

**CONTROVERSIA ARBITRAL AD HOC SEGUIDA ENTRE CONSORCIO IBA
INTERNATIONAL BUSINESS ASSOCIATION SRL – EFRINSA GLOBAL
LOGISTICS Y EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN – UNIDAD EJECUTORA**

026

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE: CONSORCIO IBA INTERNATIONAL BUSINESS
ASSOCIATION SRL – EFRINSA GLOBAL LOGISTICS (en adelante, EL
CONSORCIO, EL CONTRATISTA o EL DEMANDANTE)

DEMANDADO: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – UNIDAD EJECUTORA
026 (en adelante, EL MINEDU, LA ENTIDAD o EL DEMANDADO).

TRIBUNAL ARBITRAL:

DOCTOR. HORACIO CÁNEPA TORRE (Presidente).

DOCTOR. VICTOR MANUEL RODRÍGUEZ BUITRÓN.

DOCTORA. MARÍA DEL ROSARIO ESCURRA ROJAS.

RESOLUCIÓN N° 23

Lima, 04 de abril del 2014.

VISTOS:

I. ANTECEDENTES:

Con fecha 24 de julio del 2013, en la sede del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), el Tribunal Arbitral, con la presencia de ambas partes, se suscribió el Acta de Instalación relacionada con la controversia suscitada entre EL CONSORCIO y EL MINEDU, y que está vinculada al “Contrato N° 292-2012-ME/SG-OGA-UA-APS “Adjudicación de módulo de materiales educativos del área de ciencia y ambiente para las aulas de los jardines - ítem N° 12: Kit de Morteros”, de fecha 15 de octubre del 2012, (en adelante EL CONTRATO); declarando seguidamente abierto el proceso arbitral y otorgando al DEMANDANTE, el plazo de quince (15) días hábiles a fin de que cumpla con presentar su demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que sustenten su posición.

1. DE LA DEMANDA.

- 1.1. Con fecha 15 de agosto del 2013, EL CONSORCIO —dentro del plazo concedido— presentó su demanda arbitral en contra del DEMANDADO, pretendiendo lo siguiente:

"Pretensión Principal: Que, el Tribunal declare que gozamos de la Ampliación del Plazo por haberla obtenido de manera automática al amparo del art. 175º del Reglamento de la Ley de Contrataciones (Decreto Legislativo N° 1070 aprobado por el D.S. N° 184-2008-EF vigente al momento de la convocatoria del proceso) por las siguientes razones:

1.- Por que la Entidad no se pronunció dentro de los 10 días hábiles siguientes contados desde la presentación de la solicitud de ampliación.

2.- Que, de rechazarse nuestra primera pretensión, solicitamos que se declare la admisión de nuestra ampliación, debido a que la comunicación vía correo electrónico que pretende hacer valer la Entidad y que recién hemos tomado conocimiento mediante la Carta Notarial N° 556-2013 de fecha 26.03.13., no es un acto de notificación válido y como consecuencia no puede ser oponible a nuestra parte.

Pretensión Accesorio: Que, en caso alguno de nuestras pretensiones principales sea declarada fundada, solicitamos al Tribunal resuelva lo siguiente:

1.- Que, se declare que la nueva fecha de entrega es el día 02 de Agosto del 2013.

2.- El pago de los intereses devengados, que deberán ser liquidados en su oportunidad.

3.- Que, se ordene el pago de los gastos financieros que estamos asumiendo por la renovación de las Cartas Fianzas.

4.- Que, se ordene el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje."

1.2. Asimismo, para sustentar sus pretensiones planteadas, EL CONSORCIO las fundamenta en base a las siguientes consideraciones, advirtiendo desde ya que para una rápida comprensión de su posición, estamos suprimiendo las notas de pie de página que corresponde a la siguiente transcripción:

A.- Antecedentes:

1.- Nuestra parte celebró el Contrato No. 292-2012 de fecha 15 de Octubre del 2012 con el Ministerio de Educación, debido a que fuimos adjudicados con la Buena Pro en el Proceso de Licitación Pública No. 002-2012 - ITEM N° 12 para la "Adquisición de Kit de morteros".

2.- La fecha de entrega de los bienes conforme a lo pactado en la Cláusula Quinta del Contrato era de 180 días calendario contados desde el día siguiente de aprobado el prototipo final.

3.- El prototipo final fue aprobado el día 24 de Octubre del 2012, por lo tanto, nuestra parte tenía 180 días calendario para suministrar los bienes, siendo la fecha de entrega el 22 de Abril del 2013.

4.- Seguidamente con fecha 20 de Febrero del 2013 nuestra empresa solicita una "Ampliación en el plazo de entrega" mediante Carta N° 1302-33, en donde requerimos que el suministro de los bienes sea extendido hasta el 02 de Agosto del 2013.

5.- Transcurridos los diez (10) días hábiles que tenía la Entidad para pronunciarse acerca de la admisibilidad o improcedencia de la ampliación (conforme lo señala el art. 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones) no recibimos ninguna respuesta, con lo cual obteníamos la aprobación de la Ampliación en forma automática por mandato de la ley.

Es importante precisar que los 10 días hábiles que tenían para rechazar nuestra solicitud de ampliación vencían el Martes 05 de Marzo del 2013, no habiendo sido notificados con ninguna respuesta en ese periodo de tiempo.

En virtud de ese derecho adquirido es que estábamos convencidos que nuestra nueva fecha de entrega era el día 02 de Agosto del 2013.

6.- Ante esta situación presentamos con fecha 06 de Marzo del 2013, la Carta N° 1303-12 en donde solicitábamos el Consentimiento de la solicitud de ampliación de plazo, debido a que la Entidad no resolvió nuestro pedido dentro de los 10 días hábiles computados desde su presentación.

7.- Posteriormente con fecha 22 de Marzo del 2013 presentamos una Carta solicitando que se prepare la Adenda al Contrato respecto al nuevo plazo de entrega (02 de Agosto del 2013).

8.- Como respuesta se nos remitió la Carta Notarial N° 556-2013 de fecha 26 de Marzo del 2013 en donde se nos indica lo siguiente:

"En ese sentido, el afirmar que el pronunciamiento de la Entidad no ha sido resuelto y notificado dentro del plazo legal establecido en el citado artículo del Reglamento, carece de veracidad, toda vez que mediante correo electrónico de fecha 06 de Marzo de 2013, se notificó electrónicamente el Oficio N° 486-2013, tal como se muestra en el informe sobre retransmisión del correo electrónico antes señalado,

remitido el correo electrónico de su representada: info@iba-peru.com, el mismo que figura en el encabezado de la documentación presentada en su propuesta técnica y en la documentación alcanzada para la suscripción del contrato, el cual se adjunta al presente.

Sin perjuicio de ello, el Oficio N° 486-2013, fue remitido físicamente al domicilio legal señalado por su representada, a través del área de transportes de la Unidad de Abastecimiento, llegando el Sr. Jesús Arteaga Nuñez, conductor encargado de notificar el mencionado oficio a las 16.40 horas del día 06 de Marzo del 2013, encontrando la puerta cerrada, razón por la cual el referido conductor tocó la puerta repetidas veces, hasta que fue atendido por un personal que señaló ser trabajador de limpieza de la empresa y que por orden expresa de la administración no podía recepcionar documento alguno, tal como se detalla en la Hoja de Coordinación N° 002 del Coordinador de Transportes de la Unidad de Abastecimiento”.

9.- En esta comunicación la misma Entidad ACEPTA y RECONOCE que no hemos sido notificados en nuestro domicilio con el Oficio N° 486-2013, y declaran que el envío fue por correo electrónico y no físicamente, lo cual demuestra en forma expresa que nuestro Consorcio no fue notificado con la Improcedencia de la Ampliación en el plazo de 10 días hábiles.

10.- Asimismo, hacen referencia a una “supuesta” negativa de nuestra empresa de recibir el documento e incluso pretenden hacer creer que se apersonaron a nuestro local con el Oficio para notificarnos, pero que una persona (no dicen el nombre) se negó a recibirlo, afirmaciones que dejan mucho que desear y que evidencian el ánimo de “justificar” el retraso en la notificación, así como de buscar convalidar de manera forzada una notificación electrónica que es irregular.

11.- En ese sentido, procederemos a sustentar nuestra demanda en tres (03) puntos que serán desarrollados a continuación:

B.- Fundamento sobre la admisión de la Ampliación del Plazo de entrega:

Primera Pretensión: La Entidad tenía 10 días hábiles para pronunciarse, plazo que se computaba desde LA PRESENTACION DE LA SOLICITUD

1.- El proceso que es materia de este arbitraje fue convocado el día 03 de Abril del 2012, por lo tanto, las Bases y todas las etapas del proceso de selección se encontraban bajo la normativa del Decreto Legislativo N° 1070 aprobado por el D.S. N° 184-2008-EF, y como consecuencia, todos lo relacionado al proceso de selección y ejecución del Contrato

debía regirse con la normativa vigente de aquél entonces, ya que cualquier norma que fuese promulgada en fecha posterior no es retroactiva.

En art. 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones bajo el ámbito del Decreto Legislativo N° 1070 aprobado por el D.S. N° 184-2008-EF (norma que estaba vigente al momento de convocarse el proceso y publicarse las Bases) normaba lo siguiente:

“La Entidad resolverá sobre dicha solicitud en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde su presentación”

Cuando nuestra empresa se presentó al proceso público lo hizo bajo las reglas y normativa vigente de ese momento, como consecuencia, el contrato debió ejecutarse bajo las disposiciones legales que rigieron las Bases al 03 de Abril del 2012 e incluso las Bases integradas fueron publicadas el día 24 de Julio del 2012 y la presentación de oferta se efectuó el 01 de Agosto, por lo tanto, es evidente que tenía que respetarse lo relacionado a la Ampliación de Plazo de entrega de la norma que estuvo vigente al momento en que se convocó el proceso, se publicaron e integraron las Bases e incluso que estuvieron vigentes al momento de la presentación de ofertas.

2.- Mediante el Decreto Supremo N° 138-2012-EF publicado el 07 de Agosto del 2012 (la presentación de ofertas fue el 01 de Agosto) y vigente 30 días después, se modificó el art. 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, en donde se precisa lo siguiente:

“La Entidad debe resolver sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de 10 días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación”.

Comparando ambos artículos se podrá apreciar que el art. 175° (vigente al momento de ser convocado el proceso y presentadas las ofertas) sí consideraba para el cómputo del plazo el mismo día de la presentación de la solicitud de ampliación, en cambio en la modificación del 07 de Agosto del 2012 (recién vigente el 07 de Septiembre) el legislador consignó que los 10 días hábiles serán contados desde el día siguiente de la solicitud.

En ambas normas existe una diferencia para el cómputo del plazo; sin embargo, no puede aplicarse cualquiera de ellas a nuestro caso, sino que el marco jurídico que nos corresponde es la norma que estuvo vigente al momento en que se publicaron las Bases, de lo contrario las modificaciones perjudicarían a los postores y al Estado, porque se estaría ante una incertidumbre constante de lo que ocurrirá en el

futuro, no existiendo seguridad jurídica para los postores en la ejecución del contrato.

