

EMSA S.A.
Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

DEMANDANTE: EMSA S.A.

DEMANDADO: PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA -
PRONIED

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo de Derecho dictado por la Árbitro Único, Lorena Suarez Alvarado; en la controversia suscitada entre la empresa EMSA S.A. (en adelante, EMSA) y el Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED (en adelante, PRONIED).

RESOLUCIÓN N° 19

Lima, 03 de marzo de 2017

VISTOS:

I. ANTECEDENTES.-

- 1.1. Con fecha 05 de noviembre de 2014, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro de la Licitación Pública N° 036-2014-MINEDU/UE 108 para la "Adquisición a todo costo de 315 KITS de Infraestructura (Incluye transporte)" a la empresa EMSA.
- 1.2. Con fecha 03 de diciembre de 2014 se suscribió el Contrato N° 046-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED (en adelante, EL CONTRATO) por el monto de S/. 24'359,865.00 (Veinticuatro millones trescientos cincuenta y nueve mil ochocientos sesenta y cinco con 00/100 Soles) y por el plazo de ciento quince (115) días calendarios.

2. EXISTENCIA DE UN ACUERDO DE ARBITRAJE.-

- 2.1. En la cláusula decimo octava del CONTRATO las partes celebraron un acuerdo de iniciar arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual, señalando lo siguiente:

"CLAÚSULA DÉCIMA SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo, a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177° y 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrán someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."

3. DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DE LA ÁRBITRO ÚNICO.-

- 3.1. Al haberse suscitado una controversia entre las partes, se procedió con la designación de la abogada Lorena Suarez Alvarado como Árbitro Único.
- 3.2. Con fecha 03 de mayo de 2016, se realizó la Audiencia de Instalación de Árbitro Único, con la presencia de ambas partes.
- 3.3. En dicha oportunidad, la Árbitro Único se ratificó en la aceptación del cargo, declarando tener disponibilidad para actuar como árbitro y que se conducirá con independencia e imparcialidad.
- 3.4. Por último, la Árbitro Único otorgó a la empresa EMSA un plazo de veinte (20) días hábiles, a fin de que cumpla con presentar su demanda arbitral, computados desde el día siguiente de suscrita el Acta de Instalación.

4. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LA POSICIÓN DE LA EMPRESA EMSA.-

- 4.1. Por escrito presentado el 31 de mayo de 2016, la parte DEMANDANTE interpuso demanda arbitral postulando el siguiente petitorio, el cual reproducimos literalmente:

"I PETITORIO:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que se declare que el retraso incurrido por EMSA S.A. para el levantamiento de observaciones efectuadas por el PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED corresponde a diecinueve (19) días calendario y no a cuarenta y cinco (45) días calendario.*

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que se ordene dejar sin efecto parcialmente la penalidad impuesta por el PRONIED, reduciéndola de S/. 2'435,986.50, a S/. 1'609,869.34 (que provienen de multiplicar 19 días de penalidad por la penalidad diaria ascendente a S/. 84,729.96); y en consecuencia, que se ordene a PRONIED reintegrar a EMSA la suma ascendente a S/. 826,117.16 (Ochocientos veintiseis mil ciento diecisiete con 16/100 Nuevos Soles), monto impuesto en exceso por concepto de penalidad y que fue descontado indebidamente de la Factura N° 001-005895 del 28 de mayo de 2015, más los intereses legales correspondientes.*

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que se reconozca a favor de EMSA S.A. la solicitud de ampliación de plazo por treinta y cinco (35) días calendario, por concepto de retraso por parte del PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED en proporcionar las direcciones de los almacenes de las Regiones y nombres de los responsables de los Gobiernos Regionales para iniciar el transporte y entrega de Bienes, y de manera accesorio, se ordene pagar a favor de EMSA S.A. la suma de S/. 526,435.00 (Quinientos veintiseis mil cuatrocientos treinta y cinco con 00/100 nuevos soles) por concepto de Gastos Generales, más el IGV y los intereses legales devengados.*

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que el PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED reconozca y pague a favor de EMSA S.A. por concepto de indemnización por daños y perjuicios, la suma de S/. 526,435.00 (Quinientos veintiseis mil cuatrocientos treinta y cinco con 00/100 nuevos soles), y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por los*

Lorena Suarez Alvarado – Árbitro Único

daños generados a éste último por los incumplimientos contractuales del PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED con relación a los hechos vinculados a la Tercera Pretensión Principal."

