puede evidenciar del oficio y de lo expuesto por el Consorcio, habiendo subsanado parte de las observaciones del primer y segundo listado, así como habiendo efectuado gestiones y coordinaciones pertinentes para seguir cumplimiento con ello, la Entidad no nos otorgó periodos adicionales para seguir corrigiendo las observaciones, todas ellas perfectamente subsanables, a efectos de posteriormente, se cumplan con la integración y, por tanto, la finalidad de la contratación

(...)".

28. Además, se sostiene en lo declarado por la defensa legal del demandante en la Audiencia Única de fecha 13 de marzo de 2023, en los siguientes términos:

(Minuto 10) *Nosotros no desconocemos que haya habido un retraso en la entrega de los bienes que es posible, evidentemente, de penalidad. La norma establece claramente que, tras el incumplimiento en la ejecución de las prestaciones, la penalidad se genera de manera automática. Y eso no lo negamos. En la contestación de la demanda se ha hecho mucho hincapié en que lo reconocemos en nuestra demanda y es así, de hecho, en nuestra solicitud de conciliación, como parte de nuestra fórmula conciliatoria reconocíamos este pago de penalidades porque es la consecuencia de nuestra demora. Sin embargo, lo que cuestionamos es la decisión de gestión que tomó la Entidad al resolver el contrato por la acumulación de la penalidad. ¿Porqué? Nos parece una decisión drástica, pues como sabe la norma habilita a las Entidades a resolver el contrato sin requerirle previamente el cumplimiento al contratista cuando se acumula el monto máximo de la penalidad. Sin embargo, hacemos referencia e hincapié a que la norma establece que la Entidad puede, no debe resolver el contrato como una obligación. No es una obligación de la Entidad resolver el contrato cuando se llega al monto máximo de la penalidad. De hecho, la penalidad ya es un castigo en si mismo para el proveedor o contratista que se ha demorado en la ejecución de sus obligaciones. Y qué es lo que la Entidad debe tener en consideración para resolver el contrato?. Allí nos remitimos al literal f del art. 2 de la Ley de Contrataciones que es el Principio de Eficacia y Eficiencia. (...) Sin bien podrán decirme que ya había una demora, en efecto, había una demora que como repito era sancionada o castigada con la penalidad que ya se venía generando y que la contratista no desconoce. Sin embargo, esta demora que se venía generando por las observaciones se estaba viendo solucionada en el transcurso del tiempo hasta que la Entidad tomó la decisión de resolvernos el contrato y únicamente estaba pendiente porque lo hemos demostrado con los documentos presentados (...) que ya las observaciones habían sido levantadas y que estaba pendiente coordinar con la entidad la inspección en campo de los equipos porque como manifestaba hace un momento no era suficiente la acreditación en papel, y lo entendemos, para la entidad era necesario ver y confirmar técnicamente si es que los equipos y objetos que se les estaba entregando cumplían verdaderamente con lo que se requería y les repito, válidamente, pero ya no estaba en nuestro poder realizar la fecha para realizar la inspección (...) y, en efecto validar que todas las observaciones habían sido levantadas y se dio la resolución del contrato. Entonces, ese es el cuestionamiento, lo que nosotros buscamos es a que la decisión más eficaz y eficiente no era resolver el contrato sino permitirnos continuar con la ejecución del mismo. (...) Además, en la solicitud de conciliación, le propusimos a la entidad no solo continuar con la ejecución del contrato que era nuestra obligación (...) si es que se dejaba sin efecto la resolución del mismo, sino que además manifestamos asumir el costo íntegro de las penalidades porque, reiteramos, era lo que correspondía, esa es la sanción que le corresponde al contratista que se demora (...)*

29. Sobre el particular, vistos los medios probatorios aportados al expediente y las declaraciones de las partes en Audiencia, el Árbitro Único advierte que los asuntos controvertidos derivados de la primera pretensión se concentran en determinar si, en ejercicio de la facultad discrecional de la Entidad, esta, a la luz del Principio de Eficiencia y Eficacia, tomó la mejor decisión al (i) no otorgar plazos adicionales al contratista para que subsane las observaciones y (ii) resolver el contrato.

30. Lo anterior, se sostiene también en lo declarado por la defensa legal del demandante en la Audiencia Única de fecha 13 de marzo de 2023, ante la intervención del Árbitro Único, en los siguientes términos:

(Minuto 35:55) Árbitro Único: Antes de pasar al segundo bloque, voy a ser muy puntual. No es controvertido el número o relación de observaciones, estamos todos de acuerdo. No es controvertido, cualquiera sea el número, la gravedad de las observaciones. Lo que es controvertido aquí es, insisto, si ELSE debió entregar un plazo adicional al plazo otorgado de acuerdo al artículo de recepción y conformidad y si ELSE tomó la mejor decisión al resolver el contrato en función de sus intereses bajo el principio de eficiencia y eficacia. Nada más. ¿Verdad Dra. Brindani?