3.- Lo cierto es que nuestro proceso fue convocado bajo la normativa que contemplaba que los 10 días hábiles debían ser computados desde la presentación, y en nuestro caso fue el 20 de Febrero de 2013 (siendo este el primer día del cómputo del plazo), por lo tanto, la respuesta de la Entidad debió realizar a más tarde el día Martes 05 de Marzo del 2013.

4.- Para que no quede ninguna duda sobre lo que venimos desarrollando, es importante conocer lo que ha dispuesto el OSCE sobre el art. 175° invocado, por lo que solicitamos al Tribunal tenga en consideración la OPINION N° 055-2011/OSCE que resolvió lo siguiente:

“¿El plazo con el que cuentan las entidades para resolver las solicitudes de ampliaciones de plazo, se computa desde el mismo día de las presentaciones de dichos pedidos?”

De acuerdo con lo previsto en el tercer párrafo del artículo 175 del Reglamento, la Entidad cuenta con un plazo de diez (10) días hábiles, computado desde la fecha de presentación de la solicitud de ampliación, para emitir un pronunciamiento expreso sobre la solicitud de Ampliación del plazo contractual”.

Como se podrá observar existe una congruencia entre lo descrito en el art. 175° con el criterio del OSCE, de tal manera que ni siquiera podemos iniciar un debate jurídico respecto a si el plazo se inicia con la presentación o no de la solicitud, o que todo plazo se computa desde el día siguiente de recibido el documento, ese debate jurídico no es viable, porque de lo contrario le estaríamos pidiendo al Tribunal que resuelva violentando lo que ordena el art. 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y la Opinión N° 055-2011/OSCE.

5.- Una prueba objetiva que el demandado se equivocó en el cómputo del plazo al pretender considerar su respuesta desde el día siguiente de recibida la solicitud es la Carta Notarial N° 556-2013 de fecha 26 de Marzo del 2013 en donde afirman lo siguiente:

“... resulta necesario señalar que su representada ha computado erróneamente los días hábiles para que la Entidad notifique su pronunciamiento, tomando como inicio de dicho cómputo el día 20 de Febrero del 2013, fecha en la cual se presentó la solicitud de ampliación de plazo, no habiendo considerado que el art. 175° del Reglamento fue modificado en esos extremos, mediante D.S. 138-2012, estableciéndose que la Entidad debe resolver sobre la solicitud de ampliación de plazo y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez días hábiles,

computado desde el día siguiente de su presentación, lo cual venció el 06 de Marzo del 2013".

Mediante esta carta se acredita el error incurrido por el Ministerio al no verificar que el art. 175º que invocan NO ES APLICABLE A NUESTRO PROCESO, la Entidad no advirtió que el art. 175º a aplicarse era el que estuvo vigente en la etapa de la convocatoria del proceso, de tal manera que el Ministerio cometió un error en contabilizar sus 10 días, situación que no puede ser trasladada a nuestra parte.

6.- Por tal motivo solicitamos al Tribunal se sirva aprobar la Ampliación de Plazo de entrega, debido a que la Entidad erróneamente no habría aplicado el art. 175º que estaba vigente al momento de convocarse el Proceso y publicarse las Bases, cuando lo correcto y legal era que todo lo relacionado a la ejecución del contrato se rija bajo el Reglamento que estuvo vigente en la convocatoria.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Respecto a la invalidez de una notificación por correo electrónico si es que esta no ha sido expresamente autorizada por el contratista.

En el negado caso que nuestra Primera Pretensión sea desestimada, solicitamos al Tribunal se sirva pronunciarse sobre esta segunda pretensión, cuyos fundamentos son los siguientes:

1.- En un principio nuestra parte creía que la Entidad no había resuelto nuestra solicitud de Ampliación; sin embargo, al ser notificados con la CARTA NOTARIAL N° 556-2013 de fecha 26.03.13., recién tomamos conocimiento que el Ministerio si había dado respuesta en forma negativa a nuestra solicitud, pero que no había sido notificada.

2.- En ese sentido, esta segunda pretensión no tiene por objeto que el Tribunal declare la ampliación del plazo de entrega "porque la Entidad no se pronunció", sino porque el Oficio N° 486-2013 que contiene la Improcedencia de la Ampliación NO FUE NOTIFICADO PERSONALMENTE en el plazo de 10 días hábiles conforme a lo ordenado en el art. 175º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el cual establece que si la Entidad no resuelve a los 10 días hábiles siguientes de haber sido solicitada, entonces el contratista obtiene la ampliación en forma automática por mandato expreso de la Ley, no contemplando ninguna excepción o causal que deje sin efecto una ampliación adjudicada de pleno derecho.

3.- Cuando el art. 175º del Reglamento señala que la Entidad "debe resolver" el pedido de ampliación en un plazo de 10 días hábiles,

también está considerando la notificación personal; es decir, que dentro de plazo concedido debe contemplarse la respuesta y la notificación de la misma, tal como lo dispone la OPINION N° 051 - 2010 del OSCE que resolvió lo siguiente:

“Como se aprecia, los artículos 201° y 207° del Reglamento han establecido el plazo en el que las Entidades deben emitir la resolución mediante la cual se pronunciaron acerca de las solicitudes de ampliación del plazo contractual y de aprobación de prestaciones adicionales de obra, formuladas por los contratistas.

Al respecto, debe precisarse que si bien estos artículos no señalan expresamente que dentro de dicho plazo la Entidad no solo debe emitir la respectiva resolución, sino también notificarla al contratista, ello resulta implícito, pues dicho plazo ha sido establecido con la finalidad de que, dentro de este, la Entidad adopte una decisión y la comunique formalmente al contratista.

Así, de plantearse una interpretación contraria, la Entidad podría resolver, por ejemplo, la aprobación de un adicional en el plazo de diez (10) días y notificarlo en quince (15) días, lo que no se condice con la celeridad que la administración pública debe observar al pronunciarse sobre las solicitudes planteadas por los contratistas, pues ello repercute de forma directa en la oportuna satisfacción del interés de la Entidad en la contratación, que no es otro que la satisfacción del interés público.

A mayor abundamiento, resulta pertinente señalar que la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece como requisito para la validez de los actos que emite la administración, que estos sean debidamente notificados al interesado”.

4.- Como no habíamos sido notificados personalmente en nuestra empresa con la improcedencia de la ampliación presentamos la carta de fecha 22 de Marzo del 2013 solicitando que se prepare la Adenda al Contrato respecto al nuevo plazo de entrega (02 de Agosto del 2013).

Como respuesta a la misma el Ministerio nos remitió la Carta Notarial N° 556-2013 de fecha 26 de Marzo del 2013 en donde se nos informa lo siguiente:

“En ese sentido, el afirmar que el pronunciamiento de la Entidad no ha sido resuelto y notificado dentro del plazo legal establecido en el citado artículo del Reglamento, carece de veracidad, toda vez que mediante correo electrónico de fecha 06 de Marzo de 2013, se notificó electrónicamente el Oficio N° 486-2013, tal como se muestra en el informe sobre retransmisión del correo electrónico antes señalado, remitido el correo electrónico de su representada: info@iba-peru.com, el

mismo que figura en el encabezado de la documentación presentada en su propuesta técnica y en la documentación alcanzada para la suscripción del contrato, el cual se adjunta al presente

Sin perjuicio de ello, el Oficio N° 486-2013, fue remitido físicamente al domicilio legal señalado por su representada, a través del área de transportes de la Unidad de Abastecimiento, llegando el Sr. Jesús Arteaga Nuñez, conductor encargado de notificar el mencionado oficio a las 16.40 horas del día 06 de Marzo del 2013, encontrando la puerta cerrada, razón por la cual el referido conductor tocó la puerta repetidas veces, hasta que fue atendido por un personal que señaló ser trabajador de limpieza de la empresa y que por orden expresa de la administración no podía recepcionar documento alguno, tal como se detalla en la Hoja de Coordinación N° 002 del Coordinador de Transportes de la Unidad de Abastecimiento”.

Es decir que el demandado procedió a notificar la Improcedencia vía correo electrónico, cuando en realidad nuestro Consorcio en ningún momento ha autorizado este tipo de notificación, jamás hemos presentado algún documento en donde hayamos señalado a la Entidad “que cualquier notificación que se realice en la etapa de ejecución contractual podrá ser notificada vía correo electrónico”, por lo tanto, al no haber autorizado nuestro Consorcio esta forma de notificación no puede ser oponible a nuestra parte, porque de lo contrario se contravendría nuestro Derecho Constitucional al Debido Proceso, relacionado al artículo 20 de la Ley N° 27444 que dice: “20.1.2 Mediante telegrama, correo certificado, telefax, correo electrónico; o cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado.”

5.- La Ley N° 27444 “Ley de Procedimiento Administrativo General” regula todo lo relacionado a las notificaciones, las mismas que coinciden con lo establecido por el OSCE en diferentes Resoluciones y Opiniones, de tal manera que el argumento de la Entidad para hacer valer el envío por correo electrónico no es posible, ya que se estaría infringiendo varias normas que regulan esta materia, tal como lo exponemos a continuación:

“16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.”

Artículo 20.- Modalidades de notificación

20.1 Las notificaciones serán efectuadas a través de las siguientes modalidades, según este respectivo orden de prelación:

20.1.1 Notificación personal al administrado interesado o afectado por el acto, en su domicilio.

20.1.2 Mediante telegrama, correo certificado, telefax, correo electrónico; o cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado.

20.1.3 Por publicación en el Diario Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional, salvo disposición distinta de la ley.

20.2 La autoridad no podrá suplir alguna modalidad con otra, bajo sanción de nulidad de la notificación. Podrá acudir complementariamente a aquellas u otras, si así lo estimare conveniente para mejorar las posibilidades de participación de los administrados

Artículo 21.- Régimen de la notificación personal

21.1 La notificación personal se hará en el domicilio que conste en el expediente,....”

El art. 20° de la Ley N° 27444 es muy claro al señalar que la única manera que una notificación vía correo electrónico sea válida es que el administrado lo hubiese autorizado de manera expresa, y eso no ha sucedido en nuestro caso, no existe ninguna comunicación de nuestra parte autorizando al Ministerio de Educación para que nos notifique las respuestas que emitan.

6.- Incluso la OPINION N° 051-2010 del OSCE también hace referencia a la notificación personal y señala:

“pues dicho plazo ha sido establecido con la finalidad de que, dentro de este, la Entidad adopte una decisión y la comunique formalmente al contratista.”

A mayor abundamiento, resulta pertinente señalar que la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece como requisito para la validez de los actos que emite la administración, que estos sean debidamente notificados al interesado”.

La OPINION N° 055 - 2011 del OSCE también resuelve en el mismo sentido:

“Ahora bien, dentro de este plazo la Entidad no solo debe cumplir con emitir la resolución mediante la cual se pronuncia sobre la solicitud de ampliación, sino que también debe cumplir con notificarla

formalmente al contratista para que este conozca de forma cierta y oportuna la decisión de la Entidad.

