

Expediente N° I-434-2013

Arbitraje seguido entre
CONSORCIO EDICIONES EL NOCEDAL SAC - FIMART SAC
EDITORES E IMPRESORES
y
MINISTERIO DE EDUCACIÓN – UNIDAD EJECUTORA 026:
PROGRAMA EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODO

En relación con el Contrato N° 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS
“Adquisición de libros para las áreas de comunicación, matemática,
personal social y ciencia y ambiente para el primer al sexto grado de
educación primaria – Dotación 2013” – Ítem N° 6

Monto del Contrato: S/. 7'054,998.30

Cuantía de la Controversia: S/. 646,708.18

Licitación Pública N° 006-2012-ED/UE 026

Honorarios del Tribunal Arbitral: S/. 22,299.00 netos

Honorarios Secretaría Arbitral: S/. 6,490.00 netos

Materia: Aplicación de penalidades y otros.

LAUDO DE DERECHO

Tribunal Arbitral

Nilo Adriel Vizcarra Ruiz (Presidente)

María del Rosario Ecurra Rojas (Árbitro)

Luis Armando Arroyo Portocarrero (Árbitro)

Secretaría Arbitral

Gloria Quevedo Sánchez

Tipo de Arbitraje

Nacional | Derecho | Ad Hoc

Lima, 31 de julio de 2015.

RESOLUCIÓN Nº 34

Lima, 31 de julio de 2015.

El presente laudo se emite por decisión en mayoría adoptada por los doctores Nilo Vizcarra Ruiz y Luis Armando Arroyo Portocarrero

VISTOS:

I. EL TRIBUNAL ARBITRAL

El Tribunal Arbitral está integrado por:

- Nilo Adriel Vizcarra Ruiz (Presidente Arbitral)
- María del Rosario Ecurra Rojas (Árbitro)
- Luis Armando Arroyo Portocarrero (Árbitro)

II. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1. El 6 de noviembre de 2012, el CONSORCIO EDICIONES EL NOCEDAL SAC – FIMART SAC EDITORES E IMPRESORES (al que en adelante también denominaremos, “el Consorcio” o “el Contratista”, indistintamente) y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN – UNIDAD EJECUTORA 026: PROGRAMA EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODOS (a la que en adelante también denominaremos, “la Entidad”) suscribieron el Contrato Nº 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS para la “Adquisición de libros para las áreas de comunicación, matemática, personal social y ciencia y ambiente para el primer al sexto grado de educación primaria – Dotación 2013” – Ítem Nº 6 (en adelante, “el Contrato”).
2. El Contrato, en su Cláusula Décimo Octava, enuncia las siguientes normas aplicables:

“CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

En lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, serán de aplicación las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes.

3. De acuerdo a la Cláusula Décimo Novena del Contrato, cuyo texto se cita a continuación, las partes acordaron que cualquier controversia que pudiese surgir durante la etapa de ejecución contractual sería resuelta de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje.

"CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

(...)

En caso no haya acuerdo para la Conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje ...

(....)

El Laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.

(...)"

III. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

4. Con fecha 23 de setiembre de 2013, el Tribunal Arbitral integrado por los árbitros María del Rosario Ecurra Rojas, Luis Armando Arroyo Portocarrero y Nilo Vizcarra Ruiz – este último como Presidente- asistió a la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, oportunidad en la cual los árbitros declararon haber sido debidamente designados de conformidad con la Ley y el convenio arbitral celebrado entre las partes.

IV. DE LA DEMANDA DEL CONSORCIO EDICIONES EL NOCEDAL SAC – FIMART SAC EDITORES E IMPRESORES

5. Mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2013 denominado "Demanda Arbitral", el Contratista presentó su demanda con el siguiente contenido:

DEL PETITORIO:

6. En relación con el petitorio, el Contratista expresa de manera literal lo siguiente:

"PRETENSION

Nuestra pretensión consiste en:

1. Primera pretensión principal: que se deje sin efecto la aplicación de una penalidad por un monto ascendente a S/. 646,708.18 (Seiscientos Cuarenta y Seis Mil Setecientos Ocho Nuevos Soles con dieciocho centavos) por parte de la Entidad, la misma que fue impuesta de manera errada en ejecución del Contrato N° 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS.
 2. Segunda pretensión principal: que se ordene a la Entidad entregarnos la conformidad del servicio prestado.
 3. Pretensión accesoria de la primera pretensión principal: que se ordene a la Entidad asumir el pago de las costas y costos originados en este proceso arbitral desde su inicio hasta su culminación.
- (...)"

DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO:

7. El Contratista sustenta su demanda en los siguientes fundamentos de hecho:

"(...)

1. Con la finalidad de participar en la Licitación Pública N° 006-2012-ED/UE 026 "Adquisición de Libros para las Áreas de Comunicación Matemática, Personal Social y Ciencia y Ambiente para el primer al sexto grado de Educación Primara – Dotación 2013", las recurrentes suscribieron un contrato de Consorcio (**Anexo 01.E**) y formaron el Consorcio EDICIONES EL NOCEDAL SAC – FIMART SAC EDITORES E IMPRESORES, en adelante el Consorcio.
2. Con fecha 10 de octubre de 2012 el Comité Especial designado por la Entidad para la realización del proceso de contratación pública adjudicó al Consorcio la buena pro del Ítem Nro. 6 : Matemática 5 y 6 Grado, de la Licitación Pública N° 006-2012-ED/UE 026 "Adquisición de Libros para las Áreas de Comunicación Matemática, Personal Social y Ciencia y Ambiente para el primer al sexto grado de Educación Primara – Dotación 2013".
3. Con fecha 06 de noviembre de 2012 la Entidad y el Consorcio suscribimos el Contrato N° 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS el mismo que tiene por objeto la "Adquisición de Libros para las áreas Comunicación, Matemática, Personal Social y Ciencia y

Ambiente para el primer al sexto grado de educación primaria –
Dotación 2013: Item Nro. 6" (**Anexo 01.F**) en adelante el
Contrato.

4. De acuerdo al Contrato el Consorcio se encargaría de la elaboración de libros que la Entidad usaría en los programas educativos del Estado, pagando en contraprestación la suma de S/. 7'054,998.30 (Siete Millones Cincuenta y Cuatro Mil Novecientos Noventa y Ocho Nuevos Soles con Treinta Centavos). De dicha suma la Entidad adelantó la suma de S/. 2'116,499.49 (Dos Millones Ciento Dieciséis Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve Nuevos Soles con Cuarenta y Nueve Centavos), quedando pendiente un saldo de S/. 4'938,498.81 (Cuatro Millones Novecientos Treinta y Ocho Mil Cuatrocientos Noventa y Ocho Nuevos Soles con Ochenta y uno Centavos).
5. En lo que respecta a la producción de libros, la sexta cláusula del Contrato estableció los plazos referidos a la ejecución del Contrato de la siguiente forma:
 - Uno de sesenta días calendarios para la ejecución de la prestación, es decir, de la impresión de los textos escolares.
 - Otro de hasta un máximo de quince días calendario no incluidos en los sesenta días para la ejecución del contrato destinados a que el Consorcio reciba las muestras y la relación de las recomendaciones a realizar el día siguiente del consentimiento del otorgamiento de la buena pro. El Consorcio debería levantar (entiéndase acoger) las recomendaciones encontradas en las muestras en un plazo máximo de cinco días calendario y entregarlas a la Dirección de Educación Primaria, la cual verificaría las incorporaciones realizadas y las aprobaría en un plazo no mayor a cinco días, y en caso contrario (es decir, si la mencionada Dirección entendía que las recomendaciones no habían sido incorporadas) el Consorcio debería hacer las subsanaciones correspondientes en un plazo no mayor a tres días, luego de lo cual la Dirección de Educación Primaria haría la verificación y daría la aprobación en un plazo de dos días.
6. Debemos señalar que el segundo plazo establecido en el Contrato en realidad se refiere a la aprobación de los plotters, sin los cuales es imposible imprimir los libros. En otras palabras, la Entidad debía aprobar los plotters para que el Consorcio pudiera

empezar a imprimir los libros, y para ello tenía un plazo de quince días que no se contaban dentro del plazo de sesenta días para la impresión de los textos escolares. Es importante destacar que además de estar así señalado en el Contrato, es evidente que el plazo de 15 días para la aprobación de los plotters no podía incluirse en el plazo para la impresión de los libros, sencillamente porque sin los plotters no era posible iniciar la impresión.

7. El otorgamiento de la buena pro quedó consentido el día 10 de octubre del 2012, pero las pruebas de color y los elementos técnicos fueron aprobadas el 28 de noviembre de 2012 como se ve de la Orden de Prueba de Color (**Anexo 01.G**). Lo mismo ocurrió con la entrega de las orientaciones metodológicas que alcanzamos el 22 de noviembre de 2012 (**Anexo 01.H**) y que fueron aprobadas recién el 06 de diciembre de 2012 según se aprecia del cargo de Entrega de Elementos Técnicos (**Anexo 01.I**). En consecuencia, resulta evidente que la Entidad no cumplió con emitir las aprobaciones necesarias para dar inicio a la impresión de los libros dentro del plazo máximo de 15 días establecido en el contrato.
8. Por otro lado, según lo establecido en la cláusula undécima del Contrato, la producción de los libros debería ser supervisado por la Entidad para lo que se requería que se practiquen verificaciones, pero la Entidad no puso a disposición del Consorcio los almacenes en los cuales deberíamos entregar los libros y más bien mediante correo electrónico del 06 de diciembre de 2012 (**Anexo 01.J**) nos informó que estaba buscando la contratación de un hangar para el almacenamiento y nos solicitó que las verificaciones se realicen en nuestras instalaciones. Por tal motivo, se efectuaron las Actas de Verificación entre el 14 y el 28 de diciembre de 2012 y el 11 de enero de 2013, en tanto que las entregas en el almacén de la Entidad se realizaron a partir del 27 de diciembre de 2012 al 14 de enero de 2013 conforme a la documentación adjunta (**Anexo 01.K**). Esto demuestra que la Entidad tenía complicaciones para poder cumplir con los términos del contrato, lo que ya había quedado en evidencia con el retraso en la aprobación de las pruebas de color, los elementos técnicos y las orientaciones metodológicas.
9. Una vez cumplidas con nuestras prestaciones, correspondía que recibamos el pago pendiente pero al momento de recibir el pago,

la Entidad solo nos abonó la suma de S/. 4'291,790.63 (Cuatro Millones Doscientos Noventa y Un Mil Setecientos Noventa Nuevos Soles con Sesenta y Tres Centavos), ya que nos aplicó una penalidad ascendente a S/.646,708.18 (Seiscientos Cuarenta y Seis Mil Setecientos Ocho Nuevos Soles con Dieciocho Centavos). Este pago ocurrió el día 01 de abril de 2013.

10. Mediante carta de fecha 01 de abril de 2013 (**Anexo 01.L**) solicitamos a la Entidad que nos explique las razones por las cuales aplicó la mencionada penalidad y en respuesta a nuestro pedido, con fecha 05 de abril de 2013 la demandada nos remitió el oficio N° 241-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS (**Anexo 01.M**) con el cual nos hizo llegar la liquidación del Contrato precisando que la penalidad se había aplicado debido a que, a su criterio, el plazo para la entrega de los libros se contaba desde la suscripción del contrato y que en ese sentido habíamos incurrido en veintidós días calendario de retraso en la entrega de los libros según el siguiente detalle:

- La primera entrega tuvo un retraso de once días.
- La segunda entrega tuvo un retraso de siete días.
- La tercera entrega tuvo un retraso de cuatro días.

11. En ese sentido la Entidad no toma en cuenta que:

- para poder imprimir los libros se requería previamente tener aprobados los plotters y que para eso se estableció un en el contrato un plazo de quince días que no se encontraban comprendidos en el plazo de sesenta días para la ejecución de la prestación.
- la demora en la entrega no es imputable a el Consorcio sino que el atraso se debió a la demora únicamente imputable a la Entidad en la aprobación de los plotters como hemos demostrado. Por esa razón, mediante carta de fecha 05 de abril de 2013 (**Anexo 01.N**) solicitamos que se deje sin efecto la penalidad pero el resultado fue negativo, pues mediante oficio N° 1337-2013 MINEDU/SG-OGA-UABAS (**Anexo 01.O**) la demandada nos hizo saber que debimos haber solicitado la ampliación del plazo de ejecución del Contrato pues no es posible que la Entidad lo haga de oficio.

12. En otras palabras, la Entidad reconoció implícitamente que el retraso no se debió a causa imputable a nuestra parte, pero sostiene que nos correspondía solicitar la ampliación del plazo de

ejecución del Contrato, y como no lo hicimos corresponde aplicar la penalidad. En vista de ello, y habiendo fracasado todas las gestiones pertinentes para lograr un acuerdo que evite la necesidad de iniciar un proceso arbitral, nos vemos obligados a presentar esta demanda.
(...)”.

DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO:

8. El Contratista sustenta su demanda en los siguientes fundamentos de derecho:

“(…)”

1. En primer lugar debemos señalar que, de conformidad con lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria y Final de la Ley 29873, esta norma entraría en vigencia a los 30 días de publicado su Reglamento; a su vez, dicho Reglamento entró en vigencia el 08 de septiembre de 2012 según lo establecido en el artículo 5 del Decreto Supremo 138-2012-EF. Por lo tanto, la ley 29873 entró en vigencia el 08 de octubre de 2012.
2. De acuerdo a lo dispuesto en Tercera Disposición Complementaria y Final de la Ley 29873, dicha norma es aplicable solo a las contrataciones cuyos procesos de selección se convoquen a partir de su entrada en vigencia, es decir, a partir del 08 de octubre de 2012. Como la Licitación Pública N° 006-2012-ED/UE 026 se convocó con anterioridad a dicha fecha, se concluye que la norma aplicable es el texto original de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, es decir el Decreto Legislativo 1017 y el Decreto Supremo 184-2008-EF.
3. El segundo párrafo del artículo 48 del Decreto Legislativo 1017 establece:

Artículo 48. Intereses y Penalidades. El Contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento” (el resaltado es nuestro)

4. A su vez el artículo el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado que señala en su primer párrafo:

Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta. (el resaltado es nuestro)

5. En la cláusula décimo quinta del contrato se estableció:

Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse en concordancia con el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado” (el resaltado es nuestro)

6. Se puede ver que tanto en las disposiciones legales generales como en las estipulaciones contractuales específicas, claramente que procede aplicar penalidades cuando el contratista incurre en incumplimiento injustificado. Pero en el presente caso, el Consorcio no solo no ha incurrido en incumplimiento injustificado sino que ni siquiera ha existido incumplimiento.
7. Así pues, no es cierto que el plazo de entrega de los libros se cuenta desde la suscripción del contrato, pues de la lectura de la sexta cláusula del contrato se entiende que existía un plazo de hasta quince días que no se incluían en los sesenta días para la ejecución de la prestación, plazo que se destinaba a que quedaran aprobados los plotters. En ese sentido, el plazo para entregar los libros no se cuenta desde la suscripción del contrato

sino desde el momento en que los plotters quedaron aprobados por la Entidad.