Dra. Brindani: Sí, muchas gracias por resumir los puntos.

Árbitro Único: En ese contexto por favor, resumamos sus últimas intervenciones.

Dra. Brindani: Sí, y por la acotación de los puntos que son controvertidos, con respecto al primero quería mencionar que no manifestamos que nos hayan tenido que otorgar un plazo más allá del que otorga la norma, de hecho, el mismo artículo, el mismo numeral 168.5 establece que si pese al plazo otorgado (...) el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la entidad le puede entregar periodos adicionales.

Árbitro Único: Pero a ese plazo se refiere usted como punto controvertido.

Dra. Brindani: (...) Sí, correcto, exacto. Permitido por la norma, es decir que la entidad no iba a tener ningún problema de fiscalización o algún tema con contraloría porque la norma lo permite en su decisión de gestión y tras el análisis pertinente.

Árbitro Único: Esa permisibilidad era obligatoria o facultativa:

Dra. Brindani: Es facultativa, definitivamente, es una decisión de gestión como les comento. (...)"

31. En ese contexto, corresponde remitirnos a lo establecido en el numeral 168.5 del artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que, cuando el contratista no haya cumplido a cabalidad con la subsanación de las observaciones formuladas en la recepción de los bienes, pese al plazo otorgado, *"(...) la Entidad puede otorgar al contratista periodos adicionales para las correcciones pertinentes. En este supuesto corresponde aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar lo previsto en el numeral anterior"*
32. En esa misma línea, el numeral 164.1 literal b) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que la Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el art. 36 de la Ley, en los casos en los que el contratista *"b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora (...)"* y el numeral 165.4 del art. 165 del mismo Reglamento establece que *"La Entidad puede resolver el*

contrato, sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo por penalidad por mora u otras penalidades (...)”.

33. Como puede apreciarse, tal como lo reconoce la defensa legal del contratista en la Audiencia, la Entidad ostenta la potestad discrecional sobre otorgar o no plazos adicionales para las correcciones necesarias ante las observaciones formuladas y sobre resolver el contrato, ante la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora. Así, en ambos supuestos, el orden jurídico le ha otorgado cierta libertad a la Entidad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.
34. Ahora, no cabe duda que esa potestad de la Entidad no es absoluta, sino que ostenta límites y garantías en relación a su adecuado uso. De allí, la relevancia de lo mencionado por Morón cuando señala que la potestad discrecional debe ceñirse al Derecho⁴. Hacer o ejecutar posibilidad distinta a las regladas, sí sería arbitrario e ilegal.
35. En ese contexto, lo que le correspondería al Árbitro Único es verificar si la potestad discrecional de la Entidad ha sido ejercida dentro de los parámetros establecidos en la normativa de contratación pública, para optar por la decisión que está siendo controvertida.
36. Si revisamos los parámetros establecidos en el numeral 168.5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se verifica que la Entidad ha actuado dentro de los mismos pues ha optado por una de las posibilidades reguladas. Ha decidido no conceder al contratista periodos adicionales para que realice las correcciones pertinentes, al mantenerse las observaciones.
37. Asimismo, si consideramos que la Entidad ha decidido resolver el contrato por haberse llegado a acumular el máximo de la penalidad por mora (b.1.164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado), respecto de observaciones que, como ha reconocido el demandante, no fueron subsanadas (aun cuando haya estado en proceso de hacerlo), alcanzándose el máximo de penalidad, concluimos que tampoco existe decisión arbitraria o ilegítima que tenga que ser revertida.
38. Así, habiéndose verificado que la actuación discrecional de la Entidad no ha extralimitado ningún límite legal que la norma en contratación pública le ha impuesto al resolver situaciones regladas en el procedimiento de recepción y conformidad (artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) y en la determinación de la causal y procedimiento de resolución de contrato (artículos 164 y 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respectivamente), no es posible determinar que su decisión sea arbitraria o ilegal.
39. Sin perjuicio de lo concluido, es necesario resaltar que la defensa legal del demandante, expresamente ha señalado que lo controvertido es considerar que la decisión de no concedérsele plazo adicional, para que se terminen de subsanar las observaciones, con

⁴ Miguel Sánchez Morón (2011) “Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa”. Ius Et Veritas. Lima, número 43, pp.246.

el efecto de acumular el máximo de la penalidad por mora y causar la resolución del contrato, es una medida desproporcionada, excesiva en relación a lo que se quiere lograr, pues no guarda una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin buscado. Y, para fundamentar su posición, recurre a la aplicación del principio de eficiencia y eficacia regulado en el literal f) del artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado.