Adicionalmente, debe indicarse que, en caso la Entidad no cumpla con emitir y notificar la resolución mediante la cual se pronuncia respecto de la solicitud de ampliación presentada por el contratista en el plazo que se le ha concedido para tal efecto, la solicitud del contratista se considerará concedida o aprobada y, por tanto, ampliado el plazo contractual, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cabe precisar que, en este supuesto, la ampliación del plazo contractual es automática y se produce por el solo transcurso o vencimiento del plazo concedido a la Entidad para pronunciarse respecto de la solicitud de ampliación presentada por el contratista.

Así, la aprobación automática de la solicitud de ampliación del plazo contractual se convierte en una especie de sanción a la inacción de la Entidad que persigue resolver una situación que no puede mantenerse en suspenso pues ello podría evitar la oportuna ejecución de las prestaciones del contratista o que estas devengan en más onerosas para éste”.

7.- Queda plenamente establecido que no es posible que una institución del Estado notifique por correo electrónico, si es que el administrado no le ha autorizado en forma expresa para que lo haga, incluso en la Carta Notarial N° 556-2013 de fecha 26.0.3.13. la Entidad argumenta lo siguiente:

“toda vez que mediante correo electrónico de fecha 06 de Marzo de 2013, se notificó electrónicamente el Oficio N° 486-2013, tal como se muestra en el informe sobre retransmisión del correo electrónico antes señalado, remitido el correo electrónico de su representada: info@iba-peru.com, el mismo que figura en el encabezado de la documentación presentada en su propuesta técnica y en la documentación alcanzada para la suscripción del contrato, el cual se adjunta al presente”

Como se observa, el Ministerio de Educación ha notificado a un correo electrónico que ha encontrado en el “encabezado” de nuestra oferta técnica; es decir, que el correo electrónico no fue proporcionado por nuestra parte, sino que simplemente revisaron que había un correo en el encabezado de nuestros documentos para de manera particular y personal decidir que con ello era suficiente para notificarnos la Improcedencia de la Ampliación, acto el cual no tiene ningún respaldo jurídico, no tiene base legal, sino que por el contrario al pretender imponernos su forma peculiar de notificar se comete una arbitrariedad y un abuso de derecho que violenta nuestros Derechos Constitucionales.

8.- Con el objeto de abondar un poco más en todo lo argumentado, proponemos revisar el Acuerdo N° 021-2013 de fecha 10.01.13. emitido mediante Sesión del 10.01.2013 por la Tercera Sala del Tribunal del OSCE - Expediente N° 1718/2012.TC en donde aprobó el siguiente acuerdo:

“17.- En el presente caso, se le requirió a la Entidad a fin de que cumpla con remitir copia legible de la carta cursada al Adjudicatario, en el cual se observe la fecha cierta de recepción o, en su defecto remitir copia del documento mediante el cual, el Adjudicatario, hubiere autorizado la notificación por medio distinto a la notificación personal, así como la respectiva citación que fuera cursada a través de este medio.

18.- La documentación remitida por la Entidad, no resulta suficiente para determinar que efectivamente la citación al proveedor se realizó en la fecha que ésta señala en sus informes técnico y legal, además de no haberse acreditado la validez de la notificación cursada vía correo electrónico, más aún si en el expediente administrativo no se aprecia ningún documento, mediante el cual el Adjudicatario haya autorizado este tipo de notificaciones”.

9.- Sin lugar a dudas queda muy claro que la única forma de que una institución del Estado notifique algún acto vía correo electrónico, es que el administrado hubiese autorizado en forma expresa que se utilice ese medio como mecanismo de notificación, de lo contrario deberán aplicarse las reglas de la Ley de Procedimiento Administrativo General en donde se considera a la notificación personal como primera y principal forma de comunicar cualquier acto.

Asimismo, el OSCE en diferentes Opiniones y Acuerdos invocados en este escrito recogen lo que señala la Ley N° 27444, de tal manera que existe una similitud de criterios entre la norma general en materia administrativa con la norma especial y el máximo ente regulador de las contrataciones con el Estado.

10.- Pretender algo contrario implicaría que el contratista no gozaría de seguridad jurídica y estaría en una incertidumbre constante para suministrar los bienes, y con un temor ante el Estado al pensar que aun cuando ha obtenido la ampliación en forma automática, eso no le garantiza nada porque la Entidad pretenderá que se valide una notificación electrónica que no ha sido aprobada ni propuesta por el contratista, sin importar que la Ley lo prohíba.

11.- Por lo expuesto, solicitamos al Tribunal no tener por bien notificada la improcedencia de la ampliación vía correo electrónico, y que se establezca que nuestro Consorcio ha obtenido la ampliación del

plazo de entrega al 02 de Agosto del 2013 en forma automática y en fiel cumplimiento al art. 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

C.- Respecto al pago de los costos y costas del proceso:

1.- Una de los actos recurrentes en un Laudo arbitral es cuando se ordena que las costas y costos del proceso sean asumidos por ambas partes, situación que puede ser amparada cuando existen medios de prueba o algún sustento a favor del demandado.

2.- Sin embargo, cuando nos enfrentamos ante una negativa de reconocer un mandato expreso de la Ley (art. 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y 20° de la Ley N° 27444), entonces nos encontramos ante una actitud dolosa y flagrante que debe ser asumida por la Entidad.

3.- Solicitamos al Tribunal se sirva comprender que ninguna empresa puede verse perjudicada económicamente, sólo porque la Entidad no tenía el deseo de aceptar lo que ordena la Ley de Contrataciones y la Ley de Procedimiento Administrativo, además de diversos criterios del OSCE.

4.- El Tribunal debe tener en consideración que la "parte vencida" en un proceso tiene la obligación de asumir los gastos (costos y costas) de su contraparte, tal como lo dispone el art. 412° del Código Procesal Civil y el numeral 1 del art. 73 de la Ley de Arbitraje, no siendo un favor o una suerte que a la parte vencedora se le reembolse lo gastado, sino que por el contrario, por mandato expreso de la Ley la parte vencida debe asumir los costos del arbitraje a favor del ganador.

5.- La exoneración de los gastos o que estos sean asumidos por cada parte son una "excepción" al mandato expreso de la norma, por lo tanto, para que la parte vencida pueda gozar de este privilegio, debe tener medios de prueba realmente consistentes y objetivos que hayan evidenciado al menos la posibilidad de que "algo de su postura era cierta".

En ese sentido, resultaría injusto que nuestra empresa tenga que asumir los gastos en los cuales estamos incurriendo.
(...)"

- 1.3. Es de precisar que a través de la Resolución N° 2 de fecha 19 de agosto del 2013, este Colegiado tuvo por admitida la demanda arbitral del CONSORCIO y se corrió traslado de la misma a su contraria, EL MINEDU.

- 1.4. Asimismo, conviene indicar que mediante la *Resolución N° 1 de fecha 14 de agosto del 2013*, se tuvo – entre otras cosas – por cancelado el primer anticipo de los honorarios arbitrales que le corresponde la CONSORCIO, y por omiso a este pago al MINEDU, disponiéndose respecto de esto último, que se vuelva a requerir a este parte para que atienda su pronto abono.
- 1.5. Luego, mediante el escrito de fecha 06 de setiembre del 2013, EL DEMANDANTE formuló una modificación de su demanda arbitral adicionando una nueva Pretensión Accesorio, acompañando al efecto diversos medios probatorios documentales; pedido que fue atendido a través de la *Resolución N° 3 de fecha 06 de setiembre del 2013*, corriéndose traslado del mismo al MINEDU.

2. DE LA OPOSICIÓN AL ARBITRAJE Y DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA ARBITRAL

- 2.1. Con fecha 10 de setiembre del 2013, EL DEMANDADO presentó dentro del plazo concedido, un escrito en donde, en el Principal, formuló OPOSICIÓN AL ARBITRAJE POR UNA INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES; en su Primer Otrosí Digo, contestó la demanda, mientras que en su Segundo y Tercer Otrosí Digo, se reservó el derecho de ampliar, complementar y/o modificar los fundamentos de su contestación, así como delegó su Procuraduría Pública su representación en los abogados que ahí se señalan.
- 2.2. Pues bien, en cuanto a la OPOSICIÓN AL ARBITRAJE, EL MINEDU ha dicho expresamente lo siguiente:

“(…)

2.- Nuestra OPOSICIÓN radica en el hecho que la parte demandante incurre en una indebida acumulación de pretensiones pues ha formulado sus pretensiones desconociendo los alcances de lo que es una pretensión principal, una pretensión accesorio y una pretensión subordinada.

3.- En efecto, las denominada "pretensión principal" y "pretensión accesorio" detalladas en el texto de la demanda arbitral se encuentran agrupadas a su vez en pretensiones principales, accesorias y/o subordinadas, las cuales no se encuentran correctamente determinadas, más aún si tenemos en cuenta que algunas de las pretensiones incluidas tanto en la "pretensión principal" como en la "pretensión accesorio" no guardan conexidad entre ellas para los efectos de la acumulación invocada por la demandante.

3 (sic).- Un ejemplo de lo anterior se verifica en la "pretensión principal" ya que la solicitud de la parte demandante signada como punto 2 (que señala: "Que, de rechazarse nuestra primera pretensión, solicitamos que se declare la admisión de nuestra ampliación, debido a que la comunicación vía correo electrónico que pretende hacer valer la Entidad y que recién hemos tomado conocimiento mediante Carta Notarial Nro. 556-2013 de fecha 26.03.13, no es un acto de notificación válido y como consecuencia no puede ser oponible a nuestra parte"), es en realidad una pretensión subordinada a la primera (que establece: "Que, el Tribunal declare que gozamos de la Ampliación de Plazo por haberla obtenido de manera automática al amparo del art. 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1070 aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, vigente al momento de la convocatoria del proceso) toda vez que se encuentra sujeta a la eventualidad de que la primera sea desestimada; sin embargo esta circunstancia no ha sido advertida por la parte demandante pues en ningún momento establece la existencia de una pretensión principal y otra subordinada a la primera; motivo por el cual consideramos que la denominada "pretensión principal" es en realidad un conjunto de pretensiones indebidamente acumuladas.

4.- De igual forma sucede en la denominada "pretensión accesoria", ya que el demandante si bien es cierto de manera correcta señala como pretensiones accesorias: i) que, se declare que la nueva fecha de entrega es el día 02 de agosto de 2013 y ii) el pago de los intereses devengados, que deberán ser liquidados en su oportunidad, las cuales resultarán amparadas si se declara fundada la principal; también es cierto que las pretensiones sobre: iii) que, se ordene el pago de los gastos financieros asumidos por la contratista por la renovación de las Cartas Fianzas y iv) que, se ordene el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje, son en realidad pretensiones principales o autónomas y que no necesariamente guardan conexidad con las anteriores pretensiones para ser amparadas o ser declaradas fundadas; sin embargo esta circunstancia tampoco es advertida por la parte demandante por lo que consideramos que la denominada "pretensión accesoria" es en realidad un conjunto de pretensiones indebidamente acumuladas.

5.- Estando a lo expuesto en los puntos anteriores, la presente OPOSICIÓN se formula en atención a que se ha verificado que la parte demandante ha incurrido en una indebida acumulación de pretensiones, circunstancia que en el presente caso impide hacer efectivo el principio de economía procesal con el consiguiente riesgo de que se expidan fallos contradictorios, razones por las cuales solicitamos al Tribunal Arbitral declarar FUNDADA la

OPOSICIÓN y por tanto el Colegiado no se pronuncie sobre el punto 2 de la denominada "pretensión principal" y los puntos 3 y 4 de la denominada "pretensión accesorio".