8. Sostener que el plazo para entregar los libros debe contarse desde la suscripción del contrato implicaría negar el texto expreso de la sexta cláusula del contrato que claramente señala que el plazo para la aprobación de los plotters no se incluía en los sesenta días para la ejecución del Contrato. Esta posibilidad no puede ser amparada de ninguna manera, no solo porque implicaría desconocer los términos del contrato, sino porque si se permite a una Entidad estatal desconocer los contratos que ella misma ha suscrito, se viola los principios de legalidad y de equidad establecidos en los numeral 1.1 del artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General y del literal L del artículo 4 del Decreto Legislativo 1017 respectivamente, que señalan:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones

l) Principio de Equidad: las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general"

9. Pero aún en el caso que se sostenga que hubo incumplimiento el mismo no sería injustificado porque se debió única y exclusivamente al retraso de la Entidad para aprobar los plotters, de modo tal que de haber incumplimiento estaría plenamente justificado.
10. Finalmente, debemos manifestar que la Entidad sostiene que de acuerdo a lo establecido en el artículo 175 del Reglamento, le correspondía al Consorcio solicitar una ampliación de plazo por las demoras ocurridas a propósito de la aprobación de los plotters. Esta declaración de la Entidad, contenida en el oficio

que como anexo 01.N adjuntamos, es fundamental porque con ello la demandada reconoce que la demora no se debe a un incumplimiento injustificado imputable al Consorcio, lo que resulta de suma importancia porque como hemos visto, la ley y el contrato solo permiten la aplicación de penalidades en caso de incumplimientos injustificados. Sin perjuicio de ello, debemos señalar que no es una obligación del contratista solicitar una ampliación del plazo y por lo tanto no hacer tal solicitud en ningún caso puede justificar la aplicación de una penalidad, toda vez que como viene dicho, esta solo procede en caso de incumplimiento injustificado por parte del contratista; en ese sentido, la única consecuencia de no solicitar una ampliación de plazo es que eventualmente ya no resulte posible ejecutar el contrato o que el contratista no pueda acreditar que el retraso no se debe a causa a él imputable, nada de lo cual ocurre en este caso.
(...)”.

V. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN – UNIDAD EJECUTORA 026: PROGRAMA EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODOS

9. Con fecha 27 de noviembre de 2013, la Entidad se apersonó, contestando la demanda, negando esta última en todos sus extremos, solicitando que la misa se declare infundada, en virtud a los siguientes argumentos:

“(…)”

I. ANTECEDENTES:

1.1 Con fecha 06 de noviembre de 2012, el Ministerio de Educación — Unidad Ejecutora 026 y el Consorcio Ediciones El Nosedal S.A.C. — Fimart SAC Editores e Impresores, suscribieron el Contrato N° 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS, en el marco de la Licitación Pública N° 006-2012-ED/UE. 026 ítem N° 6, denominado "Adquisición de Libros para las Áreas Comunicación, Matemática, Personal Social y Ciencia y Ambiente para el Primer al Sexto Grado de Educación Primaria — Dotación 2013" (en adelante el Contrato), por el importe total de S/ 7'054,998.30 (Siete Millones Cincuenta y Cuatro Mil Novecientos

CASO ARBITRAL N° I-434-2013: CONSORCIO EDICIONES EL NOCEDAL SAC - FIMART SAC EDITORES E IMPRESORES VS MINISTERIO DE EDUCACIÓN – UNIDAD EJECUTORA 026: PROGRAMA EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODO	Árbitros: NILO VIZCARRA RUIZ MARÍA DEL ROSARIO ESCURRA ROJAS LUIS ARMANDO ARROYO PORTOCARRERO
--	--

Noventa y Ocho con 30/100 Nuevos Soles) a todo costo incluido IGV, conforme a los requerimientos técnicos mínimos contenidos en las Bases Integradas del proceso y de acuerdo a lo expresado en la propuesta técnica y económica.

1.2 En la Cláusula Sexta del Contrato, se señala como plazo de ejecución de la prestación, sesenta (60) días calendarios, contabilizados a partir de la suscripción del contrato, conforme al siguiente detalle:

N° DE ENTREGAS	PLAZO	FECHA LÍMITE
Primera	a los 25 días calendarios de suscrito el contrato	03/12/2012
Segunda	a los 20 días calendarios de la Primera Entrega	21/12/2012
Tercera	a los 15 días calendarios de la Segunda Entrega	07/01/2013

1.3 Con fecha 04 de marzo de 2013, la Dirección de Educación Primaria en calidad de área usuaria, emitió la Conformidad de Compra N° 001-2013-MENMGP-DIGEBR-DEP, señalando como fecha de culminación del servicio por parte del Contratista el día 11 de enero del 2013.

1.4 Asimismo, la Coordinación de Almacén mediante las Conformidades de Ingreso a Almacén N° 1563-2012 y N° 036-2013 de fecha 28 de diciembre de 2012 y 08 de marzo de 2013 sucesivamente, comunicó el ingreso de los bienes adjudicados en el marco de la Licitación Pública N° 006-2012-ED/UE. 026 ítem N° 6, según detalle siguiente:

Cronograma	Guía de Remisión	Fecha de ingreso a Almacén
Primera Entrega	001-0010224	14/12/2012
Segunda Entrega	001-0010227	28/12/2012
Tercera Entrega	001-0010228	11/01/2013

1.5 Mediante Proveído N° 0012-2013-MINEDU/SG/OGA/UABAS de fecha 14 de marzo de 2013, la Unidad de Abastecimiento remitió a la

CASO ARBITRAL Nº I-434-2013: CONSORCIO EDICIONES EL NOCEDAL SAC - FIMART SAC EDITORES E IMPRESORES VS MINISTERIO DE EDUCACIÓN – UNIDAD EJECUTORA 026: PROGRAMA EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODO	Árbitros: NILO VIZCARRA RUIZ MARÍA DEL ROSARIO ESCURRA ROJAS LUIS ARMANDO ARROYO PORTOCARRERO
--	--

Unidad de Administración Financiera, la documentación para el trámite de devengado, y asimismo, se indicó la aplicación de penalidad por retraso injustificado ascendente al importe de S/. 646,708.18 (Seiscientos Cuarenta y Seis Mil Setecientos Ocho con 18/100 Nuevos Soles).

1.6 Con Carta S/N de fecha 01 de abril del 2013, el CONSORCIO solicita al MINEDU la cancelación del pago pendiente de S/. 646,708.18 correspondiente a los bienes adjudicados en el marco del Contrato.

1.7 En respuesta a la solicitud efectuada por el contratista, el MINEDU a través del Oficio N° 241-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS de fecha 05 de abril de 2013, procedió a comunicarle que al efectuar la liquidación del Contrato, se determinó que había incurrido en un retraso de 22 días calendario en la entrega de los textos; motivo por el cual se le aplicó una penalidad ascendente al importe de S/. 646,708.18.

1.8 Con Carta S/N de fecha 05 de abril 2013, el Contratista manifiesta no haber incurrido en retraso injustificado en la ejecución del Contrato; toda vez que la demora de los bienes adjudicados de debió supuestamente al incumplimiento del MINEDU con lo dispuesto en los párrafos séptimo y octavo de la Cláusula Sexta del referido Contrato; motivo por el cual solicitó se le devuelva el íntegro de la penalidad aplicada.

1.9 Mediante Oficio N° 01337-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS de fecha 12 de abril de 2013, el MINEDU procedió a comunicar al Contratista que su solicitud devendría en improcedente, por encontrarse subsumido en el supuesto de hecho descrito en el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

1.10 A través de la Carta S/N de fecha 23 de abril de 2013, el CONSORCIO interpuso Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 1337-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS de fecha 12 de abril, por el cual el Ministerio de Educación le denegó su solicitud de devolución del íntegro de la penalidad aplicada.

1.11 Con Oficio N° 301-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS de fecha 26 de abril de 2013, el MINEDU procedió a comunicar al Contratista que el Recurso de Reconsideración devendría en improcedente, toda vez que no se encuentra comprendido en el supuesto de hecho que establece el artículo 249° del Reglamento de la Ley de Contrataciones

del Estado; motivo por el cual se ratificó lo manifestado en el Oficio N° 01337-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS.

II. FUNDAMENTOS QUE DESVIRTUAN LA PRIMERA PRETENSIÓN: SUPUESTA INDEBIDA APLICACIÓN DE PENALIDAD

2.1 El CONSORCIO pretende que el TRIBUNAL deje sin efecto la aplicación de la penalidad ascendente a S/. 646,708.18 por parte de la Entidad, la misma que fue impuesta de manera errada en ejecución del Contrato N° 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS.

2.2 Al respecto, se deberá tener en cuenta lo establecido en la Cláusula Sexta del Contrato, la misma que estipula lo siguiente:

"Cláusula Sexta: Inicio y Culminación de la Prestación

El plazo de ejecución de la prestación será de sesenta (60) días calendarios, de acuerdo a lo indicado en las especificaciones técnicas de las Bases Integradas. El plazo de entrega y cumplimiento rige a partir de la suscripción del Contrato.

El CONTRATISTA deberá entregar los bienes del ítem según lo establecido en las Especificaciones Técnicas. (...)"(subrayado nuestro)

2.1 (sic.) Por consiguiente, se puede advertir claramente que el contratista debió iniciar la ejecución del Contrato en la fecha en que éste se suscribió, es decir, el día 06 de noviembre de 2012 y haber culminado el 07 de enero de 2013, conforme al siguiente detalle:

N° DE ENTREGAS	PLAZO	FECHA LÍMITE
Primera	a los 25 días calendarios de suscrito el contrato	03/12/2012
Segunda	a los 20 días calendarios de la Primera Entrega	21/12/2012
Tercera	a los 15 días calendarios de la Segunda Entrega	07/01/2013

2.2 Sin embargo, el CONSORCIO no cumplió con el plazo de ejecución establecido en el Contrato, situación que se corrobora de

CASO ARBITRAL Nº I-434-2013: CONSORCIO EDICIONES EL NOCEDAL SAC - FIMART SAC EDITORES E IMPRESORES VS MINISTERIO DE EDUCACIÓN – UNIDAD EJECUTORA 026: PROGRAMA EDUCACIÓN BÁSICA PARA TODO	Árbitros: NILO VIZCARRA RUIZ MARÍA DEL ROSARIO ESCURRA ROJAS LUIS ARMANDO ARROYO PORTOCARRERO
--	--

las Guías de remisión emitidas por el consorcio Ediciones El Necedal S.A.O — Firmat S.A.C. Editores e Impresores, conforme al detalle siguiente:

Cronograma	Guía de Remisión	Fecha de ingreso a Almacén
Primera Entrega	001-0010224	14/12/2012
Segunda Entrega	001-0010227	28/12/2012
Tercera Entrega	001-0010228	11/01/2013

2.3 Al respecto, el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente:

"Artículo 165°.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente (...)"

2.4 Del citado artículo, se infiere que LA PENALIDAD POR MORA ES DE APLICACIÓN AUTOMÁTICA, por lo que, basta la verificación del retraso en el cumplimiento de la obligación a cargo del contratista, para que éste empiece a generar penalidades, es decir la Entidad no deberá efectuar previamente una notificación para imponerle la respectiva penalidad.

2.5 En ese mismo sentido, ALVAREZ PEDROZA ha señalado que como quiera que la Entidad está sujeta a una presunción legal, en todos los casos la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la fórmula establecida por el artículo; como lo hemos señalado la presunción obliga al funcionario aplicar la penalidad una

vez vencido el plazo para la ejecución de la prestación. No obstante que la tipificación del retraso requiere la calificación e "injustificado", la norma dice que la penalidad se aplica automáticamente; es decir, producido el retraso el mecanismo legal ha causado el efecto sancionador, salvo que el contratista justifique oportunamente el retraso en el incumplimiento de la ejecución de las prestaciones, objeto del contrato, caso contrario la Entidad debe aplicar la penalidad sin lugar a otorgar derecho de explicación o defensa al contratista; a éste le corresponderá, repetimos, la justificación del retraso.

2.6 En ese contexto, SI EL CONTRATISTA SE ENCUENTRA ANTE SITUACIONES QUE NO LE PERMITAN INICIAR Y/O CULMINAR LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO en el plazo establecido en el Contrato, la norma establece el mecanismo de la ampliación de plazo contractual, así el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado lo siguiente:

"Artículo 175°.- Ampliación del plazo contractual Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

1.- Cuando se apruebe el adicional, siempre y cuando afecte el plazo.

En este caso, el contratista ampliará el plazo

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.

(...)"

2.7 De lo señalado, se infiere que de suscitarse los casos descritos en el artículo citado, LA ENTIDAD PODRÍA AMPLIAR EL PLAZO CONTRACTUAL, siempre y cuando el CONSORCIO haya presentado su solicitud de ampliación de plazo dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de finalizado el hecho generador del atraso, de no cumplirse con dicho requisito la solicitud devendría en improcedente por ser extemporánea.

2.8 Por lo tanto, SI EL CONSORCIO POR "FALTA DE DILIGENCIA" NO EFECTUÓ SU REQUERIMIENTO DE AMPLIACIÓN DE PLAZO EN EL PLAZO ESTABLECIDO EN EL REFERIDO ARTÍCULO; LA ENTIDAD DEBERÁ PROCEDER A APLICARLE UNA PENALIDAD POR MORA, conforme a lo dispuesto en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2.9 En ese mismo sentido, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado — OSCE, mediante Opinión N° 064-2012/DTN ha señalado lo siguiente: "El retraso en ejecución de las prestaciones será injustificado cuando no se haya solicitado y/o aprobado la ampliación del plazo contractual, al no verificarse ninguna de las causales previstas en el artículo 175° del Reglamento".

2.10 Por tanto, el CONSORCIO en su demanda ha manifestado que el atraso incurrido en la ejecución del Contrato no le es imputable, toda vez que el atraso se debió a que la Entidad habría utilizado más plazo del previsto contractualmente para la aprobación de los plotters; motivo por el cual no correspondería la aplicación de ninguna penalidad; sin embargo, se ha constatado que no procedió a efectuar su solicitud de ampliación de plazo oportunamente, por lo cual su pretensión deberá ser desestimada.

III. FUNDAMENTOS QUE DESVIRTUAN LA SEGUNDA PRETENSIÓN: ENTREGA DE CONFORMIDAD DE SERVICIO

3.1 El CONSORCIO solicita que el MINEDU entregue la conformidad del servicio prestado según lo establecido en el Contrato.

3.2 Sobre el particular, el artículo 178° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala:

"Artículo 178°.- Constancia de prestación

Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo, la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista (...)"

3.3 Con fecha 04 de marzo de 2013, la Dirección de Educación Primaria en calidad de área usuaria, emitió la Conformidad de Compra N° 001-2013-MENMGP-DIGEBR-DEP, señalando como fecha

de culminación del servicio por parte del CONSORCIO es el día 11 de enero del 2013.

3.4 Cabe precisar que EL CONSORCIO NO HA SOLICITADO LA EMISIÓN DE LA CONSTANCIA, asimismo, en ningún momento se ha apersonado a la Entidad para recoger de Constancia de Prestación que se ha procedido a emitir de oficio.

3.5 Por tanto, la pretensión del CONSORCIO también debe ser desestimada.

(...)"

VI. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

10. En la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 22 de enero de 2014, las partes manifestaron su conformidad con las siguientes cuestiones que serán materia de pronunciamiento.