40. Sobre lo señalado por la defensa del contratista, resulta relevante indicar que los principios que rigen las contrataciones y otros principios generales del derecho público que resulten aplicables, son un criterio de interpretación o integración cuando las normas son poco claras o existe algún vacío legal y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones (artículo 2 del RLCE).
41. Sin embargo, en el caso bajo análisis, como se ha explicado, la decisión discrecional (dentro de parámetros reglados) de la Entidad no se ha ejecutado en un marco de absoluta libertad de hacer cualquier cosa que, ejercida con arbitrariedad, justifique recurrir a la aplicación primaria de los principios de la contratación pública ante la decisión controvertida, sino que ha sido adoptada dentro de los límites de las facultades discrecionales a las que nos hemos referido más arriba; límites regulados por el ordenamiento.
42. Al respecto, se ha verificado que la decisión de resolver el contrato por llega a acumular el máximo de la penalidad por mora, se ha adoptado en un marco de actos reglados por la normativa de contratación pública, siendo responsabilidad de la Entidad valorar que la decidida extinción del contrato sea más conveniente que la necesidad de cubrir la contratación del objeto.
43. En ese contexto, no existe evidencia de que la decisión se haya adoptado sin fundamento de derecho que la sustente o que no se haya tenido en cuenta los hechos acreditados (no subsanación de observaciones en el plazo) o que no se hayan utilizado los medios previstos en la norma para justificar la resolución del contrato o que se trate de una medida desproporcionada, sobre todo si, la propia norma (artículo 164 y 165 del Reglamento) ha establecido, como posibilidad razonable, declarar la resolución del contrato por haber llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora.
44. Siendo así, en tanto se ha verificado que la resolución de contrato se ajusta a lo previsto en los artículos 164 y 165 del RLCE, corresponde declarar infundada la primera pretensión de la demanda.

III.3. Pronunciamiento sobre los costos del arbitraje.

Sobre la segunda pretensión principal de la demanda

Segunda pretensión: el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad asumir el íntegro del pago de costas y costos derivados del presente proceso arbitral

45. Conforme al artículo 42º del Reglamento de Arbitraje, el Tribunal Arbitral 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.
46. Siendo que en el convenio arbitral no se ha establecido un pacto sobre el particular, corresponde al Árbitro Único determinar dicho aspecto. Así, el artículo 73º establece que los costos del arbitraje serán asumidos por la parte vencida, no obstante, también establece que el Colegiado tiene la facultad de ejercer un prorratio de los costos referidos si considera que no corresponde condenar a ninguna de las partes al pago exclusivo de los mismos:

“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorratio es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. (...).”

47. En ese marco, el Árbitro Único es de la opinión de que corresponde condenar a la parte vencida, Consorcio Holley, al pago exclusivo de los costos del arbitraje, en tanto que la decisión que se adopta en el presente laudo no le es favorable a ella.
48. Así, en primer término, el Árbitro Único considera que cada parte ha de asumir los honorarios por concepto de defensa en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar en el futuro.
49. En segundo término, respecto a los gastos administrativos y los honorarios del árbitro, la secretaría arbitral informa lo siguiente:

Caso	Etapa	Demandante/Demandado	Gastos Administrativos	Honorario Arbitral
0524-2022-CCL	Solicitud de Arbitraje	DEMANDANTE: CONSORCIO HOLLEY (ELECTRICAL PROJECTS S.A.C.) (Asumió el 100%)	'Pagó S/ 11,695.51	'Pagó S/ 10,766.385
			'Pagó S/ 11,695.51	'Pagó S/ 10,766.385

CASO	Gastos Administrativos	Honorario Arbitral
0524-2022-CCL	S/. 23,391.02	S/. 21,532.77

Por favor, considerar que los montos no incluyen el I.G.V.

50. Así, habiendo una parte vencida, corresponde condenar al Consorcio Holley al pago de los gastos administrativos y los honorarios del árbitro que cancelara íntegramente en su oportunidad, por consiguiente, estos han de ser asumidos por ella, en forma exclusiva.

IV. DECISIÓN. -

51. El Árbitro Único considera pertinente expresar que ha ejercido su cargo con estricta imparcialidad e independencia, no habiendo sido objeto de conflictos de interés, coacción o cualquier otro acto que menoscabe sus atribuciones.
52. Por tanto, en ejercicio de la función que las partes y la Constitución Política del Perú le han conferido, el Árbitro Único procede a decidir sobre las controversias puestas a su conocimiento en los términos siguientes:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda interpuesta por Consorcio Holley.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda interpuesta por Consorcio Holley.

TERCERO: DISPONER que Consorcio Holley, asuma el íntegro de los honorarios del árbitro y del Centro de Arbitraje que cancelara en su oportunidad, según lo registrado en el numeral 49 del presente Laudo. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, asesorías, entre otros.



ARBITRO UNICO
LEONARDO MANUEL CHANG VALDERAS