- 2.3. Asimismo, conviene destacar que EL DEMANDADO amparó su contestación de demanda arbitral en relación a las pretensiones planteadas por EL CONSORCIO, en base a las siguientes consideraciones que a continuación pasamos a detallar:

"Antecedentes

1.- Con fecha 15 de octubre de 2012, el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora 026 -PROGRAMA EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODOS (en adelante LA ENTIDAD) y el consorcio IBA - INTERNATIONAL BUSINESS ASSOCIATION S.R.L. - EFRINSA GLOBAL LOGISTICS INC. (en adelante EL CONTRATISTA) suscribieron el Contrato N° 292-2012-ME/SG-OGA-UA-APS (en adelante EL CONTRATO) derivado de la Licitación Pública N° 002-201 2-ED/UE 026, para la "Adquisición del Módulo de Materiales Educativos del área ciencia y ambiente para las aulas de los jardines - ítem N° 12: Kit de Morteros", por el monto de S/.4'160,549.22 (Cuatro millones ciento sesenta mil quinientos cuarenta y nueve con 22/100 nuevos soles) a todo costo, incluido IGV.

2.- Cabe señalar, que conforme a lo establecido en la Cláusula Quinta de EL CONTRATO, se señaló que a partir del día siguiente de la aprobación del prototipo, EL CONTRATISTA tendrá un plazo de ciento ochenta (180) días calendario para entregar la producción final de los bienes. Al respecto, con fecha 24 de octubre de 2012, se firma el Acta de Aprobación de muestra final del Kit de morteros.

3.- Mediante Carta N° CAR1301-66 de fecha 01 de febrero de 2013, EL CONTRATISTA solicitó ampliación de plazo para la entrega de los bienes adquiridos como producto de la suscripción de EL CONTRATO, hasta el 19 de octubre de 2013, manifestando que se ha producido un retraso involuntario por parte de su fabricante, la empresa Wenzhou Times Co. Ltd., debido a la escasez de madera seca, motivo por el cual no se podrá cumplir con el cronograma de fabricación.

4.- Con el Oficio N° 325-201 3-ME/SG-OGA, de fecha 07 de febrero de 2013, LA ENTIDAD notificó a EL CONTRATISTA, el pronunciamiento correspondiente, denegando la ampliación de plazo requerida, toda vez que lo manifestado por EL CONTRATISTA no configura causal de fuerza mayor.

5.- A través de la Carta N° CAR1 302-33 recibida el 20 de febrero de 2013, EL CONTRATISTA solicitó ampliación de plazo para la

entrega de los bienes adquiridos como producto de la suscripción de EL CONTRATO, hasta el 02 de agosto de 2013, manifestando que el retraso involuntario en la fabricación de los bienes por parte de su fabricante, la empresa Wenzhou Times Co. Ltd., se debe a la volatilidad del mercado, toda vez que la escasez de madera no solo ha afectado particularmente al referido fabricante sino también a fabricantes chinos en general, por lo que señalan que los hechos mencionados se encuentran inmersos en el acápite 2) y 4) del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

6.- Con el Informe N° 817-2013-ME/SG-OGA-UABAS, la Unidad de Abastecimiento del MINEDU solicitó a la Dirección de Educación Inicial, se pronuncie respecto al otorgamiento o denegación de la ampliación de plazo requerida por EL CONTRATISTA, mediante la Carta N° CAR1302-33.

7.- Con Memorándum N° 210-2013-MINEDU/VMGP-DIGEBR-DEI, la Dirección de Educación Inicial remitió a la Unidad de Abastecimiento del MINEDU, el Informe N° 025-2013-MINEDU/VMGP-DIGEBR-DEI, a través del cual se concluye que la ampliación de plazo solicitada por EL CONTRATISTA resulta improcedente, en tanto los argumentos aducidos por EL CONTRATISTA en la Carta N° CAR 1302-33, no se enmarcan dentro de una causal de fuerza mayor.

8.- Mediante correo electrónico de fecha 06 de marzo de 2013, la Unidad de Abastecimiento del MINEDU notificó a EL CONTRATISTA (a su correo electrónico: info@jba-peru.com, tal como se muestra en el informe sobre retransmisión, correo electrónico que además figura en el encabezado de la documentación presentada en su propuesta técnica y en la documentación alcanzada para la suscripción de EL CONTRATO), dentro del plazo legal, el Oficio N° 486-2013-MINEDU/SG-OGA, a través del cual LA ENTIDAD emite el pronunciamiento correspondiente, respecto a la ampliación de plazo requerida por EL CONTRATISTA mediante la Carta Nro. CAR 1302-33, denegando la misma, en virtud a que los hechos invocados no reúnen las características configuradas en el inciso 2 y el inciso 4 del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Cabe resaltar que el Oficio N° 486-2013-MINEDU/SG-OGA también fue notificado a EL CONTRATISTA con el documento en físico el día 06 de marzo de 2013, sin embargo en las oficinas de EL CONTRATISTA se negaron a recibir el documento tal y como se explicará en detalle líneas adelante.

Análisis sobre la Primera Pretensión a fin que se declare IMPROCEDENTE La Pretensión Principal.

1.- El artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias, precisa lo siguiente:

"Artículo 175°.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

- 1.- Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
- 2.- Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista
- 3.- Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y,
- 4.- Por caso fortuito o fuerza mayor.

El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

La entidad debe resolver sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista, en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad (...)"

2.- Mediante Carta N° CAR1303-12, recibida el 06 de marzo del 2013, EL CONTRATISTA manifestó que el décimo día hábil para notificar la aceptación o el rechazo del pedido de ampliación venció el día martes 05 de marzo de 2013, al amparo de lo dispuesto en el artículo antes citado, dejando constancia que el nuevo plazo contractual de entrega de los bienes es hasta el día 02 de agosto de 2013. Asimismo, en la referida Carta EL CONTRATISTA manifestó también que al no haberse, supuestamente, resuelto y notificado la respuesta a la solicitud de ampliación en el plazo máximo, contemplado en la norma, LA ENTIDAD dio por aceptada la solicitud de ampliación de plazo en forma automática.

3.- Al respecto, resulta necesario señalar que EL CONTRATISTA ha computado erróneamente los días hábiles para que LA ENTIDAD notifique su pronunciamiento, tomando como inicio de dicho cómputo el día 20 de febrero de 2013, fecha en la cual se presentó la solicitud de ampliación de plazo, no habiendo considerado que el artículo 175° del Reglamento fue modificado en esos extremos, mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EF, estableciéndose que LA ENTIDAD debe resolver sobre la solicitud de ampliación de plazo y notificar su decisión a EL CONTRATISTA, en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación, lo cual culminó el 06 de marzo de

4.- Siendo esto así, mediante correo electrónico de fecha 06 de marzo de 2013, la Unidad de Abastecimiento del MINEDU notificó a EL CONTRATISTA (a su correo electrónico: info@jba-peru.com, tal como se muestra en el informe sobre retransmisión, correo electrónico que además figura en el encabezado de la documentación presentada en su propuesta técnica y en la documentación alcanzada para la suscripción de EL CONTRATO), dentro del plazo legal, el Oficio N° 486-2013-MINEDU SG-OGA., a través del cual LA ENTIDAD deniega la solicitud de ampliación de plazo contenida en la Carta CAR1302-33, en virtud a que los hechos invocados no reúnen las características configuradas en el inciso 2 y el inciso 4 del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

5.- Aún más, el Oficio N° 486-2013-MINEDU/SG-OGA, fue remitido físicamente al domicilio legal de EL CONTRATISTA, a través del Área de Transportes, llegando el Sr. Jesús Arteaga Núñez, conductor encargado de notificar el mencionado oficio a las 16:30 horas del día 06 de marzo de 2013, en la dirección legal señalada: Calle Ángel Arata N° 325, Urb. San José - Bellavista - Callao (Casa de dos pisos, color amarillo), encontrando las puertas cerradas, razón por la cual el referido conductor tocó la puerta en repetidas veces, hasta que fue atendido por un personal que señaló ser trabajador de limpieza de la empresa y que por orden expresa de la administración no podía recepcionar documento alguno, tal como se detalla en la Hoja de Coordinación N° 002 del Coordinador de Transportes de la Unidad de Abastecimiento del MINEDU.

6.- Mediante Carta S/N recibida el 22 de marzo de 2013, EL CONTRATISTA solicitó a LA ENTIDAD, que se sirva preparar la adenda respecto al nuevo plazo de entrega de EL CONTRATO, aduciendo erróneamente que el plazo de entrega ha sido ampliado.

7.- Mediante Carta Notarial N° 556-2013-MINEDU/SG-OGA de fecha 26 de marzo de 2013, LA ENTIDAD responde a la Carta S/N recibida el 22 de marzo de 2013 señalando a EL CONTRATISTA que la notificación sobre la decisión de LA ENTIDAD, contenida en el Oficio N° 486-2013-MINEDU/SG-OGA, de denegarle la solicitud de ampliación del plazo requerida mediante carta Nro. CAR1302-33, se realizó electrónicamente en el plazo establecido en el artículo 175 del Reglamento de La Ley de Contrataciones del Estado vigente; siendo que no pudo concretarse su notificación física a razón de la negativa de EL CONTRATISTA de recibir el Oficio N° 486-2013-MINEDU/SG-OGA.

8.- De lo expuesto en los puntos precedentes se colige que LA ENTIDAD ha notificado a EL CONTRATISTA en el plazo establecido en artículo 175 del Reglamento de La Ley de

Contrataciones del Estado vigente el Oficio N° 486-2013-MINEDU/SG-OGA, el mismo que deniega la solicitud de ampliación de plazo para la entrega de los bienes que forman parte de la prestación contratada como producto de la suscripción del Contrato Nro. 292-2012-ME/SG-OGA-UA-APS. Por tanto, solicitamos al Tribunal Arbitral se sirva declarar IMPROCEDENTE la Pretensión Principal planteada por la parte demandante.

9.- Respecto de la notificación del Oficio N° 488-2013-MINEDU/SG-OGA vía correo electrónico y en físico que fueron realizados el 06 de marzo de 2013.- Sobre el particular debemos señalar en primer lugar que de lo expuesto en los puntos 4 y 5 se puede verificar la intención manifiesta de EL CONTRATISTA de negarse a recibir el Oficio N° 486-2013-MINEDU/SG-OGA, puesto que sabía que dicha solicitud de ampliación de plazo le fue denegada en una primera oportunidad, circunstancia que EL CONTRATISTA omite señalar en el texto de su demanda; por lo que solicitamos que la injustificada omisión sea merituada por el Colegiado a efectos de dejar en claro la verdadera intención de EL CONTRATISTA.