PUNTOS CONTROVERTIDOS QUE GUARDAN CORRESPONDENCIA CON LA DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO EDICIONES EL NOCEDAL S.A.C. – FIMART S.A.C. EDITORES E IMPRESORES S.AC. CON FECHA 16 DE OCTUBRE DE 2013 SUBSANADA MEDIANTE ESCRITO DE FECHA 29 DE OCTUBRE DE 2013 Y CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADA CON FECHA 27 DE NOVIEMBRE DE 2013 SUBSANADA MEDIANTE ESCRITO DE FECHA 5 DE DICIEMBRE DE 2013

1. Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la aplicación de una penalidad impuesta por la Entidad al Contratista por un monto ascendente a S/. 646,708.18 (Seiscientos Cuarenta y Seis Mil Setecientos Ocho y 18/100 Nuevos Soles).
2. Determinar si corresponde o no que la Entidad entregue al Contratista la conformidad del servicio prestado.

PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN A LAS PARTES:

3. Determinar a cuál de las partes le corresponde asumir el pago de las costas y costos del proceso arbitral, con los correspondientes intereses legales.

VII. MEDIOS PROBATORIOS

11. En la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios se dispuso admitir los siguientes medios probatorios:

Medios Probatorios ofrecidos por El Consorcio Ediciones El Nosedal S.A.C. – Fimart S.A.C. Editores e Impresores S.AC.

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito de demanda presentada el 16 de octubre de 2013, detallados en el rubro "MEDIOS PROBATORIOS" y que van desde el numeral 1 al 11, así como los medios probatorios ofrecidos en el escrito aclaratorio de fecha 29 de octubre de 2013.

Medios Probatorios ofrecidos por el Ministerio de Educación

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación de demanda presentada el 27 de noviembre de 2013, detallados en el rubro "MEDIOS PROBATORIOS" y que van desde el numeral 1 al 7, así como los medios probatorios ofrecidos en el escrito subsanatorio de fecha 5 de diciembre de 2013.

VIII. OTROS ESCRITOS Y ANEXOS PRESENTADOS A TENER EN CUENTA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

Se deja expresa constancia que para realizar su análisis ha tenido en cuenta todos los escritos y anexos a éstos, presentados por las partes, adicionales a su demanda y a la contestación de la demanda, los mismos que han sido evaluados con total prescindencia que se les mencione o no en el desarrollo del presente laudo.

IX. AUDIENCIAS DE INFORMES ORALES

12. Con fechas 25 de junio de 2014, 12 de setiembre de 2014 y 12 de mayo de 2015, se realizaron Audiencias de Informes Orales en las cuales el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a los abogados de ambas partes, facultándolos, además, a efectuar réplica y dúplica en cada audiencia, luego de lo cual formuló las preguntas que consideró pertinentes, las cuales fueron contestadas por los abogados de las partes.

X. PLAZO PARA LAUDAR

13. De conformidad con lo establecido en el numeral 38 del Acta de Instalación, el 12 de mayo de 2015, mediante Acta de Audiencia Especial, el Tribunal Arbitral procedió a fijar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el mismo que, mediante la Resolución Nº 33, fue extendido en treinta (30) días hábiles adicionales.

En este orden de ideas, el presente laudo se está emitiendo dentro del plazo para laudar.

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

14. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar, como en efecto se hace, lo siguiente:

- Que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes;
- Que en momento alguno se recusó al Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
- Que el Contratista presentó su demanda dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación, habiendo ejercido plenamente su derecho a accionar por una tutela jurisdiccional efectiva;
- Que la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta dentro del plazo conferido y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios e, inclusive, informar oralmente;
- Que el proceso arbitral, en todo momento, se ha llevado a cabo respetado el derecho de ambas partes al debido proceso como garantía jurisdiccional, no habiéndose formulado impugnación alguna en ese sentido; y,
- Que el Tribunal Arbitral ha procedido a dictar el presente laudo dentro del plazo acordado con las partes.

15. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación previos a la emisión del presente laudo se ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como

todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración conjunta de los mismos, así como utilizando una apreciación razonada, buscando en todos los casos esclarecer los puntos controvertidos, de manera que, aunque en el análisis contenido en los siguientes considerandos no se haga mención a algún argumento o medio probatorio admitido y actuado, esto no debe interpretarse como una ausencia de valoración de dicho argumento o medio probatorio por el Tribunal Arbitral, sino tan solo como una priorización de las referencias a aquéllos que a juicio del Tribunal Arbitral han sido considerados como más relevantes.

II. MARCO LEGAL APLICABLE

16. De manera previa al análisis de las materias a resolver en este arbitraje, el Tribunal Arbitral considera necesario delimitar las normas aplicables, considerando las referencias hechas por las partes, en relación a este tema.
17. Desde el punto de vista sustantivo, teniendo en consideración la fecha de convocatoria del proceso de selección respecto de la cual se deriva el Contrato celebrado entre las partes, la norma aplicable es la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 (a la que en adelante también denominaremos “la Ley”) y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (al que en adelante también denominaremos “el Reglamento” o “su Reglamento”, indistintamente).
18. Asimismo, desde el punto de vista procesal, y en aplicación de lo dispuesto en el numeral 8 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se aplican al arbitraje las reglas establecidas en la referida Acta, la Ley y su Reglamento, las Directivas que apruebe el OSCE y el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (en adelante, “Ley de Arbitraje”).
19. Finalmente, conforme a lo dispuesto en el numeral 9 del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, se estableció que, en caso de insuficiencia de las reglas establecidas en dicha Acta, el Tribunal Arbitral estaba facultado a establecer reglas adicionales.

III. MARCO CONCEPTUAL APLICABLE.

20. El Tribunal Arbitral procederá a analizar y resolver el caso en función a las

prestaciones que forman el contenido de los contratos, las normas imperativas y supletorias pertinentes, con la finalidad de dilucidar el contenido de la relación obligatoria generada entre las partes y la solución de las controversias generadas y efectuará una labor interpretativa teniendo como principios interpretativos: (i) el de la búsqueda de la voluntad real de las partes y; (ii) el de la buena fe.

21. El primero de los principios nombrados, es la posición asumida por el Código Civil Peruano que establece, en el último párrafo del artículo 1361º, como presunción "*iuris tantum*" que "*la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*". Ello quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa teniendo en cuenta la *voluntad común*, a la que la Exposición de Motivos del Código Civil define como:

*"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo"*¹.

22. Ello tiene correlato con el principio de Verdad Material, contemplado en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.

23. En cuanto a la Buena Fe, esta no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación, siendo que:

*"(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso"*².

¹ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Lima. 1985. Pág. 25.

² DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Editorial Civitas. Madrid, 1993. Pág. 398.

IV. HECHOS NO CONTROVERTIDOS

24. Antes de iniciar el análisis respectivo sobre los Puntos Controvertidos es conveniente precisar los hechos que no han sido objeto de controversia entre las partes, los mismos que precisamos a continuación:

- (i) La Entidad convocó a la Licitación Pública N° 006-2012-ED/UE 026, cuyo Ítem 6 tenía por objeto la “Adquisición de Libros para el área de Matemática, para el quinto y sexto grado de educación primaria - Dotación 2013”.
- (ii) El 10 de octubre de 2012 el Comité Especial adjudicó al Consorcio la buena pro del Ítem Nro. 6 de la referida Licitación.
- (iii) El 10 de octubre del 2012 quedó consentido el otorgamiento de la buena.
- (iv) El 6 de noviembre de 2012, las partes suscribieron el Contrato N° 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS, por un monto total de S/. 7'054,998.30 incluido el IGV, habiéndose entregado al Consorcio un adelanto de S/. 2'116,499.49, quedando un saldo de S/. 4'938,498.81 por pagar.
- (v) El 22 de noviembre de 2012 fueron entregadas las orientaciones metodológicas.
- (vi) El 28 de noviembre de 2012 fueron aprobadas las pruebas de color y los elementos técnicos.
- (vii) El 6 de diciembre de 2012 fueron aprobadas las orientaciones metodológicas.
- (viii) El 14 de diciembre de 2012 se realizó la Primera Acta de Verificación en las instalaciones del almacén del Contratista.
- (ix) El 27 de diciembre de 2012 se inicia la entrega física de los bienes objeto del Contrato en los almacenes de la Entidad.

La entrega física de los bienes objeto del Contrato continuó los días 28 de diciembre de 2012, 2, 8, 9 y 14 de enero de 2013.

- (x) El 28 de diciembre de 2012 se realizó la Segunda Acta de Verificación en las instalaciones del almacén del Contratista.
- (xi) El 11 de enero de 2013 se realizó la Tercera y Acta de Verificación en las instalaciones del almacén del Contratista.
- (xii) El 14 de enero de 2013 culmina la entrega física de los bienes objeto del Contrato en los almacenes de la Entidad.
- (xiii) El 4 de marzo de 2013 la Dirección de Educación Primaria, en calidad de área usuaria, emitió la Conformidad de Compra N° 001-2013-MENMGP-DIGEBR-DEP, señalando como fecha de culminación del servicio por parte del Contratista el día 11 de enero del 2013.
- (xiv) El 14 de marzo de 2013, mediante Proveído N° 0012-2013-MINEDU/SG/OGA/UABAS, la Unidad de Abastecimiento remitió a la Unidad de Administración Financiera la documentación para el trámite de devengado, y asimismo, se indicó la aplicación de penalidad por retraso injustificado ascendente a S/. 646,708.18 aduciendo un retraso de 22 días calendario en la entrega de los textos.
- (xv) El 1 de abril de 2013 la Entidad abonó la suma de S/. 4'291,790.63 (Cuatro Millones Doscientos Noventa y Un Mil Setecientos Noventa y 63/100 Nuevos Soles), y aplicó una penalidad ascendente a S/. 646,708.18 (Seiscientos Cuarenta y Seis Mil Setecientos Ocho y 18/100 Nuevos Soles) aduciendo 22 días calendario de retraso en la entrega de los libros según el siguiente detalle:
- 11 días de retraso en la primera entrega.
 - 7 días de retraso en la segunda entrega.
 - 4 días de retraso en la tercera entrega.
- (xvi) El 1 de abril de 2013 el Contratista solicitó a la Entidad explique las razones por las cuales aplicó la mencionada penalidad.
- (xvii) El 5 de abril de 2013 la Entidad remitió el Oficio N° 241-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS con el que hizo llegar la liquidación del Contrato precisando la penalidad que había aplicado.

- (xviii) El 5 de abril de 2013 el Contratista solicitó se deje sin efecto la penalidad.
- (xix) El 12 de abril de 2013 la Entidad remitió el Oficio N° 1337-2013 MINEDU/SG-OGA-UABAS a través del cual señaló que la solicitud del Contratista era improcedente.
- (xx) El 23 de abril de 2013, el Contratista interpuso Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 1337-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS de fecha 12 de abril, por el cual la Entidad le denegó su solicitud de devolución del íntegro de la penalidad aplicada.
- (xxi) El 26 de abril de 2013, mediante Oficio N° 301-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS, la Entidad procedió a comunicar al Contratista que el Recurso de Reconsideración devendría en improcedente, toda vez que no se encuentra comprendido en el supuesto de hecho que establece el artículo 249° del Reglamento; motivo por el cual se ratificó lo manifestado en el Oficio N° 01337-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS.

V. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

V.1. ANÁLISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO N° 1:

Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la aplicación de una penalidad impuesta por la Entidad al Contratista por un monto ascendente a S/. 646,708.18 (Seiscientos Cuarenta y Seis Mil Setecientos Ocho y 18/100 Nuevos Soles) que corresponde a la primera pretensión de la demanda.

Posición del Contratista

25. El Contratista sostiene que no corresponde la aplicación de la penalidad por mora equivalente a S/.646,708.18 que la Entidad le aplicó, pues la demora en el cumplimiento de su prestación no le es imputable a ella, sino a la propia Entidad.
26. En relación con dicha posición, el Contratista señala que la Cláusula Sexta del Contrato estableció dos (2) plazos distintos para el cumplimiento de su obligación, en este caso la prestación entrega de los libros:

- i) Un plazo de hasta de 15 días calendario (no incluidos en los 60 días para la ejecución del contrato), para la recepción de muestras y, eventual, subsanación de observaciones (“recomendaciones”) que pudiese hacer la Entidad y que se iniciaba al día siguiente del consentimiento del otorgamiento de la buena pro (al que denominaremos “Plazo (i)”).
- ii) Un plazo de 60 días calendario para la ejecución de la prestación, que debe entenderse como el plazo para “la impresión” de los textos escolares y que se iniciaba con la suscripción del Contrato (al que denominaremos “Plazo (ii)”).
27. Señala el Contratista que dentro del plazo (i), ella debía levantar (“acoger”) las recomendaciones encontradas en las muestras en un plazo máximo de 5 días calendario y entregarlas a la Dirección de Educación Primaria, la cual verificaría las incorporaciones realizadas y las aprobaría en un plazo no mayor a 5 días, y en caso contrario (es decir, si la mencionada Dirección entendía que las recomendaciones no habían sido incorporadas) el Consorcio debería hacer las subsanaciones correspondientes en un plazo no mayor a 3 días, luego de lo cual la Dirección de Educación Primaria haría la verificación y daría la aprobación en un plazo de 2 días.
- Añade el Contratista que este plazo se refiere a la aprobación de los plotters, sin los cuales es imposible imprimir los libros.
- La Entidad debía aprobar los plotters para que el Consorcio pudiera empezar a imprimir los libros, y para ello tenía un plazo de 15 días que no se contaban dentro del plazo (ii) de 60 días para la impresión de los textos escolares.
- Considera que ello fue claramente establecido en el Contrato, pero que además es evidente que el plazo de 15 días para la aprobación de los plotters no podía incluirse en el plazo para la impresión de los libros, porque sin los plotters no era posible iniciar la impresión.
28. En relación al plazo (i), el Contratista señala que la Entidad no cumplió con emitir las aprobaciones necesarias para dar inicio a la impresión de los libros dentro del plazo máximo de 15 días establecido en el Contrato porque:

- El otorgamiento de la buena pro quedó consentido el 10 de octubre del 2012.
- Las pruebas de color y los elementos técnicos fueron aprobadas el 28 de noviembre de 2012 como se ve de la Orden de Prueba de Color.
- La entrega de las orientaciones metodológicas que el Consorcio alcanzó el 22 de noviembre de 2012 fueron aprobadas recién el 6 de diciembre de 2012 según se aprecia del cargo de Entrega de Elementos Técnicos.

29. Agrega que también debe tenerse en consideración que, según lo establecido en la Cláusula Undécima del Contrato, la producción de los libros debería ser supervisada por la Entidad para lo que se requería que se practiquen verificaciones, pero la Entidad no puso a disposición del Consorcio los almacenes en los cuales el Consorcio debía entregar los libros y realizar las verificaciones, sino que, mediante correo electrónico del 6 de diciembre de 2012, informó al Consorcio que estaba buscando la contratación de un hangar para su almacenamiento, solicitando que las verificaciones se realicen en las instalaciones del Consorcio.

Señala el Contratista que ello produjo que las Actas de Verificación se efectúen entre el 14 y el 28 de diciembre de 2012 y el 11 de enero de 2013 en sus propios almacenes, por lo que las entregas en el almacén de la Entidad se realizaron a partir del 27 de diciembre de 2012 al 14 de enero de 2013.

30. El 1 de abril de 2013, del saldo de S/.4'938,498.81 que la Entidad tenía por pagar al Consorcio, sólo le abonó S/. 4'291,790.63 porque le aplicó una penalidad de S/.646,708.18, siendo que mediante el Oficio N° 241-2013-MINEDU/SG-OGA-UABAS, la Entidad precisó que la penalidad correspondía a 22 días calendario de retraso en la entrega de los libros según el siguiente detalle:

- 11 días de demora en la primera entrega.
- 7 días de demora en la segunda entrega.
- 4 días de demora en la tercera entrega.

31. El Consorcio señala que la Entidad no ha tomado en cuenta que:

- Para poder imprimir los libros se requería previamente tener aprobados los plotters y que para eso se estableció en el contrato un plazo de 15

días que no se encontraba comprendido en el plazo de 60 días para la ejecución de la prestación.

- La demora en la entrega no es imputable al Consorcio sino que el atraso se debió a la demora únicamente imputable a la Entidad en la aprobación de los plotters.

32. El Consorcio señala que, mediante Carta de fecha 5 de abril de 2013, solicitó que se deje sin efecto la penalidad pero el resultado fue negativo pues, mediante oficio N° 1337-2013 MINEDU/SG-OGA-UABAS, la Entidad les hizo saber que debieron de haber solicitado la ampliación del plazo de ejecución del Contrato pues no es posible que la Entidad lo haga de oficio.
33. Agrega el Contratista que, conforme al contenido de la repuesta de la Entidad, ésta ha reconocido implícitamente que el retraso no se debió a causa imputable al Consorcio, pero sostiene que les correspondía solicitar la ampliación del plazo de ejecución del Contrato y que, como quiera que no lo hicieron, corresponde aplicar la penalidad, con la que el Consorcio no está de acuerdo.
34. Vistos los argumentos de la Entidad expuestos con motivo de la presentación de su contestación de demanda, el Contratista, con motivo de la presentación de sus Alegatos, el Contratista amplió sus argumentos añadiendo tres (3) cuestiones que seguidamente reseñamos.
35. En relación con la aplicación automática de la penalidad por mora, señala que la aplicación de dicha penalidad, prevista por el artículo 48° de la Ley y 165° del Reglamento, solo procede en el caso incumplimientos injustificados, de modo que no basta que exista un incumplimiento, sino que éste debe ser injustificado. En tal sentido, y siendo que su incumplimiento no es injustificado, no correspondería la aplicación de la penalidad.
36. En relación con el reconocimiento tácito de la causa del retraso imputable a la Entidad, señala que *"si la Entidad es la causante del retraso, y a pesar de ello aplica una penalidad, cometería una injusticia y violaría el deber de equidad que rige las contrataciones"*.
37. Finalmente, en relación con la Opinión No. 064-2012/DTN, señala que (i) ésta no contiene la afirmación que le atribuye la Entidad; (ii) que no es de carácter

vinculante; y, (iii) que se refiere a otros supuestos “especialmente al cálculo y situaciones en que cabe imponer una penalidad y cómo hacerlo”.

Posición de la Entidad

38. La Entidad señala que la Cláusula Sexta del Contrato fija como plazo de ejecución de la prestación sesenta (60) días calendarios contabilizados a partir de la suscripción del contrato.
39. Cita la Entidad el contenido de la Cláusula Sexta del Contrato, la misma que estipula lo siguiente:

"Cláusula Sexta: Inicio y Culminación de la Prestación

El plazo de ejecución de la prestación será de sesenta (60) días calendarios, de acuerdo a lo indicado en las especificaciones técnicas de las Bases Integradas. El plazo de entrega y cumplimiento rige a partir de la suscripción del Contrato".

(el resaltado es nuestro)

40. Por consiguiente, según señala la Entidad, se puede advertir claramente que el Contratista debió iniciar la ejecución del Contrato en la fecha en que éste se suscribió, es decir, el día 6 de noviembre de 2012 y haber culminado el 7 de enero de 2013, conforme al siguiente detalle:

Entregas	Plazo	Fecha límite
Primera	a los 25 días calendarios de suscrito el contrato	03/12/2012
Segunda	a los 20 días calendarios de la Primera Entrega	21/12/2012
Tercera	a los 15 días calendarios de la Segunda Entrega	07/01/2013

41. Agrega la Entidad que, no obstante, el Consorcio no cumplió con el plazo de ejecución establecido en el Contrato, situación que se corrobora de las Guías de remisión emitidas por el propio Contratista, conforme al detalle siguiente:

Entregas	Guía de Remisión	Fecha de ingreso a Almacén
Primera	001-0010224	14/12/2012
Segunda	001-0010227	28/12/2012
Tercera	001-0010228	11/01/2013

42. Siendo que las fechas consideradas como de recepción por el almacén de la Entidad fueron tardías en relación con el plazo establecido contractualmente, correspondía la aplicación de la penalidad por mora por 22 días calendario, conforme al siguiente detalle:
- 11 días de demora en la primera entrega.
 - 7 días de demora en la segunda entrega.
 - 4 días de demora en la tercera entrega.
43. Respecto a las penalidades, la Entidad cita el artículo 165° del Reglamento, el mismo que establece lo siguiente:

"Artículo 165°.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente (...)"

44. Del citado artículo, concluye la Entidad, se infiere que la penalidad por mora es de aplicación automática, por lo que, basta la verificación del retraso en el cumplimiento de la obligación a cargo del contratista, para que éste empiece a generar penalidades, no siendo necesario que la Entidad efectúe previamente una notificación para imponerle la respectiva penalidad.
45. Para sustentar su postura, la Entidad cita a ALVAREZ PEDROZA quien ha señalado que como quiera que la Entidad está sujeta a una presunción legal, en todos los casos la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la fórmula establecida por el artículo.
46. En tal sentido, la Entidad señala que la citada presunción obliga al funcionario aplicar automáticamente la penalidad una vez vencido el plazo para la ejecución de la prestación.

Así, no obstante que la tipificación del retraso requiere la calificación de "injustificado", la norma dice que la penalidad se aplica automáticamente; es decir, producido el retraso el mecanismo legal ha causado el efecto sancionador, salvo que el contratista justifique oportunamente el retraso en el incumplimiento de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, pues de lo contrario la Entidad debe aplicar la penalidad sin lugar a otorgar derecho de explicación o defensa al contratista.

47. Así, según argumenta la Entidad, si el Contratista se encuentra ante situaciones que no le permitan iniciar y/o culminar la ejecución del contrato en el plazo establecido en el Contrato, debe aplicar el mecanismo para solicitar la ampliación de plazo contractual previsto por el artículo 175° del Reglamento.
48. Conforme a ello, agrega la Entidad, de suscitarse los supuestos descritos en el citado artículo 175° del Reglamento, la Entidad podría ampliar el plazo contractual, siempre y cuando el Consorcio haya presentado su solicitud de ampliación de plazo dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de finalizado el hecho generador del atraso, pues de no cumplirse con dicho requisito la solicitud devendría en improcedente por ser extemporánea.
49. La Entidad concluye que, si el Consorcio por "falta de diligencia" no efectuó su requerimiento de ampliación de plazo en el plazo establecido en el referido artículo, la Entidad debía, como en efecto hizo, proceder a aplicarle una penalidad por mora, conforme a lo dispuesto en el artículo 165° del Reglamento.
50. Para apoyar dicha conclusión, la cita la Opinión N° 064-2012/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado — OSCE, a través de la cual éste señaló que:

"El retraso en ejecución de las prestaciones será injustificado cuando no se haya solicitado y/o aprobado la ampliación del plazo contractual, al no verificarse ninguna de las causales previstas en el artículo 175° del Reglamento".

51. Por tanto, y no obstante que el Consorcio en su demanda ha manifestado que el atraso incurrido en la ejecución del Contrato no le es imputable, toda vez⁸ que el atraso se debió a que la Entidad habría utilizado más plazo del previsto

contractualmente para la aprobación de los plotters, motivo por el cual no correspondería la aplicación de ninguna penalidad; dado que se ha constatado que no procedió a efectuar su correspondiente solicitud de ampliación de plazo oportunamente, su pretensión debe ser desestimada.

Posición del Tribunal Arbitral

52. Es objeto del presente análisis la determinación de la procedencia o improcedencia de la aplicación de la penalidad por mora impuesta por la Entidad al Contratista por el monto de S/. 646,708.18.
53. En relación con la aplicación de dicha penalidad, las posiciones de las partes pueden resumirse en que, mientras el Contratista sostiene que, si bien existió una demora en la entrega de los bienes objeto del Contrato, dicha demora le es imputable a la Entidad, mientras ésta sostiene que, aun cuando existiese una demora no imputable al Contratista, se encuentra imposibilitada de otorgar una ampliación del plazo contractual de oficio, siendo condición y cargo del Contratista iniciar y cumplir con el procedimiento de solicitud de ampliación previsto por la normativa aplicable, cuestión que en el presente caso no ha realizado.
54. Como puede apreciarse, no existe entre las partes controversia en relación con los hechos acaecidos, de modo que la discrepancia a resolver es de puro derecho.
55. Dado que la Entidad no ha negado la existencia de una demora imputable a ella en el procedimiento de aprobación de muestras y que a la postre habría ocasionado la demora en el cumplimiento de la obligación a cargo del Contratista, cuestión ésta que constituye el sustento de la pretensión del Contratista, a juicio de este Tribunal Arbitral, corresponderá entonces determinar, en primer lugar, la validez del argumento esbozado por la Entidad para luego evaluar la procedencia de aquellos expuestos por el Contratista.
56. Como ha quedado dicho, la Entidad ha señalado, en buena cuenta, que se encuentra imposibilitada de otorgar de oficio una ampliación de plazo contractual si el Contratista no lo solicita y cumple con el procedimiento de solicitud de ampliación de plazo previsto por el artículo 175° del Reglamento.
57. Sobre el particular, el artículo 175° del Reglamento establece lo siguiente:

"Artículo 175°.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

1.- Cuando se apruebe el adicional, siempre y cuando afecte el plazo.

En este caso, el contratista ampliará el plazo

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.*

(...)"

(el resaltado es nuestro).

58. Como puede advertirse, la normativa de contratación pública le impone al Contratista una carga procesal para hacer valer su eventual derecho a una ampliación de plazo contractual: solicitar, cumplir con los requisitos y acreditar encontrarse en alguno de los supuestos previstos por el artículo 175° del Reglamento.
59. Siendo que el Contratista ha incumplido con la carga procedimental impuesta por la normativa se ha visto impedido de acreditar legalmente la justificación de su retraso, con lo que su incumplimiento contractual devendría en injustificado, correspondiéndole la aplicación de la penalidad por mora de manera automática.
60. En el mismo sentido, RETAMOZO sostiene que:

"la penalidad por mora es de origen legal y es de aplicación automática sin previa notificación"³.

61. Coincide por tanto este Tribunal Arbitral con la posición establecida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en la esbozada Opinión No. 064-2012/DTN, que ha sido citada como sustento por la Entidad, y que señala textualmente que:

³ RETAMOZO LINARES, Alberto. Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Jurista Editores EIRL. Lima, Junio 2009. Pág. 525.

“El retraso en la ejecución de las prestaciones será injustificado cuando no se haya solicitado y/o aprobado la ampliación del plazo contractual, al no verificarse ninguna de las causales previstas en el artículo 175 del Reglamento”⁴.

62. Llama la atención en este punto el argumento del Contratista en el sentido que la Opinión No. 064-2012/DTN “no contiene la afirmación que le atribuye la Entidad” o “que no es de carácter vinculante”, pues además de la cita textual que este Tribunal ha hecho precedentemente de la mencionada Opinión, y que está referida directamente a la materia objeto de controversia, la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento dispone también de manera expresa que:

“Las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado tienen carácter vinculante desde su publicación en el portal institucional del OSCE”.
(el resaltado es nuestro)

Con lo que el argumento del Contratista en el sentido de negar relación con la presente materia, el contenido aducido o el carácter vinculante de la citada Opinión del OSCE debe en este extremo ser rechazado por ser abiertamente infundado.

63. Por lo demás, la posición del organismo rector de la contratación pública, con la que este Tribunal Arbitral concuerda, viene siendo reiterada de manera uniforme en las Opiniones Nos. 005-2014/DTN, 049-2014/DTN y 090-205/DTN, una de las cuales fue solicitada por el propio Contratista durante el trámite del presente proceso arbitral, algunos de cuyos extractos citamos a continuación:

“... debe precisarse que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, será injustificado cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobado por no verificarse ninguna de las causales previstas en el Reglamento: artículo 175 para el caso de bienes y servicios, y artículo 200 para el caso de obras”^{5 6}.

⁴ Nota de pie de página 1, contenida en la página 2 de la Opinión No. 064-2012/DTN de fecha 10 de mayo de 2012 cuyo texto puede revisarse en <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>.

⁵ Numeral 2.1.2 de la Opinión No. 005-2014/DTN de fecha 3 de enero de 2014 cuyo texto puede revisarse en <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>.

(el resaltado es nuestro)

“Como se advierte, la ampliación de plazo contractual no puede ser otorgada de oficio, requiriéndose que el contratista presente su solicitud en atención a la existencia de un hecho generador de atraso o paralización no imputable al mismo –siempre y cuando tal hecho afecte el plazo contractual–, con el fin de cumplir con las prestaciones a su cargo.

Así, es responsabilidad del contratista proporcionar información que acredite que el retraso en la ejecución de las prestaciones no es de su responsabilidad, de forma tal que no se le apliquen las penalidades que correspondan por un retraso injustificado conforme a lo previsto en el artículo 165 del Reglamento.

2.1.3 En esa medida, corresponde que a efectos de determinar si se ha producido un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones, se presente la correspondiente solicitud de ampliación de plazo para su evaluación por parte de la Entidad”⁷.

(el resaltado es nuestro)

64. En armonía con lo expuesto, el argumento del Contratista en el sentido que la aplicación de la penalidad por mora, prevista por el artículo 48° de la Ley y 165° del Reglamento, solo procede en el caso incumplimientos injustificados, de modo que no basta que exista un incumplimiento, sino que éste debe ser injustificado, si bien es válido, también lo es que está sujeto a una carga procedimental que, en el presente caso, el Contratista habría incumplido, por lo que deviene en infundado.
65. Si el Contratista decide no atender la carga procedimental que le impone el legislador, perderá la oportunidad de acreditar la existencia de justificación por el retraso en el que ha incurrido y, con ello, se presumirá su responsabilidad por el retraso y se le aplicará de manera automática la penalidad por mora que corresponda.
66. Hasta este punto el Tribunal Arbitral deja expresa constancia de su acuerdo y posición en el sentido que el otorgamiento de una ampliación de plazo

⁶ Similar redacción puede apreciarse en el numeral 2.1.2 de la Opinión No. 090-2015/DTN de fecha 27 de mayo de 2015 cuyo texto puede revisarse en <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>.