Teniendo en cuenta lo anterior, es fácil colegir que EL CONTRATISTA en realidad se vale de la negativa a recibir el Oficio N° 486-2013-MINEDU/SG-OGA para acogerse a la aprobación automática establecida en el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y este hecho no es una simple afirmación de nuestra parte sino que se corrobora con la notificación de la Carta Notarial Nro. 556-2013-MUNEDU/SG-OGA en la que la Notaría Ochoa López deja constancia que la referida Carta Notarial ha sido diligenciada en la dirección de EL CONTRATISTA (Calle Ángel Arata Nro.325. Urb. San José, Bellavista Callao) y que fue dejada debajo de la puerta ya que luego de varios intentos nadie acudió al llamado de la persona que diligenciaba la entrega de la mencionada Carta Notarial.

Siendo esto así, resulta válido concluir que, en realidad en la dirección de EL CONTRATISTA, la negativa a recepcionar documentos es una constante tal y como se acredita con el intento frustrado de notificación del Oficio N° 486-2013-MINEDU/SG-OGA y la Carta Notarial Nro. 556-2013-MUNEDU/SG-OGA, y esta circunstancia deberá ser evaluada por el Tribunal Arbitral para desvirtuar la afirmación de EL CONTRATISTA en el sentido que como no ha autorizado se le notifique vía correo electrónico entonces la notificación de! Oficio N° 486-2013-MINEDU/SG-OGA efectuado a su correo electrónico que figura en el encabezado de la documentación presentada en su propuesta técnica y en la documentación alcanzada para la suscripción de EL CONTRATO es un acto inválido

sustentándose además en la Opinión Nro. 051-2010 y Opinión Nro. 055-2011 del OSCE.

Al respecto, debemos señalar que la Opinión Nro. 051-2010 y Nro. 055-2011 de la OSCE resulta aplicable en el supuesto que EL CONTRATISTA en ningún momento se niega a recibir las notificaciones en la dirección que ha dado a conocer a la entidad y a terceros para los efectos de las comunicaciones que de manera formal deben ser recepcionadas. En el presente caso ocurre todo lo contrario ya que se ha demostrado que EL CONTRATISTA de manera permanente y reiterada se niega a recibir documentación en su domicilio o dirección autorizada por el mismo; motivo por el cual resulta válido que las notificaciones a CONSORCIO IBA INTERNACIONAL BUSINESS ASSOCIATION SRL - EFRINSA GLOBAL LOGISTICS se efectúen a su correo electrónico el mismo que figura en el encabezado de la documentación presentada en su propuesta técnica y en la documentación alcanzada para la suscripción de EL CONTRATO, de lo contrario se estaría validando un hecho irregular (la negativa a recibir notificaciones en su domicilio oficial) con el único propósito de que EL CONTRATISTA se acoja a la aprobación automática establecida en el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuando de antemano sabe que su solicitud de ampliación de plazo ha sido denegada por la entidad.

Respecto de la Pretensión Accesorio:

"Que, en caso alguno de nuestras pretensiones principales sea declarada fundada, solicitamos al Tribunal resuelva lo siguiente:

- 1.- Que, se declare que la nueva fecha de entrega es el día 02 de agosto de 2013.
- 2.- El pago de los intereses devengados, que deberán ser liquidados en su oportunidad.
- 3.- Que, se ordene el pago de los gastos financieros que estamos asumiendo por la renovación de las Cartas Fianzas.
- 4.- Que, se ordene el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje."

1.- Habiéndose determinado que la pretensión principal es en realidad IMPROCEDENTE, toda vez que LA ENTIDAD ha notificado a EL CONTRATISTA en el plazo establecido en artículo 175 del Reglamento de La Ley de Contrataciones del Estado vigente el Oficio N° 486-2013-MINEDU/SG-OGA (que deniega la solicitud de ampliación de plazo para la entrega de los bienes formulada por EL CONTRATISTA mediante Carta Nro. CAR1302-33 recibida el 20.02.13), corresponde entonces al Tribunal Arbitral declarar IMPROCEDENTE las pretensiones relacionadas con la pretensión principal referidas a que se declare que la nueva fecha de entrega es el

día 02 de agosto de 2013; así como la solicitud de pago de los intereses devengados.

2.- De igual forma, solicitamos que el Tribunal Arbitral declare IMPROCEDENTE la pretensión de la parte demandante que solicita que se ordene al MINEDU el pago de los gastos financieros sobre renovación de las Cartas Fianzas que vienen siendo asumidos por EL CONTRATISTA, ello en atención a que se trata de obligaciones que de acuerdo a la normativa pertinente son de cargo de EL CONTRATISTA conforme a lo prescrito por los artículos 158 y 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que establecen que las garantías de fiel cumplimiento y de adelanto directo son de cargo del contratista y deben tener vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final y la utilización del adelanto, respectivamente.

3.- Asimismo, solicitamos al Colegiado que la pretensión, en relación a que se ordene al MINEDU el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje, se declare IMPROCEDENTE ya que dicha solicitud no es materia arbitrable, toda vez que lo referente a los gastos arbitrales se definirán de conformidad a lo establecido en los artículos 69° y siguientes del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, razón por la cual corresponderá al Tribunal Arbitral resolver de manera pertinente lo referido a los costos y costas del presente proceso arbitral.”

2.4. Estando entonces a los términos del escrito N° 01 del MINEDU, este Colegiado dictó la *Resolución N° 4 de fecha 17 de setiembre del 2013* por medio de la cual se dispuso – entre otras cosas - correr traslado al CONSORCIO de la OPOSICIÓN AL ARBITRAJE y tener por presentada oportunamente el escrito de contestación de demanda.

2.5. Conviene recordar que mediante el Escrito N° 02 de fecha 10 de setiembre del 2013, EL DEMANDADO solicitó se le conceda una prórroga del plazo para abonar el pago del 1° anticipo de honorarios arbitrales que le corresponde, pedido que este Tribunal accedió tal como así se desprende de la *Resolución N° 5 de fecha 12 de setiembre del 2013*, señalándose sin embargo como apercibimiento, la suspensión del proceso, sin perjuicio de facultar a su contraparte para que proceda a su pago vía subrogación.

2.6. Asimismo, mediante el escrito de fecha 23 de setiembre del 2013, EL CONTRATISTA absolvió el traslado de la Oposición a que se refiere la Resolución N° 4 y se pronunció respecto a los argumentos del MINEDU expuesto al contestar la demanda, adjuntando para ello algunos medios

probatorios documentales; escrito que conllevó a que se emitiera la **Resolución N° 6 de fecha 27 de setiembre del 2013**, que tuvo por absuelto el referido traslado y presente los documentos anexados, corriéndosele traslado de los mismos al MINEDU para que manifieste lo que mejor convenga a su derecho.

- 2.7. Es conveniente advertir que en relación al pago del 1° anticipo de los honorarios arbitrales, EL MINEDU solicitó a este Colegiado a través del escrito S/N° de fecha 26 de setiembre del 2013, se le conceda un plazo extraordinario; solicitud que por el contrario fue denegada mediante la **Resolución N° 7 de fecha 27 de setiembre del 2013**, facultándose por el contrario al CONTRATISTA para que en vía de SUBROGACION cumpla con el abono correspondiente de su contraparte.
- 2.8. Luego, por medio del escrito de fecha 30 de setiembre del 2013, EL MINEDU - en el Principal - absolvió el traslado de la modificación de la demanda realizada por EL CONSORCIO, mientras que en su Segundo, Tercer y Cuarto Otrosí Digo, se reservó el derecho de ampliar, complementar y/o modificar los fundamentos de su contestación respecto de la nueva pretensión accesorio, delegó su Procuraduría Pública la representación en los abogados que ahí se señalan y se adjuntaron los documentos que acreditan la representación de su Procurador Público; absolución y otrosí decimos que fueron tomados en consideración a través de la **Resolución N° 8 de fecha 02 de octubre del 2013**.
- 2.9. Este Colegiado igualmente precisa que estando a los términos de la nueva pretensión accesorio formulada por EL CONTRATISTA, se reajustó los honorarios arbitrales y de la Secretaría por medio de la **Resolución N° 9 de fecha 03 de octubre del 2013**, fijándose en ese sentido un segundo anticipo en las sumas netas de S/. 9,000.00 Nuevos Soles para cada uno de los tres (03) árbitros y S/. 4,500.00 Nuevos Soles para la Secretaría.
- 2.10. No conformes con este 2° anticipo de honorarios, EL MINEDU interpuso el 09 de octubre del 2013 Recurso de Reconsideración contra la referida Resolución N° 9, la misma que no sólo fue admitida sino que además determinó que este Tribunal la resuelva de plano declarándola INFUNDADA por medio de la **Resolución N° 10 de fecha 16 de octubre del 2013**.
- 2.11. Posteriormente, con el escrito de fecha 17 de octubre del 2013, EL CONTRATISTA se desiste del proceso en lo que respecta a la nueva pretensión accesorio, pedido que sin embargo fue declarado en primer lugar INADMISIBLE, mediante la **Resolución N° 11 de fecha 18 de octubre del 2013**, toda vez que no cumplió su representante con presentar dicho escrito con firma legalizada.

2.12. Empero, subsanada la omisión por parte del DEMANDANTE, este Colegiado corrió traslado de su pedido de desistimiento a LA ENTIDAD, tal como así se desprende de la *Resolución N° 12 de fecha 23 de octubre del 2013*.

2.13. Finalmente, no habiendo absuelto el traslado correspondiente EL MINEDU, este Colegiado dictó la *Resolución N° 13 de fecha 31 de octubre del 2013*, declarando – entre otras cosas - FUNDADO el pedido de DESISTIMIENTO DEL PROCESO, y citando a las partes a la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, a llevarse a cabo el día miércoles 20 de noviembre del 2013 a horas diez (10) de la mañana, en la sede del Tribunal Arbitral.

3. DE LA AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

3.1. En la fecha programada – *20 de noviembre del 2013*, y con la asistencia de ambas partes se llevó a cabo la *Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios*, en la que, conforme se desprende del Acta correspondiente, se procedió previamente a resolver la OPOSICIÓN AL ARBITRAJE POR LA INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES, dictándose al efecto la *Resolución N° 14 de fecha 20 de noviembre del 2013* que declaró INFUNDADA la indicada OPOSICIÓN y además, se precisó la forma en que han sido propuestas las pretensiones arbitrales del CONSORCIO, siendo éstas, las siguientes:

“Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal declare la Ampliación del Plazo por haberla obtenido de manera automática al amparo del art. 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones (Decreto Legislativo N° 1070 aprobado por el D.S. N° 184-2008-EF vigente al momento de la convocatoria del proceso) como consecuencia de que la Entidad no se pronunció dentro de los 10 días hábiles siguientes contados desde la presentación de la solicitud de ampliación.

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Que, de rechazarse nuestra primera pretensión, solicitamos que se declare la admisión de nuestra ampliación, debido a que la comunicación vía correo electrónico que pretende hacer valer la Entidad y que recién hemos tomado conocimiento mediante la Carta Notarial N° 556-2013 de fecha 26.03.13., no es un acto de notificación válido y como consecuencia no puede ser oponible a nuestra parte.

Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal o a su Pretensión Subordinada: Se declare que la nueva fecha de entrega es el día 02 de Agosto del 2013.

Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal o a su Pretensión Subordinada: Se pague los intereses devengados, que deberán ser liquidados en su oportunidad.

Segunda Pretensión Principal: Se ordene el pago de los gastos financieros que estamos asumiendo por la renovación de las Cartas Fianzas.