⁷ Numerales 2.1.2 y 2.1.3 de la Opinión No. 049-2014/DTN de fecha 14 de julio de 2014 cuyo texto puede revisarse en <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>.

contractual en el ámbito de la contratación pública nacional no opera de forma automática y está sujeto a una carga procedimental de cargo del Contratista para solicitar, cumplir con los requisitos y con los supuestos establecidos por la normativa para su eventual otorgamiento, de modo que si se incumple con dicha carga y la obligación se cumple luego del vencimiento del plazo contractual establecido, corresponderá una suerte de presunción de “falta de justificación” de su parte y, por ende, la aplicación de la correspondiente penalidad por mora.

67. No obstante lo expuesto, este Tribunal Arbitral advierte la existencia de hechos particulares adicionales que hace del presente caso uno singular y que lo obligan a realizar un análisis mayor.
68. En efecto, aprecia este Tribunal Arbitral la existencia de dos (2) tipos plazos para el cumplimiento de la obligación y la ejecución de la prestación a cargo del Contratista.
69. Veamos. En relación con el plazo de entrega, las Bases y el Contrato señalaban lo siguiente:

BASES NUMERAL 5.1 DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS	CONTRATO CLÁUSULA SEXTA: INICIO Y CULMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN
<p><i>La empresa que obtenga la buena pro tendrá 60 días calendario para la entrega de la totalidad de los bienes.</i></p> <p><i>El plazo de entrega y cumplimiento rige a partir de la suscripción del Contrato.</i></p> <p><i>Los bienes serán entregados en los almacenes del Ministerio de Educación en la ciudad de Lima, sede que será determinada oportunamente.</i></p> <p><i>La empresa deberá realizar hasta tres (3) entregas de cada libro que conforma al ítem.</i></p>	<p><i>El plazo de ejecución de la prestación será de sesenta (60) días calendarios, de acuerdo a lo indicado en las especificaciones técnicas de las Bases Integradas.</i></p> <p><i>El plazo de entrega y cumplimiento rige a partir de la suscripción del Contrato.</i></p> <p><i>EL CONTRATISTA deberá entregar los bienes del ítem según lo establecido en las Especificaciones Técnicas.</i></p> <p><i>EL CONTRATISTA deberá realizar hasta tres (3) entregas de cada libro que conforma al ítem.</i></p> <p><i>La primera entrega parcial</i></p>

<p>La primera entrega parcial corresponderá a un mínimo del 35% del total de la producción dentro de los 25 días calendario a partir de la suscripción del contrato.</p> <p>Para la segunda entrega parcial 35% dentro de los 20 días calendario, contadas a partir del veinticincoavo día calendario con referencia a la primera entrega parcial.</p> <p>El porcentaje restante se entregará dentro del plazo estipulado.</p> <p>Las empresas adjudicadas recibirán las muestras y la relación de las recomendaciones a realizar, al día siguiente del consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro.</p> <p>Las empresas deberán levantar las recomendaciones encontradas en las muestras en un plazo máximo 05 días calendario para ser entregadas a la Dirección de Educación Primaria; y ésta a su vez verificará las incorporaciones realizadas y aprobará según corresponda en un plazo máximo de 05 días calendario. Caso contrario, la empresa tendrá como plazo máximo 03 días para subsanar. La Dirección de Educación Primaria verificará y aprobará en un plazo máximo de 02 días calendario.</p> <p>En caso que la empresa no cumpla con la incorporación de todas las recomendaciones requeridas dentro de los plazos establecidos, el tiempo adicional que se emplee para hacerlo, incluyendo el que tome la Dirección de Educación Primaria</p>	<p>corresponderá a un mínimo del 35% del total de la producción dentro de los 25 días calendario a partir de la suscripción del contrato.</p> <p>Para la segunda entrega parcial 35% dentro de los 20 días calendario, contadas a partir del vigesimoquinto día calendario con referencia a la primera entrega parcial.</p> <p>El porcentaje restante se entregará dentro del plazo estipulado.</p> <p>EL CONTRATISTA recibirá las muestras y la relación de las recomendaciones a realizar, al día siguiente del consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro.</p> <p>EL CONTRATISTA deberá levantar las recomendaciones encontradas en las muestras en un plazo máximo 05 días calendario para ser entregadas a la Dirección de Educación Primaria; y ésta a su vez verificará las incorporaciones realizadas y aprobará según corresponda en un plazo máximo de 05 días calendario. Caso contrario, EL CONTRATISTA tendrá como plazo máximo 03 días para subsanar. La Dirección de Educación Primaria verificará y aprobará en un plazo máximo de 02 días calendario. Por tanto estos plazos no están incluidos dentro de los 60 días calendario establecidos para la ejecución de la prestación.</p> <p>En caso que EL CONTRATISTA no cumpla con la incorporación de todas las recomendaciones requeridas dentro de los plazos establecidos, el tiempo adicional que se emplee para</p>
--	--

para la verificación y aprobación correspondiente, se contará como parte de su plazo de ejecución.

hacerlo, incluyendo el que tome la Dirección de Educación Primaria para la verificación y aprobación correspondiente, se contará como parte de su plazo de ejecución.

EL CONTRATISTA deberá entregar las orientaciones metodológicas, luego de haber ingresado las recomendaciones en cada uno de las muestras que integran el ítem.

De acuerdo a las Especificaciones Técnicas de las bases integradas, EL CONTRATISTA tendrá 60 días calendario para la entrega de la totalidad de los bienes. El plazo de entrega y cumplimiento rige a partir de la suscripción del Contrato.

Se precisa que en el tiempo comprendido entre el consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro y la firma del Contrato, EL CONTRATISTA debió levantar las recomendaciones encontradas en las muestras en un plazo máximo 05 días calendario para ser entregadas a la Dirección de Educación Primaria; y ésta a su vez, verificará las incorporaciones realizadas y aprobará según corresponda en un plazo máximo de 05 días calendario. Caso contrario, la empresa tendrá como plazo máximo 03 días para subsanar. La Dirección de Educación Primaria verificará y aprobará en un plazo máximo de 02 días calendario.

Asimismo, se precisa que no se ha considerado porcentaje de cambios, toda vez que se trata de levantar las recomendaciones realizadas a las

muestras.

70. Conforme al contenido de las Bases y del Contrato previamente transcrito, así como a lo señalado al exponer y resumir la posición de las partes sobre la presente controversia, se establecieron dos (2) tipos de plazos para la ejecución del Contrato de la siguiente forma:

- Uno de hasta 15 días calendario para la recepción de las muestras y las recomendaciones de la Entidad, así como para la subsanación de las eventuales observaciones que pudiera hacer la Entidad, que se contabilizaría a partir del día siguiente al del consentimiento de la adjudicación de la buena pro.
- Otro de hasta 60 días calendarios para la ejecución de la prestación, es decir, para la impresión de los textos escolares, el mismo que se contabilizaría a partir de la suscripción del Contrato.

71. Pero además, y conforme a lo señalado por el Contratista en su Escrito presentado con fecha 9 de julio de 2014 y a lo señalado por la Entidad en su Informe No. 51-2014/MINEDU/VMGP/DIGEBR-DEP-CADM de fecha 11 de julio de 2014, adjunto a su Escrito presentado con fecha 26 de agosto de 2014, las partes han consensuado durante el proceso arbitral que la culminación del procedimiento para la recepción y aprobación de las muestras (plotters) y las recomendaciones de la Entidad, así como para la subsanación de las eventuales observaciones que pudiera hacer la Entidad, era condición necesaria para el inicio de la impresión de los textos objeto del Contrato.

No existe pues controversia en el sentido que no se podía iniciar la impresión de los textos, sin antes haber culminado el procedimiento de aprobación de muestras.

72. En tal sentido, observa este Tribunal Arbitral que la culminación del procedimiento y plazos establecidos para la recepción y aprobación de las muestras a cargo del Contratista constituyen, además de una obligación anterior a la celebración del contrato, un presupuesto para su celebración y

para el establecimiento del posterior plazo para la impresión de los cuadernos, pues éstos no podían ser impresos si previamente no se había concluido con el procedimiento anterior.

73. Como puede apreciarse también, la exigencia para el establecimiento de un procedimiento previo a la celebración del Contrato y a la ejecución de la impresión de los textos venía impuesta por la propia Entidad desde la determinación de las propias Especificaciones Técnicas de las Bases y había sido recogida, tal cual, en el Contrato que finalmente se celebró.
74. A partir de lo señalado, y atendiendo (i) al plazo con el que contaba la Entidad para citar al postor ganador de acuerdo al artículo 148° del Reglamento (2 días hábiles); (ii) al plazo adicional que estableció en el numeral 2.8 de las Bases para la presentación a cargo del Contratista de la documentación necesaria para la suscripción del Contrato (10 días hábiles); (iii) al establecimiento del inicio del plazo para la impresión de los textos (60 días) en la misma fecha en la que suscribía el Contrato; así como, fundamentalmente, (iv) al hecho de constituir la culminación del primer procedimiento (referido a la aprobación de las muestras) condición necesaria para la realización del segundo (referido a la impresión de los textos), no puede sino concluirse que la Entidad -y también el Contratista- tenía previsto, incluso desde antes de la convocatoria al proceso, concluir con el procedimiento para la aprobación de las muestras antes de la suscripción del Contrato.
75. Entonces, en armonía con lo expuesto, y a pesar que las Bases y el Contrato no lo consignaron de manera expresa, la real voluntad de las partes era que el cumplimiento de los plazos para la ejecución de la prestación asociada a la impresión de los textos escolares, solo podía ser exigible si, previamente, se había concluido con el procedimiento para la aprobación de las muestras.

O, en el supuesto en el que no se hubiese concluido, que dicha falta de conclusión no obedeciera a causa imputable al Contratista.

76. Ello sin embargo no sucedió pues, por razones imputables a la propia Entidad, el procedimiento para la aprobación de las muestras culminó recién el 28 de noviembre de 2012 con la aprobación de las pruebas de color y los elementos técnicos como se ve de las Órdenes de Prueba de Color cuyas copias obran adjuntas al Escrito de demanda como Anexo 1.G y que no han sido cuestionadas por la Entidad.

Ello sin tomar en cuenta que las orientaciones metodológicas que el Consorcio alcanzó el 22 de noviembre de 2012 fueron aprobadas recién el 6 de diciembre de 2012 según se aprecia del Cargo de Entrega de Elementos Técnicos cuyas copias obran adjuntas al Escrito de demanda como Anexo 1.H y que tampoco han sido cuestionadas por la Entidad.

77. Entonces, si bien la Entidad, y aún las partes, tenían previsto concluir con el procedimiento para la aprobación de las muestras antes de la suscripción del Contrato, ello no sucedió por razones imputables a aquélla.
78. Por ello, el Contrato, cuyas condiciones, incluidas aquellas relacionadas con el procedimiento de aprobación de muestras e impresión de textos, venían redactadas desde la convocatoria misma de acuerdo a lo previsto inicialmente por la Entidad, se celebró en la práctica sin poder cumplir con dichas previsiones y en discordancia entre la inicial voluntad prevista (haber concluido el procedimiento de aprobación de muestras) y la realidad (no haber concluido dicho procedimiento), pero aun, por razones imputables a ella misma.
79. Por lo demás, y a pesar que no se configuraron los supuestos previstos por las partes relacionados con la culminación del proceso de aprobación de muestras, el Contrato no podía reflejar ya otro texto a esas alturas del proceso, no sólo por haber culminado la absolución de consultas y observaciones o la integración de Bases, sino por haberse incluso otorgado y consentido la buena pro.

Dicha falta de precisión de la situación existente ha contribuido, a juicio de este colegiado, a generar una confusión.

80. Dicho de otro modo, aunque la Entidad o, si se quiere, las partes tenían previsto haber cumplido con determinadas condiciones o presupuestos antes de la celebración del Contrato, por razones imputables a la propia Entidad, el Contrato se celebró sin haberse cumplido con el presupuesto (la culminación del procedimiento de aprobación de muestras) que le otorgaba sentido y sustento a la exigencia para el cumplimiento de la prestación principal (la impresión de los textos escolares) en un plazo determinado (60 días).
81. Además, dicho hecho (la no culminación del procedimiento de aprobación de muestras) aunque estaba regulado en el Contrato y aunque parezca una

verdad de perogrullo, en realidad es un hecho que se realiza antes de su celebración.

82. Y ello constituye a juicio de este Tribunal un elemento de suma relevancia pues, a diferencia de los supuestos regulares en los que, luego de celebrarse un contrato administrativo, se suceden diversos hechos que pueden suponer la necesidad de solicitar una ampliación de plazo (en la forma, requisitos y de cargo vistos), en el presente caso el hecho que podría motivar el incumplimiento en el plazo contractual es uno acaecido antes de la celebración del contrato y, además, en contradicción con los términos contenidos en él.
83. Entonces, la cuestión a dilucidar no será determinar si corresponde o no la ampliación de plazo contractual de modo automático en un procedimiento regular de ejecución contractual administrativa en el que se sucede un hecho posterior a la celebración del contrato que justificaría su otorgamiento, cuestión sobre la que este Tribunal Arbitral se reafirma en el sentido que ello no corresponde.
84. En estricto, la cuestión a dilucidar será determinar si corresponde o no aplicar la misma lógica —por la que se exige al Contratista cumplir con la carga de solicitar y acreditar los requisitos y supuestos para el otorgamiento de una ampliación de plazo contractual- incluso en los supuestos en los que un eventual incumplimiento se origina (i) no en un hecho posterior a la celebración del contrato sino en uno acaecido con anterioridad al mismo; (ii) en discordancia con lo planificado por las propias partes en el proceso de formación de voluntad de ambas; (iii) en contradicción con lo expresado en el propio Contrato; y, por si fuera poco, (iv) imputable a la parte que precisamente se beneficiaría de dicha situación.
85. Las cuestiones enumeradas en el párrafo precedente, unidas a la constatación de la real voluntad de las partes al celebrar el Contrato, en el sentido de exigir el cumplimiento de los plazos para la impresión de los textos luego de culminado el procedimiento de aprobación de muestras, al inexistente margen de negociación con el que contaba el Contratista para modificar el texto del Contrato luego de adjudicada la buena pro, y a la inexistencia de daño alguno imputable al Contratista, le permiten concluir a este Tribunal Arbitral que en este caso no sólo no es de aplicación el artículo 175° del

Reglamento, sino que tampoco resulta de aplicación la misma lógica prevista por él.

86. En ese sentido, la pretendida aplicación del artículo 175° del Reglamento o de la lógica contenida en él al presente caso, resultaría a juicio de este Tribunal Arbitral contraria a los principios de buena fe contractual y de equidad, este último al que ha aludido el Contratista como parte de su argumentación en su Escrito de Alegatos presentado con fecha 12 de febrero de 2014.
87. Empero, y no obstante lo contradictorio que pueda parecer, la postura interpretativa que hace este Tribunal Arbitral respecto al inicio del conteo del plazo para el cumplimiento de la prestación relacionada con la impresión de los textos escolares es, en última instancia, concordante con la propia posición que ha expresado la Entidad durante el proceso de ejecución contractual de otro caso similar.
88. En efecto, con motivo del desarrollo del proceso arbitral, el Contratista ha acreditado que la Entidad, ante un pedido de ampliación de plazo contractual de un contratista en otro proceso similar para la adquisición de textos escolares y en el que también existían dos (2) plazos distintos, uno para la “prerensa” y otro para el “inicio de la impresión”, el primero de los cuales condicionaba el inicio del otro, denegó dicha solicitud argumentando exactamente lo contrario a lo que sostiene en el presente caso.
89. Veamos. A requerimiento de este Tribunal Arbitral, el Contratista, mediante Escrito presentado con fecha 27 de noviembre de 2014, adjuntó el Contrato No. 271-2013-ME/SG-OGA-UA-APS de fecha 9 de setiembre de 2013 cuyo objeto era también la adquisición de textos escolares y cuyo plazo de ejecución de 45 días para la impresión de dichos textos estaba sujeto a la culminación de otro anterior en el que se debía realizar la aprobación de las muestras (prerensa).

G. Pues bien, en dicho caso y atendiendo a que la Entidad tampoco cumplió con un plazo para la incorporación y la aprobación de las muestras correspondientes, el contratista remitió la Carta s/n de fecha 2 de octubre de 2013 (cuyo texto obra también adjunto al referido Escrito del Contratista fecha 27 de noviembre de 2014) con la que solicitó la ampliación de plazo contractual al amparo de lo establecido en el artículo 175° del Reglamento.

Dicha solicitud mereció la respuesta de la Entidad mediante Oficio No. 2332-2013-MINEDU/SG-OGA de fecha 17 de octubre de 2013 (también adjunto al Escrito del Contratista fecha 27 de noviembre de 2014) a través de la cual el Jefe de la Oficina General de Administración señaló literalmente que:

“... el referido incumplimiento por parte de la Entidad no genera un atraso o paralización del plazo de ejecución de la prestación, toda vez que las condiciones de aprobación de las muestras y el inicio de la impresión se encuentran supeditados al actuar de ambas partes, siendo que el cómputo de estos plazos se contabilizarán (sic) en forma independiente entre sí, vale decir, que el plazo para el inicio de la impresión se contabilizará a partir del día siguiente de aprobado el ítem, considerando los plotters, pruebas digitales y pruebas de color, tanto de las carátulas como de los textos interiores, los cuales serán aprobados por la Dirección de Educación Primaria, correspondiendo a su representada el entregar los bienes en el plazo de 45 días calendario contados a partir de la aprobación antes mencionada

En virtud a lo antes expuesto, se colige que los hechos invocados por vuestra representada, no reúnen las características configuradas en el artículo 175° del Reglamento (...) para solicitar la ampliación de plazo correspondiente.

Por lo expuesto, le comunicamos que la Entidad considera improcedente la solicitud de ampliación de plazo requerida ...”

90. Lo expuesto precedentemente acredita que la Entidad en el presente caso no sólo es incoherente y contradictoria con la propia postura que ha asumido al menos en un proceso similar, sino que podría estar utilizando su argumentación de manera aleatoria según convenga a su interés, cuestión que ni el derecho ni este colegiado pueden amparar de manera alguna.
91. En ese sentido, y a la luz de la propia posición esgrimida por la Entidad en un caso similar, resulta que amparar la pretensión de la Entidad y, consecuentemente, aplicar una penalidad por mora al Contratista, ya no sólo sería contrario a los principios de buena fe contractual y de equidad, sino que además se constituiría en un abierto abuso de derecho.

92. Corresponde entonces, a la luz de lo expresado precedentemente, determinar la existencia o inexistencia de un demora en el cumplimiento de la ejecución de la prestación a cargo del Contratista.
93. Repasemos. De acuerdo al Contrato, a los vencimientos en días no laborables y a lo señalado por las partes, las entregas debían de producirse inicialmente en las siguientes fechas:

Entregas	Plazo	Fecha límite
Primera	a los 25 días calendarios de suscrito el contrato	03/12/2012
Segunda	a los 20 días calendarios de la Primera Entrega	21/12/2012
Tercera	a los 15 días calendarios de la Segunda Entrega	07/01/2013

94. Siendo que la Entidad culminó con el proceso de aprobación de muestras el 28 de noviembre de 2012 con la aprobación de las pruebas de color y los elementos técnicos, el inicio del plazo de 60 días calendario para el cumplimiento de la prestación a cargo del Contratista debe contabilizarse recién entonces.
95. Así, los plazos para el cumplimiento de la prestación a cargo del Contratista se ven entonces modificados de la siguiente manera:

Entregas	Plazo	Fecha límite
Primera	a los 25 días calendarios del 28 de noviembre	23/12/2012
Segunda	a los 20 días calendarios de la Primera Entrega	12/01/2013
Tercera	a los 15 días calendarios de la Segunda Entrega	27/01/2013

96. Dada la falta de designación por parte de la Entidad del almacén en el que se realizarían las entregas a cargo del Contratista y ante un pedido realizado a través de un correo electrónico por la Entidad, las entregas se tuvieron por efectuadas en los almacenes de la propia Contratista en las fechas en las que se realizaron las Actas de Evaluación, de acuerdo al siguiente detalle:

Entregas	Guía de Remisión	Ingreso a Almacén
Primera	001-0010224	14/12/2012
Segunda	001-0010227	28/12/2012
Tercera	001-0010228	11/01/2013

97. Como puede apreciarse de los Cuadros precedentes, y dado que las entregas de los textos escolares objeto del Contrato se han realizado antes del vencimiento de los plazos que contractualmente correspondían, no corresponderá la aplicación de penalidad por mora alguna.
98. En atención a lo expuesto, este Tribunal Arbitral concluye que la primera pretensión de la demanda debe declararse fundada, siendo que no corresponde la aplicación de penalidad por mora alguna.

V.2. ANÁLISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO Nº 2:

Determinar si corresponde o no que la Entidad entregue al Contratista la conformidad del servicio prestado que corresponde a la segunda pretensión de la demanda.

Posición del Contratista

99. El Consorcio ha solicitado también que la Entidad entregue la conformidad del servicio prestado según lo establecido en el Contrato.
100. Durante el proceso arbitral y ante la afirmación de la Entidad en el sentido que la conformidad del servicio solicitada ya habría sido emitida, el Contratista, a través de su Escrito de Alegatos presentado con fecha 12 de febrero de 2014, ha señalado que la Entidad no ha puesto en su conocimiento la emisión de la citada conformidad y que, atendiendo a la situación existente, considera conveniente esperar el pronunciamiento de este Tribunal antes de recibir dicha conformidad.

Posición de la Entidad

101. Sobre el particular, la Entidad ha señalado que, con fecha 4 de marzo de 2013, la Dirección de Educación Primaria en calidad de área usuaria, emitió la Conformidad de Compra Nº 001-2013-MENMGP-DIGEBR-DEP, señalando como fecha de culminación del servicio por parte del Consorcio el día 11 de enero del 2013.
102. Agrega que el Consorcio no ha solicitado la emisión de la Constancia de Prestación y que, como quiera que no la ha solicitado, ha procedido a emitirla

de oficio sin que, en ningún momento, se haya apersonado a la Entidad para recogerla.

103. En ese sentido, la Entidad considera que la pretensión del Consorcio también debe ser desestimada.

Posición del Tribunal Arbitral

104. En relación con la solicitud del Contratista, el artículo 178° del Reglamento señala:

"Artículo 178°.- Constancia de prestación

Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo, la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista (...)"

105. En atención a la norma citada precedentemente y a la afirmación expuesta por la Entidad en el sentido que ella ya ha emitido la conformidad del servicio, corresponde precisar que la pretensión está dirigida en realidad a obtener la Constancia de Prestación, aunque así no lo haya señalado expresamente.
106. Adicionalmente, y en la medida que este Tribunal Arbitral ha determinado la inaplicación de penalidad alguna por mora en contra del Contratista, corresponderá que la Entidad emita y entregue al Contratista una nueva Constancia de Prestación en la que no conste la imposición de penalidad por mora alguna.
107. En atención a lo expuesto, este Tribunal Arbitral concluye que la segunda pretensión de la demanda debe declararse fundada, siendo que corresponde la emisión y entrega al Contratista de una Constancia de Prestación en la que no conste la imposición de penalidad por mora alguna.

V.3. SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO Nº 3 COMÚN A LAS PARTES REFERIDO A LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL.

Determinar a cuál de las partes le corresponde asumir el pago de las

costas y costos del proceso arbitral, con los correspondientes intereses legales.

Posición del Tribunal Arbitral

108. Corresponde en este punto que el Tribunal Arbitral se pronuncie acerca de los gastos del presente arbitraje, a fin de determinar si alguna de las partes debe asumirlos en su totalidad, o si por el contrario, cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.
109. Conforme a lo establecido por el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, los costos del arbitraje comprenden:
- (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral;
 - (ii) los honorarios y gastos del secretario;
 - (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral;
 - (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;
 - (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; y,
 - (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
110. En relación con dichos costos del arbitraje, los artículos 69° y 73° de la Ley de Arbitraje señalan lo siguiente:

“Artículo 69°.- Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.”

“Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos.

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

111. Como puede apreciarse, las normas citadas disponen que el Tribunal Arbitral tenga en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes.
112. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
113. Atendiendo a que, en el presente caso, el convenio arbitral no ha previsto acuerdo alguno relacionado con los costos del arbitraje, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.
114. Que, en este sentido, no obstante el sentido final del laudo en relación con las pretensiones de las partes, el Tribunal Arbitral considera que resulta atendible tener en cuenta el comportamiento procesal de las partes, la causa que motivó el presente arbitraje y la existencia de razones válidas para litigar que a su criterio resultaban atendibles.
115. Que, teniendo en cuenta este hecho, el Tribunal Arbitral es de la opinión que cada una de ellas debe asumir los costos propios del arbitraje en los que hubiere incurrido, siendo que los costos comunes del arbitraje, deberán ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, así como los demás gastos procedimentales.
116. Por consiguiente, no corresponde ordenar que sólo una de las partes asuma el pago de los costos totales del proceso arbitral.
117. En consecuencia, el Tribunal Arbitral resuelve que cada parte cubra sus propios gastos por un lado, y por otro, que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, así como los demás gastos procedimentales) sean asumidos por el Contratista y por la Entidad en partes exactamente iguales.

Por los fundamentos expuestos, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento y la Ley de Arbitraje, y

sobre la base de los antecedentes precedentemente enunciados, del análisis realizado respecto de las diversas materias objeto de controversia y de las conclusiones alcanzadas en cada caso, el Tribunal Arbitral en Derecho y conforme a lo siguiente:

LAUDA EN MAYORÍA:

PRIMERO: Declarando **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda por lo que **DISPONE** dejar sin efecto la aplicación de la penalidad por mora impuesta por la Entidad al Contratista por un monto ascendente a S/. 646,708.18, monto que la Entidad deberá cumplir con pagar al Contratista.

SEGUNDO: Declarando **FUNDADA** la segunda pretensión del Contratista y, en consecuencia, **DISPONE** que la Entidad emita y entregue al Contratista una Constancia de Prestación en la que no conste la imposición de penalidad por mora alguna.

TERCERO: **FIJANDO** los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

CUARTO: Declarando que no existe condena de los costos del arbitraje para ninguna de las partes y, en consecuencia, **DISPONE** que cada una de ellas afronte los costos del arbitraje que haya demandado su defensa.

QUINTO: **DISPONIENDO** que la Secretaría Arbitral proceda a remitir copia del presente laudo al OSCE para los fines que corresponda.

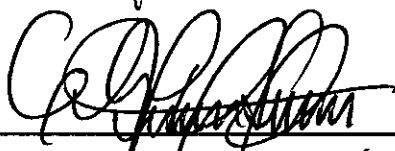
Notifíquese a las partes.



NILO ADRIEL VIZCARRA RUIZ
Presidente del Tribunal Arbitral



LUIS ARMANDO ARROYO PORTOCARRERO
Árbitro



GLORIA ISABEL QUEVEDO SÁNCHEZ
SECRETARÍA ARBITRAL

Tribunal Arbitral

*Nilo Vizcarra Ruiz
María del Rosario Ecurra Rojas
Luis Arroyo Portocarrero*

PROCESO ARBITRAL SEGUIDO POR CONSORCIO EDICIONES EL NOCEDAL SAC – FIRMART SAC, EDITORES E IMPRESORES CONTRA EL MINISTERIO DE EDUCACION (Expediente N° 1434-2013)

VOTO EN DISCORDIA DE LA DRA. MARIA DEL ROSARIO ESCRURA ROJAS CON RESPECTO A LA PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIONES PRINCIPALES Y LAS COSTAS Y COSTOS.-

La árbitro que suscribe coincide con el Laudo emitido en Mayoría en lo concerniente a los Antecedentes del caso y a algunos Considerandos respecto de la Primera Pretensión Principal.

En relación a la Segunda Pretensión Principal coincide parcialmente con el Laudo en Mayoría y manifiesta su conformidad con la decisión vertida sobre costas y costos del arbitraje.

De forma contraria, discrepa respetuosamente en torno a algunos considerandos y con la parte resolutive de la Primera Pretensión Principal y, parcialmente de la Segunda Pretensión Principal.

Complementariamente se reafirma en los argumentos y pronunciamientos del Laudo en Mayoría, en todo lo que no es materia de contradicción en el presente Voto en Discordia.

Se sustenta el Voto Singular en los argumentos legales y jurídicos que a continuación se exponen:

1. EN RELACIÓN A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Solicita La Contratista se deje sin efecto la aplicación de la penalidad impuesta por el Ministerio de Educación (en adelante La Entidad o el MINEDU indistintamente), al Consorcio El Nosedal SAC – Firmart SAC (en adelante La Contratista o El Consorcio indistintamente), por un monto ascendente a S/. 646,708.18 por parte del Ministerio de Educación, la cual fuera impuesta de manera errada en ejecución del Contrato N° 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS.

1.1. SUSTENTACIÓN DE LA CONTRATISTA

La Contratista fundamenta su demanda en que la aprobación de las muestras (plotters) debió de ocurrir el día 05 de noviembre 2012, es

decir, un día antes de la firma del contrato y que el retraso en el cumplimiento de la prestación no le puede ser imputado a ella.

Señala que de acuerdo a las Bases y al Contrato, se establecía que La Contratista recibiría las muestras y la relación de las recomendaciones a realizar, al día siguiente del consentimiento del Otorgamiento de la Buena Pro. Agrega que todo el proceso de observaciones y del levantamiento podía durar 15 días.

Indica que la demora en el cumplimiento de su prestación obedece al hecho que no se aprobaron a tiempo los plotters, citando para tal efecto la Cláusula Décimo Quinta del Contrato según la cual:

"CLAUSULA DECIMO QUINTA.- PENALIDADES

Si el Contratista incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, La Entidad le aplicará al Contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse en concordancia con el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".

Asimismo, La Contratista señala en el numeral 7, de la página 11, de su escrito de Alegatos de fecha 10 de Febrero de 2014, que:

"(...) la penalidad solo se impone cuando existe incumplimiento injustificado, pero no por omitir el pedido de ampliación de plazo. Dado que el incumplimiento no es injustificado sino que se debe a la propia demandada, no correspondía que se nos imponga una penalidad, motivo por el cual la demanda debería ser declarada fundada".

También manifiesta en el numeral 5. de la página 11) del mismo escrito que:

"(...) si la Entidad es la causante del retraso y a pesar de ello aplica una penalidad, cometería una injusticia y violaría el deber de equidad que rige las contrataciones del Estado".