Tercera Pretensión Principal: Se ordene el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje.”

Conviene señalar que LA ENTIDAD, al no estar conforme con esta decisión dejó expresa constancia de que dentro del plazo señalado, interpondrá el correspondiente Recurso de Reconsideración.

- 3.2. Asimismo, prosiguiendo con el arbitraje, este Tribunal luego de declarar SANEADO EL PROCESO, dejó constancia que las partes por el momento no les era posible arribar a un acuerdo conciliatorio por las demás pretensiones que se ventilan en este arbitraje, dejándoseles, sin embargo a salvo la posibilidad de que ambas lo pudieran promover en cualquier etapa del proceso. A continuación, se procedió a establecer los puntos controvertidos, de la manera siguiente:

1. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare la Ampliación del Plazo a favor del CONSORCIO por haberla obtenido de manera automática al amparo del art. 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones (Decreto Legislativo N° 1070 aprobado por el D.S. N° 184-2008-EF vigente al momento de la convocatoria del proceso) y como consecuencia de que el MINEDU no se pronunció dentro de los diez (10) días hábiles siguientes contados desde la presentación de su solicitud de ampliación.*
2. *En caso no se ampare el punto controvertido anterior, determinar si corresponde o no que el Tribunal declare la ampliación de plazo a favor del CONSORCIO debido a que la comunicación vía correo electrónico que pretende hacer valer el MINEDU y que recién tomó conocimiento aquél mediante la Carta Notarial N° 556-2013 de fecha 26.03.13., no es un acto de notificación válido, no pudiendo ser éste oponible al CONSORCIO.*
3. *En el caso se ampare alguno de los puntos controvertidos 1 o 2, determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que la nueva*

fecha de entrega de los bienes adquiridos producto de la suscripción del contrato relacionado con la presente controversia, es el día 02 de Agosto del 2013.

4. *En el caso se ampare alguno de los puntos controvertidos 1 o 2, determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al MINEDU el pago al CONSORCIO de los intereses devengados, que deberán ser liquidados en su oportunidad.*
5. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al MINEDU el pago de los gastos financieros que el CONSORCIO está asumiendo por la renovación de las Cartas Fianzas.*

PUNTO CONTROVERTIDO EN COMÚN:

Determinar quién deberá asumir el reembolso de los costos y costas del arbitraje que demande el presente proceso arbitral.

- 3.3. Además, el Tribunal Arbitral decidió admitir todos los medios probatorios documentales ofrecidos por ambas partes tanto en la demanda arbitral como en su contestación.
- 3.4. Por medio de la *Resolución N° 15 de fecha 22 de noviembre del 2013*, este Colegiado dio cuenta de la Carta N° CAR1310-16 de fecha 04 de octubre del 2013, en la que EL CONSORCIO cumplió con abonar – VÍA SUBROGACIÓN – el 1° anticipo de honorarios arbitrales que le corresponde a su contraparte, EL DEMANDADO, tal como así fue dispuesto por medio de la Resolución N° 7.
- 3.5. Seguidamente, EL MINEDU, a través del escrito de fecha 26 de noviembre del 2013, interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 17 dictada en la Audiencia de Saneamiento y otros, impugnación que fue admitida y se corrió traslado de la misma por medio de la *Resolución N° 16 de fecha 27 de noviembre del 2013*.
- 3.6. Absuelto que fuera dicho medio impugnatorio el 02 de diciembre del 2013 por parte del CONSORCIO, este Tribunal lo resolvió por medio de la *Resolución N° 17 de fecha 11 de diciembre del 2013*, declarándolo INFUNDADO.
- 3.7. Es así que estando al estado del proceso, este Colegiado dictó la *Resolución N° 18 de fecha 11 de diciembre del 2013* que dio por concluida la etapa de actuación de medios probatorios, concediéndoles a las se otorgó un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y finalmente las citó a una *Audiencia de Informes Orales para el día lunes 06 de enero del*

presente año a horas diez (10) de la mañana, en la sede del Tribunal Arbitral.

4. DE LOS ALEGATOS Y DE LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES.

- 4.1. Por medio de la *Resolución N° 19 de fecha 27 de diciembre del 2013* este Tribunal tuvo por presentados oportunamente los alegatos escritos de las partes y, además, atendiendo el pedido del CONTRATISTA, REPROGRAMÓ la *Audiencia de Informes Orales para el día 09 de enero del presente año a horas diez (10) de la mañana*.
- 4.2. Luego, con fecha jueves 09 de enero del 2014 y con la asistencia de ambas partes, se llevó a cabo la **Audiencia de Informes Orales**, en las que expusieron los fundamentos que sustentan su posición respecto de la demanda arbitral y de su respectiva contestación. Además, luego de las respectivas réplicas y dúplicas, ambas partes absolvieron las interrogantes formuladas por los miembros de este Tribunal Arbitral.
- 4.3. Se destaca que con posterioridad a esta Audiencia, EL MINEDU presentó un *escrito N° 01 el día 16 de enero del 2014*, precisando algunos temas que fueron tomados en la exposición realizada por las partes el día que se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales; escrito que este Colegiado lo tuvo presente, corriéndose además traslado del mismo y de los cuatro (04) anexos que ahí se adjunta, al CONSORCIO, por medio de la *Resolución N° 20 de fecha 21 de enero del 2014*.
- 4.4. Es así que absuelto este traslado por EL CONTRATISTA mediante el *escrito N° 09 de fecha 24 de enero del 2014*, este Tribunal resolvió por medio de la *Resolución N° 21 de fecha 31 de enero del 2014*, por un lado, tener presente la oportuna absolución realizada por esta parte y, estando al estado del presente arbitraje, se fijó que el plazo para laudar en *treinta (30) días hábiles*, de conformidad con lo indicado en el numeral 38) del Acta de Instalación; computado dicho plazo a partir del día siguiente de notificada esta resolución a la última de las partes en controversia.
- 4.5. Finalmente, a través de la *Resolución N° 22 de fecha 14 de marzo del 2014*, se prorrogó el plazo para laudar por quince (15) días hábiles adicionales, computándose este último a partir del día siguiente de vencido el primer plazo (*martes, 18 de marzo del 2014*).

II. PORTE CONSIDERATIVA:

1. CUESTIONES PRELIMINARES.

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo pactado por las partes; (ii) que, no se ha recusado a ninguno de los colegiados o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que, EL CONSORCIO presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que, EL DEMANDADO fue debidamente emplazado con la demanda, cumpliendo con contestar la misma en el plazo acordado; (v) que, las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como han ejercido la facultad de presentar sus alegatos escritos y presentar sus correspondientes informes orales; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo prorrogado fijado en la Resolución N° 22.

Asimismo, este Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. Finalmente, el Tribunal declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.

2. MATERIA CONTROVERTIDA.

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar si corresponde o no atender las pretensiones promovidas por EL CONSORCIO, y que son aquellas que aparecen recogidas literalmente en la Sección 3 de la AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS. (Punto 3.2 de los Antecedentes de este LAUDO).

3. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER EL FONDO DE LA CONTROVERSIA.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que en el numeral 6) del Acta de Instalación se dispone que en este arbitraje la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana, añadiendo que las normas aplicables al arbitraje, de acuerdo con el Art. 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante LA LEY) deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) *La ley*, 2) *su reglamento*,

aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, EL REGLAMENTO); las normas de derecho público y, 4) las de derecho privado.

En segundo lugar, debe observarse que EL CONTRATO indica en su CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO, lo siguiente: *"Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, se utilizarán las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes".*

Finalmente, es preciso puntualizar que tanto LA LEY, como su REGLAMENTO, fueron modificados en forma parcial, respectivamente, por la *Ley N° 29873* y el *Decreto Supremo N° 138-2012-EF*, las cuales como se explicará con mayor detalle en el desarrollo de este Laudo, entraron ambos en vigencia el día 20 de setiembre del 2012.

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OFRECIDAS, ADMITIDAS Y ACTUADAS DENTRO DEL PRESENTE ARBITRAJE.

- 4.1. SOBRE PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare la Ampliación del Plazo a favor del CONSORCIO por haberla obtenido de manera automática al amparo del art. 175° del REGLAMENTO (vigente al momento de la convocatoria del proceso) y como consecuencia de que el MINEDU no se pronunció dentro de los diez (10) días hábiles siguientes contados desde la presentación de su solicitud ampliatoria.*

4.1.1. Posición del CONSORCIO:

- Corresponde declarar la ampliación de plazo de manera automática, por cuanto la ENTIDAD no resolvió esta solicitud dentro del plazo de diez (10) días hábiles computado desde su presentación, tal como así está establecido en el Art. 175° del REGLAMENTO, antes de su modificatoria y porque así fue reiterado en la Opinión N° 055-2011-OSCE;
- La modificación normativa introducida al Art. 175° del REGLAMENTO por la Decreto Supremo N° 138-2012-EF, no le sería de aplicación en tanto que el proceso de selección que es materia del presente arbitraje se convocó el día 03 de abril del 2012, por lo que todo lo relacionado con él como a la

ejecución del CONTRATO que de él se ha derivado, debe regirse por la norma vigente de aquél entonces y no por su norma modificatoria que ocurrió con posterioridad; y,

- En su caso, su solicitud de ampliación de plazo fue presentada el día 20 de febrero del 2013, por lo que EL MINEDU tuvo hasta el día martes 05 de marzo del 2013 para resolver dicha solicitud, pero no lo hizo, sino por el contrario, al día siguiente, es decir, el 06 de marzo del 2013.

4.1.2. Posición del MINEDU:

- Tanto mediante correo electrónico como por mensajería de la propia ENTIDAD, remitida y cursada respectivamente el día 06 de marzo del 2013, se puso en conocimiento del DEMANDANTE – y dentro del plazo legal - el Oficio N° 486-2013-MINEDU/SG-OGA, mediante el cual se le denegó su solicitud de ampliación de plazo; y,
- Ambas comunicaciones fueron realizadas oportunamente, pues en este caso sí resulta de aplicación la modificatoria introducida al Art. 175° del REGLAMENTO por la Decreto Supremo N° 138-2012-EF, ya que aquí se varía el cómputo del plazo para resolverla, ya no desde el mismo día de presentada la solicitud, sino a partir del día siguiente de ocurrido este hecho, resultando que el acto de notificación realizado el día 06 de marzo del 2013, sí está comprendido dentro del nuevo cómputo comentado.

4.1.3. Posición del Tribunal:

- a) Expuestas las posiciones de las partes, este Colegiado estima que para tomar una decisión sobre este primer punto en controversia, resultará de necesidad determinar si en relación al pedido de ampliación de plazo solicitado por EL CONTRATISTA, es de aplicación o no la modificatoria del Art. 175° del REGLAMENTO, recogida en el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, sobre el cómputo del plazo que tiene LA ENTIDAD para resolver dicha solicitud.
- b) Para ello, resulta de importancia destacar en primer lugar que la Ley N° 29873, que trajo a su vez también varios cambios a LA LEY, entró en vigencia al igual que el citado Decreto Supremo N° 138-2012-EF, el día 20 de setiembre del 2012. En concreto, la Ley N° 29873 señaló lo siguiente en su Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias y Finales, en relación a su vigencia y aplicación:

"Segunda. Vigencia de la ley

La presente ley entra en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente de la publicación de la modificación del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo 184-2008-EF.