1.2 SUSTENTACIÓN DE LA ENTIDAD

La Entidad desvirtúa la posición de La Contratista para lo cual invoca lo señalado en Cláusula Sexta del Contrato:

"CLÁUSULA SEXTA.- INICIO Y CULMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN:

El plazo de la ejecución de la prestación será de sesenta días calendarios de acuerdo a lo indicado en las especificaciones técnicas de las Bases Integradas.

El plazo de entrega y cumplimiento rige a partir de la suscripción del Contrato. (...)"

Afirma que la Ejecución del contrato es desde la fecha en que se suscribió, es decir, el día 06 de noviembre de 2012 cuya culminación pactada era el 07 de enero de 2013.

Asimismo, transcribe un Cronograma de entregas de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula Sexta del Contrato conforme a lo siguiente:

<u>Número de Entregas</u>	<u>Plazo</u>	<u>Fecha Límite</u>
Primera entrega	25 días calendario firma contrato	03/12/2012
Segunda entrega	20 días calendario primera entrega	21/12/2012
Tercera entrega	15 días calendario segunda entrega	07/01/2013

Cronograma Real de Entregas:

<u>Número de Entregas</u>	<u>Guía de Remisión</u>	<u>Fecha Ingreso Almacén</u>
Primera entrega	001-0010224	14-12-2012
Segunda entrega	001-0010227	28-12-2012
Tercera entrega	001-0010228	11-01-2013

Se remite al Contrato señalando que La Contratista debía realizar tres entregas según lo siguiente:

Primera: un mínimo del 35% del total de producción a los 25 días calendario de la firma del contrato.

Segunda: 35% del total de producción a los 20 días calendario de la primera entrega.

Tercera: dentro del plazo estipulado.

De otro lado, invoca el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (RLCAE) aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, según el cual:

"Artículo 165°.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

En todos los casos la penalidad se aplicará automáticamente (...)"

Complementariamente, se ampara en el artículo 175° del Reglamento citado, que regula la procedencia de la ampliación del plazo:

"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 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".

1.3 ANALISIS DE LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

La árbitro que suscribe, basa su análisis para sustentar su Voto en Discordia, en la estricta observancia del ordenamiento legal aplicable a la presente controversia.

A saber:

- 6.
- (i) La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1017).
 - (ii) Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF normas complementarias y modificatorias.

De suerte pues que se remite a la normativa de contrataciones del Estado para determinar si es procedente la aplicación de la penalidad como resultado de la ejecución del Contrato N° 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS.

En particular, al numeral 52.3 de la Ley de Contrataciones del Estado según texto aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 el cual establece lo siguiente:

"Artículo 52°.- Solución de Controversias

(...)

52.3 *El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su Reglamento, así como las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo".*

En consecuencia con este mandato legal, expresa que debe aplicarse, literal y textualmente, la normatividad que regula las relaciones jurídicas que celebra el Estado con los particulares, dentro de una consecuente aplicación del Derecho y de su misión de impartir justicia arbitral, de acuerdo al marco legal al cual las propias partes se han sometido al firmar el Contrato N° 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS que constituye Ley entre las partes.

En este orden, la Cláusula Décimo Octava del indicado Contrato señala:

"CLÁUSULA DECIMO OCTAVA.- MARCO LEGAL DEL CONTRATO

En lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento serán de aplicación las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes".

En este contexto, no cabe hacer distinciones en el contenido y alcance de las cláusulas contractuales tal como pretende la demandante, al considerar un desdoblamiento del plazo contractual previsto en la cláusula sexta del contrato.

6. Uno, que considera los 15 días calendarios para la aprobación de los plotters y el segundo plazo, de 60 días calendarios para la ejecución del contrato.

Ahora bien, la suscrita considera que para la fundamentación de su Voto en Discordia respecto de la Primera Pretensión Principal, es necesario e ineludible, analizar la noción de retraso injustificado, concepto legal que constituye el tema fundamental y de mayor importancia, a los efectos de establecer si procede o no la aplicación de la penalidad a La Contratista.

9. En esta secuencia, el análisis en el presente proceso debe compulsar si el argumento presentado por La Contratista, referido a si es posible aplicar penalidades únicamente cuando se incurre en incumplimiento injustificado, se condice con las normas glosadas.

Con el propósito de esclarecer qué entiende la normativa sobre el retraso injustificado, es pertinente remitirse a las opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (en adelante OSCE), ente rector en materia de contrataciones del Estado.

Dentro de los múltiples pronunciamientos traducidos en las Opiniones N°s. 064-2012/DTN, 05-2014/DTN y 049-2014/DTN, el OSCE define el concepto de retraso injustificado, como aquél que opera, cuando no se haya solicitado – entiéndase la ampliación del plazo contractual- o, cuando habiéndose solicitado, no haya sido aprobada por no verificarse ninguna de las causales previstas en el Reglamento. (Lo subrayado es nuestro).

Cabe recalcar, que el OSCE se ha pronunciado en procesos similares respecto a la posible aplicación de las penalidades, según se aprecia de la Opinión N° 049-2014/DTN de fecha 14 de Julio de 2014, en respuesta a una consulta formulada por la demandante de este proceso, Ediciones El Nosedal S.A.C, sobre Aplicación de penalidades. Dicha consulta está referida a, si es *posible aplicar penalidad al contratista que no solicitó ampliación de plazo de ejecución del contrato, aun cuando la demora se deba a una acción u omisión de la Entidad Contratante*, habiendo concluido en que *"de no haberse solicitado ampliación de plazo de ejecución del contrato y de existir un retraso en el cumplimiento de las prestaciones, corresponde a la Entidad aplicar la penalidad por mora de acuerdo a la fórmula establecida en el artículo 165° del citado reglamento (...)"*. (Lo subrayado es nuestro).

Dicho Organismo estatal ampara su respuesta en los artículos 165° y 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, efectuando un análisis de la procedencia y/o Improcedencia de la aplicación de la penalidad.

6. De esta manera, señala que *"la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación de una penalidad por mora en la ejecución de la prestación" al contratista que, **injustificadamente**, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato"*.

7. Dispone también que *"para efectos de determinar si se ha producido un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones, se presente la correspondiente solicitud de ampliación de plazo para su evaluación por parte de la Entidad"*.

Concluye afirmando que *"el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, será injustificado cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobada por no verificarse ninguna de las causales previstas en el artículo 175° del Reglamento"*.

De acuerdo a lo expuesto, y para una legítima valoración de los hechos que han motivado la interposición de la presente demanda arbitral, detallo mis apreciaciones según lo siguiente:

- a) La regulación en materia de contrataciones del Estado condiciona la aplicación de una penalidad por mora en la ejecución de la prestación a La Contratista que, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.
- b) El concepto de injustificado no es de carácter valorativo, sino que surge de la estricta aplicación de la Ley, según la cual, el retraso en la ejecución de las prestaciones será injustificado cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual.
- c) Que el retraso injustificado puede ser por culpa e imputable a la Entidad conforme lo indica el numeral 3) del citado artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, lo que no configura un incumplimiento contractual a tenor de lo dispuesto en dicho numeral.
- d) Que en virtud a lo expuesto, no es posible distorsionar el concepto de retraso injustificado tal como lo concibe la normativa en contratación pública.
- e) Que producido el retraso injustificado, la legislación concede a la parte perjudicada -entiéndase en este caso- a La Contratista, la facultad de solicitar una Ampliación de Plazo.
- f) Es irrefutable que dicha Ampliación de Plazo nunca fue solicitada por El Consorcio.

6 En síntesis, la discusión relativa a si el retraso es o no justificado NO constituye una afirmación de carácter literal ni valorativa, pues de ser así, se distorsionaría el concepto legal del retraso injustificado, tal como lo conceptúa y desarrolla la normativa estatal.

En este contexto, el numeral 41.6 del artículo 41° de la Ley, establece que:

M **"Artículo 41°.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones**
(...)

41.6 *El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual."*

Que de las pruebas obrantes en el expediente, no se advierte que La Contratista haya presentado su solicitud de ampliación de plazo, en estricta observancia con el procedimiento y plazo previstos en el artículo 175° del Reglamento.

En principio debe considerarse que el ordenamiento jurídico peruano se basa en el principio de la jerarquía de las leyes, teniendo como norma fundamental de todo el esquema jurídico la Constitución Política del Perú, de donde se derivan con eficacia jurídica, las leyes, los decretos legislativos, las ordenanzas, los decretos supremos, las resoluciones ministeriales y resoluciones directorales, entre otras normas.

Adicionalmente, la suscrita considera como sustento de su Voto en Discordia respecto a la Primera Pretensión Principal, a fin que se deje sin efecto la aplicación de la Penalidad a La Contratista, el artículo 5° de la Ley, que regula el Principio de la Especialidad de la norma y delegación.

"Artículo 5°.- Especialidad de la norma y delegación

El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

El Titular de la Entidad podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento".

6, En este orden, los argumentos de la Contratista en el sentido que si la Entidad es la causante del retraso y a pesar de ello aplica una penalidad, cometería una injusticia y violaría el deber de equidad que rige las contrataciones del Estado, constituyen apreciaciones subjetivas que desbordan y trasgreden el espíritu y contenido de las citadas normas de contratación pública.

Desarrollando este extremo es mi opinión, que las apreciaciones formuladas por La Contratista, relativas a si el retraso es o no justificado, constituyen afirmaciones que distorsionan el concepto legal del retraso injustificado como causal, para solicitar la ampliación de plazo, tal como lo concibe y desarrolla la normativa estatal.

Complementariamente, el argumento referido a que La Contratista no presentó una solicitud de ampliación de plazo, puesto que en una anterior Licitación en la que participó El Consorcio y Editorial Bruño, ésta fue declarada improcedente, la suscrita considera que no es un

argumento que el Tribunal deba compulsar, en razón a que dicho precedente es NO vinculante, meramente referencial y no constituye punto controvertido en el presente proceso arbitral.

Que en mi opinión, el análisis del extremo sobre la aplicabilidad del plazo de 60 días calendarios, es una estipulación contractual que debe respetarse, siendo que las interpretaciones que le pueda conferir La Contratista, vulneran la estricta aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, que constituye el marco legal que las partes se encuentran obligadas a observar en aplicación del Contrato.

En este sentido, reitera su posición relativa a que la dilucidación de la controversia debe centrarse en la aplicación de la normatividad. En particular, en la facultad que se concede a La Contratista para solicitar la Ampliación de Plazo, es decir cuando el incumplimiento es por culpa de la Entidad.

No en vano, en el numeral 3) del artículo 175° de la Ley ha previsto expresamente, que procede solicitar dicha ampliación en los casos en los que el incumplimiento de la prestación de La Contratista es por culpa de la Entidad.

"Artículo 175°.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

(...)

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

En este orden de ideas, la posición de la suscrita respecto de la Primera Pretensión Principal, es que en la presente controversia se debaten dos posiciones opuestas. La que sostiene El Consorcio, quien reclama la ineficacia en la aplicación de una penalidad, derivada del incumplimiento de una prestación cuya causa le es atribuible a la Entidad.

Y, la segunda, de cargo de la demandada, mediante la cual se exige aplicación de la normatividad de la Ley de Contrataciones del Estado.

2. EN RELACIÓN CON LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no que la Entidad entregue a La Contratista la conformidad del servicio prestado.

Mi voto para dilucidar este segundo punto controvertido conforme al cual El CONSORCIO solicita que el MINEDU entregue la conformidad

del servicio prestado según lo establecido en el Contrato, debe analizarse según lo expuesto por las partes y de conformidad con el artículo 178° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala:

"Artículo 178°.- Constancia de prestación

Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo, la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista.

Solo se podrá diferir la entrega de la constancia en los casos en que hubieran penalidades, hasta que éstas sean canceladas".

De otro lado, debe remitirse a los antecedentes que obran en el expediente, según los cuales con fecha 04 de marzo de 2013, la Dirección de Educación Primaria en calidad de área usuaria, emitió la Conformidad de Compra N° 001-2013-MENMGP-DIGEBR-DEP y señaló como fecha de culminación del servicio por parte del CONSORCIO, el día 11 de enero de 2013.

En este contexto, según señala La Entidad, El Consorcio, no ha solicitado la emisión de la constancia. Asimismo, en ningún momento se ha apersonado a la Entidad para recoger la Constancia de Prestación que se emitió de oficio.

En este extremo, considerando mi pronunciamiento respecto de la Primera Pretensión Principal es mi opinión que debe ordenarse a la Entidad a entregar a La Contratista la conformidad del servicio prestado, precisándose que ésta se emite con penalidades.

3. EN RELACIÓN A LA TERCERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

6, Determinar a cuál de las partes le corresponde asumir el pago de las costas y costos del proceso arbitral, con los correspondientes intereses legales.

M Que respecto a esta pretensión, mi opinión es coincidente con lo expresado por el Laudo en Mayoría, en el sentido que cada una de las partes debe asumir los costos propios del arbitraje en los que hubiere incurrido, siendo que los costos comunes del arbitraje, deberán ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, así como los demás gastos procedimentales.

En consecuencia con lo expuesto se resuelve lo siguiente:

1. SE DECLARE INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA CONTRATISTA.

En consecuencia; se ratifica la aplicación de la penalidad impuesta por el Ministerio de Educación al Consorcio El Nosedal SAC – Firmart SAC, EDITORES E IMPRESORES por un monto ascendente a S/. 646,708.18 en ejecución del Contrato N° 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS.

2. SE DECLARE PARCIALMENTE INFUNDADA LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA CONTRATISTA.

En consecuencia; se ordena que la Entidad entregue a la Contratista la conformidad del servicio prestado con penalidades.

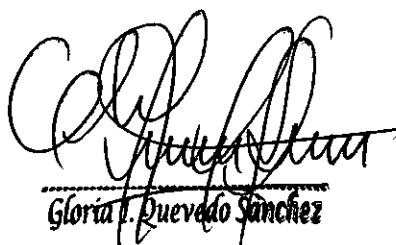
3. SE DECLARE QUE NO EXISTE CONDENA EN LAS COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE PARA NINGUNA DE LAS PARTES

En consecuencia, cada una de las partes asume las costas y costos del presente proceso arbitral.

Notifíquese a las partes.



MARIA DEL ROSARIO ESCURRA ROJAS
ÁRBITRO


Gloria J. Quevedo Sánchez

Lima, 31 de Julio de 2015.