Tercera. Aplicación de la ley

La presente ley es aplicable a las contrataciones cuyos procesos de selección se convoquen a partir de su entrada en vigencia."

Por su parte el ya comentado Decreto Supremo N° 138-2012-EF, destaca en su Art. 5°, lo siguiente también en cuanto a su vigencia:

"Artículo 5.- Vigencia

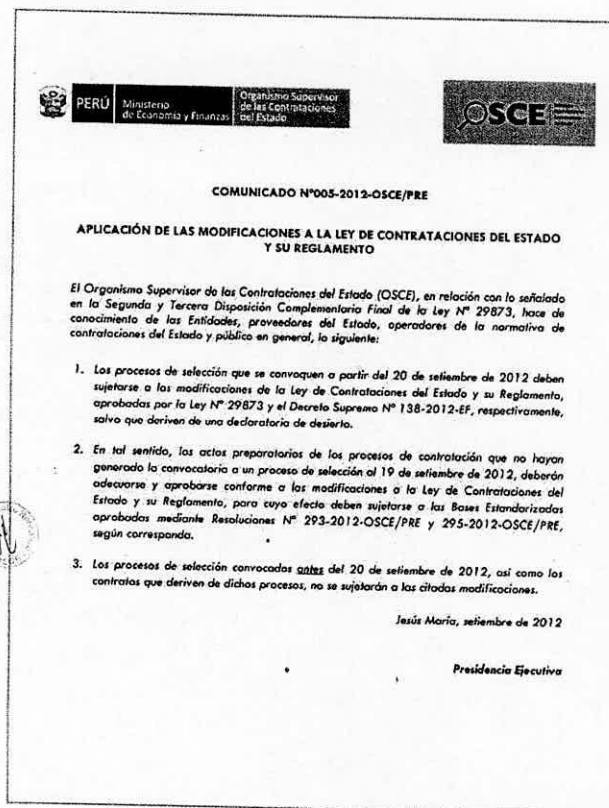
El presente Decreto Supremo entrará en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano."

- c) Pues bien, de primera impresión se tiene que la Ley N° 29873 es la única que hace una precisión en cuanto a su aplicación inmediata, apuntando que la misma únicamente será aplicable tratándose de nuevas contrataciones convocadas a proceso de selección después de su entrada en vigencia.

Esta puntualización la estimamos razonable, en la medida que particularmente en ella se han efectuado diversas modificaciones vinculadas con los procesos de selección, lo que a su vez guarda directa relación con la expedición del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, ya anunciado en su Primera Disposición Complementaria y Final. Es por ello que la norma que modificó el REGLAMENTO, sólo apunta que su aplicación inmediata empezará a partir del día treinta (30) hábil siguiente de su publicación en el diario Oficial, es decir, al igual que la Ley N° 29873, desde el día 20 de setiembre del 2012.

- d) Sin embargo, precisando la aplicación de estas normas modificatorias, el OSCE emitió el **Comunicado N° 005-2012-OSCE/PRE¹**:

¹ <http://portal.osce.gob.pe/osce/node/459>



e) De ahí que tomando en consideración que los cambios normativos realizados a LA LEY y su REGLAMENTO, por la Ley N° 29873 como por el tantas veces citado Decreto Supremo N° 138-2012-EF, responden en realidad a un “todo” y que incluso se exterioriza en que la vigencia de la gran mayoría de estos cambios realizados por éstos últimos dispositivos, se produjeron en común a partir del día 20 de setiembre 2012, a lo que se suma finalmente las precisiones efectuadas en el Comunicado del OSCE, sobre todo la recogida en el numeral 3° que ha indicado con claridad que los procesos de selección convocados antes del 20 de setiembre del 2012, así como los contratos que se deriven de dichos procesos, no se sujetarán a dichas modificaciones; este Tribunal llega a la conclusión que también las atingencias realizadas en la Ley N° 29873 - en cuanto a su aplicación -, son igualmente equiparables a las normas modificatorias introducidas en el decreto supremo mencionado.

f) Pero esto no es todo, por la mayor afinidad que presenta toda solicitud de ampliación de plazo con los procedimientos administrativos, apoya la decisión adoptada por este Colegiado lo señalado en la *Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General*, pues en él, al fijarse las pautas necesarias para la regulación transitoria con la normatividad anterior, estableció como criterio general que los procedimientos administrativos iniciados con

anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, deberán regirse por la normatividad anterior hasta su conclusión. Veamos con mayor detalle qué dice esta Disposición, no sin antes adelantar que el caso materia de este arbitraje no está tampoco comprendido dentro de los dos (02) supuestos de excepción que ahí se recogen (numerales 1 y 2):

"DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Regulación transitoria

1. Los procedimientos administrativos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por la normativa anterior hasta su conclusión.

2. No obstante, son aplicables a los procedimientos en trámite, las disposiciones de la presente Ley que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la administración, así como su Título Preliminar.

3. Los procedimientos especiales iniciados durante el plazo de adecuación contemplado en la tercera disposición transitoria se regirán por lo dispuesto en la normativa anterior que les sea de aplicación, hasta la aprobación de la modificación correspondiente, en cuyo caso los procedimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor, se regulan por la citada normativa de adecuación." (El subrayado es del colegiado).

Es más, de lo anterior también se concluye dos (02) cosas con relación a lo afirmado sobre este particular por EL MINEDU: i) que no resultará aplicable supletoriamente - por la naturaleza de lo que aquí se pretende -, lo señalado en la Segunda Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil²; y ii) que la opción normativa adoptada por el legislador y el Poder Ejecutivo al dictar tanto la Ley N° 29873 como el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, no contraviene lo señalado en el Art. 109° de nuestra Constitución Política del Estado³, pues ésta si bien establece que toda ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano" (recogiendo de este modo la aplicación inmediata de la ley o lo que se conoce como la teoría de los hechos cumplidos), también lo es que puede postergarse su vigencia de existir alguna disposición contraria de la misma ley.

² "SEGUNDA.- Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado."

³ "Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte."

g) Finalmente, abona a esta conclusión el *Acuerdo N° 007/2012 adoptado en Sala Plena el 20 de setiembre del 2012 por el Tribunal de Contrataciones del Estado*⁴, el mismo que fija a su vez los siguientes criterios de interpretación sobre las nuevas disposiciones procedimentales incorporadas por la Ley N° 29873 y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, en referencia a los procedimientos de apelación y sancionadores:

1. *Las modificaciones legislativas contenidas en la Ley 29873 y el D.S. 138-2012-EF referidas al trámite de los recursos de apelación en los procesos de selección, serán aplicadas a los procesos de selección convocados a partir del 20 de setiembre de 2012, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 29873, de conformidad con lo previsto en la Tercera Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29873.*
2. *Las modificaciones previstas en el Decreto Supremo 138-2012-EF referidas al trámite del procedimiento sancionador, serán aplicables a los expedientes que se generen a partir del 20 de setiembre de 2012, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 29873, siguiendo el mismo criterio previsto por la Quinta Disposición Complementaria Final del D.S. 184-2008-EF, que no ha sufrido variación alguna."*

h) Estando entonces a la conclusión arribada por este Tribunal, se colige seguidamente que en este caso sí resulta de aplicación el Art. 175° del REGLAMENTO, sin la modificatoria recogida en el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, cuyo tenor es como sigue:

"Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

1. *Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.*

2. *Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.*

3. *Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y,*

4. *Por caso fortuito o fuerza mayor.*

⁴ <http://portal.osce.gob.pe/osce/node/360>

El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

La Entidad resolverá sobre dicha solicitud en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados.

Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.” (El subrayado es del Colegiado).

- i) Conviene destacar que en lo respecta al cómputo del plazo que tiene toda ENTIDAD para resolver los pedidos de ampliación de plazo contractual bajo los alcances del Art. 175° del REGLAMENTO, antes de su modificatoria, el OSCE, a través de Dirección Técnica Normativa, ha señalado lo siguiente en su Directiva N° 055-2011/DTN de fecha 11 de mayo del 2011 :

“2.2. “¿Las entidades públicas deben notificar las resoluciones mediante las cuales se pronuncian sobre las solicitudes de ampliaciones de plazo, en el término de cinco días de emitida la decisión?”

El tercer párrafo del artículo 175° del Reglamento establece que “La Entidad resolverá sobre dicha solicitud en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde su presentación. De no emitirse pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratistas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.” (El resaltado es agregado).

De acuerdo con el artículo citado, la Entidad cuenta con un plazo de diez (10) días hábiles, computado desde la fecha de presentación de la solicitud de ampliación, para emitir un pronunciamiento expreso sobre la solicitud de ampliación del plazo contractual.

Ahora bien, dentro de este plazo la Entidad no solo debe cumplir con emitir la resolución mediante la cual se pronuncia sobre la solicitud de ampliación, sino que también debe cumplir con notificarla formalmente

al contratista para que este conozca de forma cierta y oportuna la decisión de la Entidad⁵.

Adicionalmente, debe indicarse que, en caso la Entidad no cumpla con emitir y notificar la resolución mediante la cual se pronuncia respecto de la solicitud de ampliación presentada por el contratista en el plazo que se le ha concedido para tal efecto, la solicitud del contratista se considerará concedida o aprobada y, por tanto, ampliado el plazo contractual, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cabe precisar que, en este supuesto, la ampliación del plazo contractual es automática y se produce por el solo transcurso o vencimiento del plazo concedido a la Entidad para pronunciarse respecto de la solicitud de ampliación presentada por el contratista.

Así, la aprobación automática de la solicitud de ampliación del plazo contractual se convierte en una especie de sanción a la inacción de la Entidad que persigue resolver una situación que no puede mantenerse en suspenso pues ello podría evitar la oportuna ejecución de las prestaciones del contratista o que estas devengan en más onerosas para éste.

En tal orden de ideas, debe indicarse que el artículo 175 del Reglamento ha establecido el plazo en el que la Entidad debe emitir y notificar la resolución mediante la cual se pronuncia respecto de la solicitud de ampliación del plazo contractual presentada por el contratista – dentro de los diez (10) días desde la presentación de la solicitud de ampliación de plazo-, precisando que de no emitir y notificar la respectiva resolución en dicho plazo, la solicitud se considerará concedida o aprobada y, por tanto, ampliado el plazo contractual, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

2.3. “¿El plazo con el que cuentan las entidades para resolver las solicitudes de ampliaciones de plazo, se computa desde el mismo día de las presentaciones de dichos pedidos?”

De acuerdo con lo previsto en el tercer párrafo del artículo 175 del Reglamento, la Entidad cuenta con un plazo de diez (10) días hábiles, computado desde la fecha de presentación de la solicitud de ampliación, para emitir un pronunciamiento expreso sobre la solicitud de ampliación del plazo contractual.”

- j) En este sentido, verificándose que por medio de la Carta N° 1302-33 de fecha 20 de febrero del 2013 (anexo 1-F del escrito de demanda), EL CONTRATISTA solicitó una ampliación del plazo contractual el mismo día 20 de febrero del 2013, tal como así se desprende del cargo adjunto a él emitido por la mesa de partes de LA ENTIDAD, argumentando para ello que el suministro de los bienes sea extendido hasta el 02 de agosto del

⁵ Opinión N° 051-2010/DTN.

2013; se tiene que el plazo de diez (10) días hábiles que tuvo este DEMANDADO para resolver dicho pedido bajo los alcances de la norma glosada, debió efectuarlo a más tardar el día martes 05 de marzo del 2013; pronunciamiento que sin embargo no lo realizó este día sino, según se señala, al siguiente, es decir, el 06 de marzo del 2013, lo que implica que en este caso, respecto de la solicitud comentada, deberá aplicarse la consecuencia frente a la falta o ausencia de pronunciamiento expreso, mejor dicho, se tendrá por aprobada la solicitud del CONTRATISTA, siendo este hecho de responsabilidad del Titular de la Entidad.

- k) Además, el Tribunal expresa que al momento de expedir su Laudo ha aplicado las normas establecidas tanto en la Ley de Contrataciones del Estado como en el Reglamento que la operativiza, considerando la estricta aplicación de los plazos procesales establecidos en las normas reglamentarias a fin de no afectar la secuela del proceso. Prioriza de esta manera la seguridad jurídica que las reglas sobre plazos y términos establece la normatividad para evitar la dilación de los procesos, es decir, el aspecto procesal, sin entrar a evaluar el fondo de las causales previstas en el art. 175° de su Reglamento que regulan la figura de la Ampliación del plazo contractual.

- 4.1.4. En consecuencia, en cuanto al primer punto en controversia que corresponde a la Primera Pretensión Principal demandada, este Tribunal estima que ésta debe ser declarada FUNDADA y, por lo tanto, tener por aprobada en forma automática la solicitud de ampliación de plazo contractual solicitada por EL CONTRATISTA, al amparo del Art. 175° del REGLAMENTO (antes de su modificatoria dispuesta en el Decreto Supremo N° 138-2012-EF).

- 4.2. EN RELACIÓN AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: *En caso no se ampare el punto controvertido anterior, determinar si corresponde o no que el Tribunal declare la ampliación de plazo a favor del CONSORCIO debido a que la comunicación vía correo electrónico que pretende hacer valer el MINEDU y que recién tomó conocimiento aquél mediante la Carta Notarial N° 556-2013 de fecha 26.03.13., no es un acto de notificación válido, no pudiendo ser éste oponible al CONSORCIO.*

- 4.2.1. Importando este segundo punto en controversia, la discusión de una pretensión de carácter subordinado, esto es que únicamente deberá ser materia de análisis y decisión en tanto el punto controvertido anterior no haya

sido amparado, este Colegiado estima que la misma debe ser declarada que CARECE DE OBJETO EMITIR PRONUNCIAMIENTO SOBRE ESTA PRETENSIÓN ARBITRAL ATENDIENDO A SU CARÁCTER DE SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, toda vez que aquella debe sujetarse previamente a lo resuelto con relación a la pretensión arbitral subordinante.

4.3. EN RELACIÓN AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: *En el caso se ampare alguno de los puntos controvertidos 1 o 2, determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que la nueva fecha de entrega de los bienes adquiridos producto de la suscripción del contrato relacionado con la presente controversia, es el día 02 de Agosto del 2013.*

4.3.1. Como ya se ha señalado anteriormente, en relación al primer punto en controversia, este Colegiado ha declarado FUNDADO la primera pretensión principal formulada por EL CONSORCIO y, por ende, que debe tenerse por aprobada en forma automática, su solicitud de ampliación de plazo contractual que fue canalizada por medio de la CAR 1302-33 de fecha 20 de febrero del 2013, al amparo del Art. 175° del REGLAMENTO sin las modificatorias introducidas por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

4.3.2. Pues bien, si revisamos con detenimiento la petición de ampliación del plazo en comento, se tendrá que EL CONTRATISTA solicita que dicha ampliación contractual se extienda hasta el día 02 de agosto del 2013, invocándose para ello las causales de "atrasos y paralizaciones no imputables al contratista" y de "fuerza mayor" (ambas recogidas en los numerales 2° y 4° del Art. 175° del REGLAMENTO).

4.3.3. En tal sentido, sujetándonos a las consecuencias que acarrea la aprobación automática del pedido de ampliación de plazo por no haberlo resuelto dentro del plazo legal que señala la norma reglamentaria antes acotada, este Tribunal considera que debe declararse que la entrega de los bienes adquiridos producto de la suscripción del CONTRATO, se extiende hasta el día 02 de agosto del 2013; deviniendo así en FUNDADA esta tercer pretensión demandada formulada por EL DEMANDANTE que tiene el carácter de accesoria a la principal.

4.4. EN RELACIÓN AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: *En el caso se ampare alguno de los puntos controvertidos 1 o 2, determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al MINEDU el pago al*

CONSORCIO de los intereses devengados, que deberán ser liquidados en su oportunidad.

4.4.1. En cuanto a este cuarto punto en controversia, este Colegiado advierte que del tenor del Art. 175° del REGLAMENTO, únicamente reconoce a todo CONTRATISTA que obtiene la aprobación de su ampliación de plazo, ya sea expresa o automática por no haberla resuelto LA ENTIDAD dentro del plazo legal establecido, *al pago de los gastos generales debidamente acreditados.*

4.4.2. Por consiguiente, circunscribiéndose lo pretendido por EL DEMANDANTE al pago de *intereses devengados*, tal reclamo no puede ser amparado, deviniendo en ese sentido INFUNDADA esta cuarta pretensión demandada por EL CONSORCIO.

4.5. EN RELACIÓN AL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:
Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene al MINEDU el pago de los gastos financieros que el CONSORCIO está asumiendo por la renovación de las Cartas Fianzas.

4.5.1. Respecto a este quinto punto controvertido, este Colegiado observa que el CONTRATISTA no ha fundamentado ni menos ha demostrado cuantitativamente la existencia de los gastos financieros que estaría asumiendo en la renovación de sus cartas fianzas, motivo por el cual dicha pretensión debe ser declarada INFUNDADA falta de probanza.

4.6. EN RELACIÓN AL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO (COMÚN): *Determinar quién deberá asumir el reembolso de los costos y costas del arbitraje que demande el presente proceso arbitral.*

4.6.1. Para finalizar, respecto de este sexto y último punto controvertido, es preciso recordar que según lo establecido en el Artículo 70° del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje aprobado por el Decreto Legislativo N° 1071 (aplicable supletoriamente a este proceso arbitral), el Tribunal fijará en el laudo los costos del arbitraje, comprendiendo – entre otros-, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios y gastos del Secretario, y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

4.6.2. Asimismo, debe tener presente que el numeral 50) del Acta de Instalación se dispone que los honorarios definitivos de los árbitros y del secretario arbitral se fijarán en el laudo arbitral mediante la suma de los anticipos determinados

durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta la estimación pecuniaria de las pretensiones efectuadas por las partes, la complejidad de la materia controvertida y el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

- 4.6.3. Por lo tanto, en cuanto a la determinación de los “costos del arbitraje” (entendido este como lo define el Art. 70° de la LA⁶), a este Colegiado le corresponde establecer quién debe asumirlas. En tal sentido, este Tribunal considera, a efectos de regular el pago de tales conceptos, revisar el correcto comportamiento procesal de las partes, y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.
- 4.6.4. Así, en lo que respecta a la conducta procesal desplegada por las partes en relación a este proceso arbitral, tendremos que ambas se han comportado adecuadamente en el decurso de su tramitación, mientras que respecto a la incertidumbre jurídica que las llevó a seguir el presente proceso arbitral, este Colegiado estima que la misma sí existió.
- 4.6.5. En consecuencia, en atención a lo anteriormente señalado, este Colegiado se estima que tanto el **CONSORCIO** como **EL MINEDU** sí tuvo motivos suficientes y atendibles para litigar y defender su posición en esta vía arbitral, razón por la que se concluye en condenar a ambas en el pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad – Hoc, al igual que los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el presente arbitraje.
- 4.6.6. En cuanto a lo segundo, y en atención al anticipo de honorarios arbitrales fijado en el **numeral 47) del Acta de Instalación**; este Colegiado fija como honorarios arbitrales definitivos, las sumas de S/. 9,000.00 Nuevos Soles

⁶ “Artículo 70.- Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.”*

netos para cada árbitro y S/. 4,500.00 Nuevos Soles netos para la Secretaría Arbitral, los mismos que ya han sido cancelados en su totalidad.

- 4.6.7. En conclusión, en relación a este Sexto y último punto controvertido (Común), este Tribunal Arbitral resuelve en condenar a ambas en el pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad – Hoc, debiendo asumirlas de manera proporcional (50% cada una), al igual que los gastos razonables incurridos para su defensa en el presente arbitraje.

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por tanto, los árbitros que suscriben, por UNANIMIDAD, expiden el siguiente Laudo:

PRIMERO.- Con respecto al Primer Punto Controvertido que corresponden a la Primera Pretensión Principal demandada: Se declara FUNDADO, y en consecuencia, por aprobada en forma automática la solicitud de ampliación de plazo contractual solicitada por EL CONTRATISTA, al amparo del Art. 175° del REGLAMENTO (antes de su modificatoria dispuesta en el Decreto Supremo N° 138-2012-EF); por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

SEGUNDO.- Con respecto al Segundo Punto Controvertido que corresponde a la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal demandada: Se declara QUE CARECE DE OBJETO QUE ESTE COLEGIADO EMITA PRONUNCIAMIENTO SOBRE ESTA PRETENSIÓN ARBITRAL ATENDIENDO A SU CARÁCTER DE SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL; por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

TERCERO.- Con respecto al Tercer Punto Controvertido que corresponde a la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: Se declara FUNDADO y, por ende, que como consecuencia de la aprobación automática de la solicitud de ampliación de plazo peticionada por EL CONTRATISTA, la nueva fecha de entrega de los bienes a que se refiere el objeto del CONTRATO, será el día 02 de Agosto del 2013; por los fundamentos expuesto en el presente Laudo.

CUARTO.- Con respecto al Cuarto Punto Controvertido que corresponde a la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal o a su Pretensión Subordinada: Se declara INFUNDADO, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

✓ QUINTO.- Con respecto al Quinto Punto Controvertido que corresponde a la Segunda Pretensión Principal: Se declara INFUNDADO, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

SEXTO.- Con respecto al Sexto y último Punto Controvertido (Común) que corresponde a la Tercera Pretensión Principal demandada: Condenar a ambas partes al pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad – Hoc, debiendo asumirlas de manera proporcional (50% cada una), al igual que los gastos razonables incurridos para su defensa en el arbitraje.

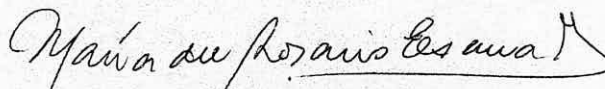
El presente Laudo es definitivo e inapelable.



HORACIO CÁNEPE TORRE
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL



VICTOR MANUEL RODRÍGUEZ BUITRÓN.
ÁRBITRO



MARÍA DEL ROSARIO ESCURRA ROJAS.
ÁRBITRO



JORGE LUIS HUAMÁN CACHAY
SECRETARIO