Resolución N° 37

Lima, 2 de noviembre de 2015

VISTO: i) El escrito presentado por el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 026 (en adelante, la Entidad) el 12 de agosto de 2015 denominado “Solicito interpretación de laudo arbitral”, ii) El escrito ingresado por el Consorcio Ediciones El Nosedal S.A.C.– FIMART S.A.C. (en adelante, el Contratista) el 28 de agosto de 2015; iii) Los actuados del proceso y;

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, mediante Resolución N° 34 de fecha 31 de julio de 2015 notificada a la Entidad el 5 de agosto de 2015, se remitió el laudo en mayoría expedido por los Árbitros Nilo Vizcarra Ruiz y Luis Arroyo Portocarrero;

Segundo.- Que, mediante el escrito del Visto i), la Entidad solicitó la interpretación del laudo arbitral, la cual fue absuelta por el Consorcio, mediante el escrito de vistos ii);

Tercero.- Que, mediante Resolución N° 36, se dispuso que se ponga a Despacho para resolver el pedido de la Entidad;

Cuarto.- Que, la interpretación tiene por objeto solicitar al Tribunal que esclarezca aquellos extremos de la parte resolutive del laudo que resulten oscuros o que aparezcan dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento lógico del Tribunal que también por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en el entendimiento de aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el laudo;

Quinto.- Así, el artículo 58º del Decreto Legislativo N° 1071 establece que: “(...) cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución;

Sexto.- Que, por lo tanto, de la Ley de Arbitraje se desprende que lo único que procede aclarar o interpretar es la parte resolutive o decisoria de un fallo y, sólo como excepción, la parte considerativa. Este pedido tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes y no con la revisión del razonamiento y fundamentos del laudo;

Sétimo.- Que, la doctrina arbitral es incluso más estricta al calificar las facultades de los árbitros de interpretar o aclarar su laudo. Así, CRAIG, PARK y PAULSSON señalan sobre el particular:

“El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Esta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Esta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsidere su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte el Tribunal tendría fundamentos de sobra en

encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la "interpretación" requerida".¹
(resaltado nuestro)

Octavo.- Que, en la misma línea, MONROY señala que "otro tema trascendente del pedido de aclaración [o, interpretación] es su límite objetivo: no puede ir más allá de la resolución que aclara, es decir, no es una vía para que la resolución termine diciendo aquello que antes de la aclaración no aparecía esencialmente"².

Noveno.- En este sentido, la solicitud de interpretación no podrá buscar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal, ni tener por ende, una naturaleza impugnatoria propia de los recursos o apelaciones pues, de lo contrario, se lograría por la vía indirecta lo que no se puede por la vía directa, ya que el laudo en este caso es inapelable.

Décimo.- Tomando en cuenta lo anterior, una solicitud de interpretación procederá únicamente ante dos circunstancias: (i) cuando la parte resolutive del Laudo -o excepcionalmente la cadena explicativa del mismo para llegar a la resolución final- sea imprecisa o dudosa y por tanto se preste a dos interpretaciones distintas; o, (ii) cuando dicha parte resolutive -o excepcionalmente- la aplicación de la misma sea oscura y no se logre entender cuál es el mandato ordenado.

Undécimo.- Atendiendo a ello, cualquier solicitud de "interpretación" de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo, encubriendo en realidad una pretensión impugnatoria, de naturaleza análoga a una apelación, resulta evidentemente improcedente, y como tal debe de ser desestimada.

Duodécimo.- Que, mediante el escrito de Vistos i), la Entidad ha solicitado la interpretación del laudo arbitral, requiriendo la interpretación de los considerandos desarrollados en el laudo para declarar fundadas la primera y segunda pretensiones de la demanda presentada por el Contratista, pues, desde su posición, dicho laudo contiene argumentos "imprecisos, dudosos y oscuros", que inciden en la parte decisoria.

Décimo Tercero.- Que, dichos argumentos del laudo supuestamente "imprecisos, dudosos y oscuros" están relacionados, de un lado, con la, también supuesta, "no aplicación del derecho al resolver el caso arbitral" y, de otro lado, con la "aplicación de un contrato distinto al contrato de

¹ Traducción libre del siguiente texto: "The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested 'interpretation'". W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, "International Chamber of Commerce Arbitration", ob. cit., 3era. Ed., 408.

² MONROY GÁLVEZ, Juan. La formación del proceso peruano. Escritos reunidos. Lima: Editorial Comunidad. 2003, p. 219.

litis para sustentar su posición", lo cual violaría su derecho a la defensa y tutela jurisdiccional efectiva, generándose una causal de anulación de laudo.

Décimo Cuarto.- Que, en relación con lo primero, vale decir con la supuesta *"no aplicación del derecho al resolver el caso arbitral"*, la Entidad señala que el Tribunal habría resuelto *"en conciencia"*, violando su obligación resolver de acuerdo a lo dispuesto *"en derecho"* y de acuerdo a la normativa de contratación pública, pues ha prescindido de lo establecido en el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el RLCE).

A tal efecto, cita los Considerandos contenidos en los numerales 58, 59 y 61 del Laudo, calificándolos de *"acertados"* y que *"se condicen con lo establecido por el Reglamento"*, por estar acordes a su posición, para luego citar los Considerandos 82 y 85 del Laudo y señalar que *"debido (a ellos) se ha emitido una decisión contraria a derecho y a los intereses de la Entidad"*, solicitando que el Tribunal aclare e interprete:

- 6.
- *¿Por qué ha dejado de aplicar el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado cuando el hecho generador del atraso de los bienes finalizó 22 días después de suscrito el contrato?*
 - *¿Por qué afirma que el hecho que podría motivar el incumplimiento en el plazo contractual es uno acaecido antes de la celebración del contrato si es claro que la supuesta demora de la Entidad en aprobar los plotters culminó el 28.11.12, es decir luego de suscrito el contrato?*
 - *¿Por qué si concuerda con la Entidad en que el contratista tiene una carga procedimental que realizar para justificar el retraso incurrido y así no se aplique la penalidad automática, siendo necesario que el hecho generador del incumplimiento se dé durante la vigencia del contrato, al verificarse que la causal concluyó con la aprobación de las pruebas de color y elementos técnicos - 22 días después de la suscripción del acuerdo - no es aplicable el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?*
 - *¿Por qué si los hechos aportados al proceso arbitral demuestran que el contratista debió solicitar una ampliación de plazo contractual al verificarse uno de los supuestos del artículo 175° del RLCE y éste no lo hizo, el Tribunal Arbitral ha declarado fundada la primera pretensión de la demanda y por ende fundada la segunda pretensión del contratista?"*

Décimo Quinto.- Que, en relación con lo segundo, vale decir con la supuesta *"aplicación de un contrato distinto al contrato de litis para sustentar su posición"*, la Entidad señala que el Tribunal habría violado el derecho a la defensa y tutela jurisdiccional efectiva, por cuanto el contrato al que hizo referencia el Tribunal es uno celebrado *"entre partes distintas al contrato de Litis"*, porque *"en su oportunidad impugnó dicho contrato que no guardaba relación con las controversias del proceso arbitral"*, *"porque cada contrato tenía sus propias estipulaciones respecto al inicio y culminación de la prestación"*, y porque *"al aplicar el Contrato N° 271-2012-ME/SG-OGA-UA-APS, el Tribunal en Mayoría resolvió sobre materias no sometidas a su decisión, pues la ejecución e interpretación de dicho contrato no era parte del proceso arbitral"*.

A tal efecto, solicita que el Tribunal en Mayoría aclare e interprete:

- “- ¿Por qué no ha resuelto el presente caso arbitral utilizando únicamente medios probatorios que guarden relación con los hechos aportados por las partes en virtud al principio de procesal de aportación de parte?
- ¿Por qué si las controversias han surgido de la ejecución del contrato N° 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS, no ha resuelto analizando únicamente este medio probatorio y todas aquellas que guarden relación con ésta?
- ¿Por qué se ha insertado y meritado el Contrato N° 271-2013-ME/SG-OGA-UA-APS y todos aquellos documentos que se derivan de éste, cuya ejecución e interpretación no se ha sometido como controversia al presente proceso arbitral?
- ¿Por qué se ha resuelto en virtud al Contrato N° 271-2013-ME/SG-OGA-UA-APS y de las decisiones que la Entidad haya adoptado en la ejecución e interpretación de la misma, cuando las estipulaciones reguladas en este contrato son distintas a las reglas en el Contrato N° 329-2012-ME/SG-OGA-UA-APS, específicamente a lo referido al inicio y culminación de la prestación?”

6. **Décimo Sexto.-** Que, como puede verse, en todas y cada una de las preguntas que formula Entidad subyacen diversos cuestionamientos al razonamiento efectuado por el Tribunal para arribar a las conclusiones a las que después arriba respecto de las pretensiones del Contratista.

Décimo Séptimo.- Que, en efecto, los cuestionamientos de la Entidad se relacionan con la supuesta inaplicación del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con la interpretación de los hechos que realiza el Tribunal y con las limitaciones o alcance de la facultad probatoria del Tribunal Arbitral.

Décimo Octavo.- Que, sin embargo, conforme a lo expresado y a efectos de determinar la procedencia de una solicitud de aclaración o interpretación, dichos cuestionamientos únicamente serán válidos, primero, si la parte resolutive del Laudo es imprecisa o dudosa y, por tanto, o no permita entender cuál es su mandato o se preste a dos interpretaciones distintas; y, segundo, si la aclaración o interpretación de la cadena explicativa (considerandos) que permitió llegar a la resolución final permita entender cuál es su mandato o interpretarlo de modo unívoco.

Décimo Noveno.- Que, en relación con ello, la Entidad ha señalado que “el Colegiado en Mayoría manifiesta que ha resuelto la presente controversia del laudo; en ese sentido, verificándose que los argumentos esbozados en ella son imprecisos, dudosos y oscuros es que solicitamos se interprete los puntos que a continuación detallaremos, ya que ese hecho por conexión directa ha incidido en la parte decisoria”, específicamente en lo referido a la primera y segunda pretensiones del Contratista.

Vigésimo.- Que, dicho de otro modo, la Entidad ha señalado que la imprecisión, ambigüedad y oscuridad de los argumentos ha acarreado una imprecisión, ambigüedad y oscuridad en la parte resolutive que o no permite entender su mandato o se presta a más de una interpretación distinta.

Vigésimo Primero.- Que, en ese sentido, en la medida en que la existencia de una supuesta imprecisión, ambigüedad y oscuridad podría oscurecer lo decidido por el Tribunal Arbitral en relación con la primera y segunda pretensiones del Contratista, el Tribunal considera que el pedido de la Entidad sobre estos puntos sí es procedente.

Vigésimo Segundo.- Que, siendo ello así, corresponde verificar si los puntos resolutivos vinculados a la Primera y Segunda Pretensiones del Contratista han sido establecidos de manera imprecisa, ambigua y/o dudosa, impidiendo su correcta apreciación, interpretación y ejecución.

Vigésimo Tercero.- Que, en relación con la Primera Pretensión del Contratista, conforme a su demanda, éste demandó:

- 6.
1. Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la aplicación de una penalidad impuesta por la Entidad al Contratista por un monto ascendente a S/. 646,708.18 (seiscientos Cuarenta y Seis Mil Setecientos Ocho y 18/100 Nuevos Soles).

Vigésimo Cuarto.- Que, en relación con dicha pretensión, en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, de fecha 22 de enero de 2014, ambas partes consintieron en que el punto controvertido sobre el cual se pronunciaría el Tribunal en relación a la Primera Pretensión sería el siguiente:

- 6
1. Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la aplicación de una penalidad impuesta por la Entidad al Contratista por un monto ascendente a S/. 646,708.18 (seiscientos Cuarenta y Seis Mil Setecientos Ocho y 18/100 Nuevos Soles).

Vigésimo Quinto.- Que, teniendo en cuenta el punto controvertido anteriormente señalado, al momento de resolver, el Tribunal se pronunció de la siguiente forma:

"PRIMERO: Declarando **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda por lo que **DISPONE** dejar sin efecto la aplicación de la penalidad por mora impuesta por la Entidad al Contratista por un monto ascendente a S/. 646,708.18, monto que la Entidad deberá cumplir con pagar al Contratista".

Vigésimo Sexto.- Que, como se puede observar, el Tribunal en Mayoría resolvió de manera clara y lógica el citado punto controvertido tal como fue aceptado por las partes en la Audiencia de

Fijación de Puntos Controvertidos, el cual no fue objetado ni cuestionado por ninguna de ellas durante todo el proceso arbitral.

Vigésimo Séptimo.- Que, en este sentido, no existe contradicción imprecisión, oscuridad o ambigüedad alguna en lo resuelto por el Tribunal Arbitral en Mayoría, menos alguna que impida su correcta apreciación, interpretación y ejecución.

Vigésimo Octavo.- Que, siendo ello así, la solicitud de la Entidad para que este Tribunal Arbitral aclare o interprete lo resuelto respecto a la Primera Pretensión del Contratista y al Primer Punto de la parte resolutive del Laudo objeto de análisis resulta infundada.

Vigésimo Noveno.- Que, en relación con la Segunda Pretensión del Contratista, conforme a su demanda, éste demandó:

1. Que se declare fundada la segunda pretensión del Contratista y, en consecuencia, se disponga que la Entidad emita y entregue al Contratista una Constancia de Prestación en la que no conste la imposición de penalidad por mora alguna.

Trigésimo.- Que, en relación con dicha pretensión, en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, de fecha 22 de enero de 2014, ambas partes consintieron en que el punto controvertido sobre el cual se pronunciaría el Tribunal en relación a dicha Segunda Pretensión sería el siguiente:

2. Que se declare fundada la segunda pretensión del Contratista y, en consecuencia, se disponga que la Entidad emita y entregue al Contratista una Constancia de Prestación en la que no conste la imposición de penalidad por mora alguna.

Trigésimo Primero.- Que, teniendo en cuenta el punto controvertido anteriormente señalado, al momento de resolver, el Tribunal se pronunció de la siguiente forma:

"SEGUNDO: Declarando **FUNDADA** la segunda pretensión del Contratista y, en consecuencia, **DISPONE** que la Entidad emita y entregue al Contratista una Constancia de Prestación en la que no conste la imposición de penalidad por mora alguna".

Trigésimo Segundo.- Que, al igual que en el caso anterior y como se puede observar, el Tribunal en Mayoría resolvió de manera clara y lógica el citado punto controvertido tal como fue aceptado por las partes en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, el cual no fue objetado ni cuestionado por ninguna de ellas durante todo el proceso arbitral.

Trigésimo Tercero.- Que, en este sentido, no existe tampoco en este caso contradicción imprecisión, oscuridad o ambigüedad alguna en lo resuelto por el Tribunal Arbitral en Mayoría, menos alguna que impida su correcta apreciación, interpretación y ejecución.

Trigésimo Cuarto.- Que, siendo ello así, la solicitud de la Entidad para que este Tribunal Arbitral aclare o interprete lo resuelto respecto a la Segunda Pretensión del Contratista y al Segundo Punto de la parte resolutive del Laudo objeto de análisis resulta infundada.

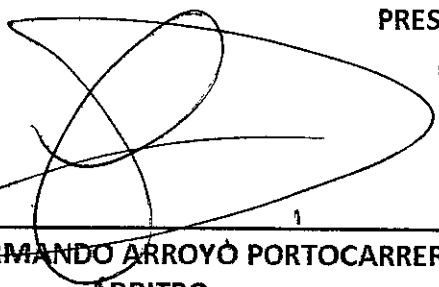
Por estas consideraciones:

SE RESUELVE:

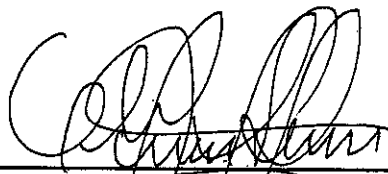
Declarar **INFUNDADO** el pedido de interpretación y aclaración del laudo arbitral emitido por el Tribunal Arbitral en mayoría.



NILO ADRIEL VIZCARRA RUIZ
PRESIDENTE



LUIS ARMANDO ARROYO PORTOCARRERO
ARBITRO



GLORIA ISABEL QUEVEDO SÁNCHEZ
SECRETARIA ARBITRAL