4.2. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LAS PRETENSIONES:

- 4.2.1. EMSA señala que existió un retraso de diecinueve (19) días calendario por dicha parte al momento de efectuar el levantamiento de observaciones. Sin embargo, dicha parte indica que el PRONIED pretende imputarle un plazo mayor de cuarenta y cinco (45) días de retraso, lo cual es incorrecto.
- 4.2.2. EMSA indica que con fecha 13 de marzo de 2015, a través de la Carta N° 9128-C-EM-CL-014-15, comunicó el término de la fabricación de los trescientos quince (315) Kits de Infraestructura materia del CONTRATO, lo cual se estaba realizando dentro del plazo contractual y no fue cuestionado en ningún momento por el PRONIED.
- 4.2.3. La parte demandante indicó que la penalidad bajo ningún supuesto puede tener como concepto el retraso de la entrega de los bienes en este periodo, pues la cláusula Décima Tercera del contrato es muy clara en señalar que el PRONIED podrá aplicar penalidades: *"SI EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato (...)"* Como se podrá apreciar, esta penalidad está pensada en el supuesto que exista un retraso en los cien (100) días que se tiene como plazo contractual para fabricar los bienes, no obstante EMSA cumplió con entregar los bienes dentro del plazo contractual, el día 13 de marzo de 2015.
- 4.2.4. Sin embargo, de acuerdo a EMSA se dio la situación que estaba prevista en el Contrato en la Clausula Décima, es decir, que existan observaciones por parte del PRONIED. Es así que diez (10) días después de la referida comunicación, por medio del Oficio N° 331-2015-MINEDU/VMGI/PRONIED-OGA del 23 de marzo de 2015, el PRONIED efectúa una serie de observaciones y otorga un plazo de diez (10) días calendario para que estas sean subsanadas, plazo que vencía el 02 de abril de 2015.
- 4.2.5. EMSA señala que advirtió que no podría cumplir con absolver las observaciones en el plazo otorgado por el PRONIED. En consecuencia, mediante Carta N° 9128-C-EM-CL-019-15 del 14 de abril de 2015, EMSA informó que cumpliría con levantar las observaciones efectuadas el 21 de abril de 2015, es decir diecinueve (19) días posteriores a la fecha máxima indicada por el PRONIED, con lo cual aceptaba la penalidad que se le

impusiera por dicho lapso de tiempo, en virtud de lo estipulado en la Clausula Décima del Contrato.

- 4.2.6. EMSA indica que en su oportunidad, precisó cuáles eran las direcciones en donde se encontraban los componentes de los trescientos quince (315) Kits de Infraestructura, a fin que no se espere al levantamiento de observaciones, sino que se proceda con indicar el proceso de verificación de cantidades de los componentes a partir del 15 de abril de 2015, de tal manera que se concluya con la verificación del levantamiento de las observaciones efectuadas a las rampas de los Kits de Infraestructura el día del levantamiento de las observaciones.
- 4.2.7. Así, la parte demandante señala que con fecha 21 de abril de 2015, cumplió con el levantamiento de observaciones. Sin embargo, en vista que el PRONIED no daba inicio a la inspección de los bienes, EMSA indica que reiteró con fecha 27 de abril de 2015 que las observaciones ya habían sido levantadas.
- 4.2.8. Pese a lo expuesto, el PRONIED recién se apersonó a realizar la constatación respectiva el 22 de mayo de 2015, es decir, casi un mes después de la fecha en que EMSA había comunicado que las observaciones serían subsanadas.
- 4.2.9. EMSA señala que su contraparte le ha imputado un retraso de cuarenta y cinco (45) días calendario, de los cuales, diecinueve (19) han sido reconocidos por la demandantes. No obstante, EMSA desconoce el criterio tomado por PRONIED para imputar veintiséis (26) días adicionales a dicho plazo.
- 4.2.10. En este sentido, EMSA indica que el PRONIED ha considerado que la fecha máxima para la terminación del servicio sería el 07 de abril de 2015, teniendo en cuenta que el Contrato establecía un plazo de ciento quince (115) días calendario para el cumplimiento de la prestación, el cual finalizaba el 28 de marzo de 2015, y que existiría como máximo un plazo de diez (10) días adicionales para la subsanación de observaciones efectuadas.
- 4.2.11. Conforme a la Clausula Quinta del Contrato, el plazo contractual iniciaba al día siguiente de la suscripción del contrato, es decir el 4 de diciembre de 2014, siendo el plazo de ejecución de ciento quince (115) días calendario. En consecuencia, la fecha para el cumplimiento de la prestación del Contrato en relación a la fabricación de los bienes vencía el 13 de marzo de 2015 y el plazo total incluyendo la entrega vencía el 28 de marzo de 2015.

Lorena Suarez Alvarado – Árbitro Único

- 4.2.12. En efecto, el numeral 1.9 del Capítulo I de la Sección Específica de las Bases, establecía que la entrega de los bienes debía realizarse en un plazo de ciento quince (115) días calendario, dentro de los cuales los primeros cien (100) días estaban destinados a la fabricación de los mismos y los quince (15) días restantes debían utilizarse para el transporte y entrega a los Gobiernos Regionales.
- 4.2.13. Adicionalmente, el numeral 3.2 de la Sección General de las Bases, establecía que *„(...) el contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene. Dicha vigencia rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago correspondiente”*.
- 4.2.14. Ahora bien, cabe precisar que la Clausula Décima del contrato establecía que de existir observaciones al momento de la recepción de la prestación, estas se consignarán en el acta respectiva, dándose un plazo prudencial para su subsanación, el cual no podría ser mayor a diez (10) días calendario.
- 4.2.15. Adicionalmente, las Bases establecían que el responsable de otorgar la conformidad de la recepción de los bienes, debía hacerlo en un plazo que no debía exceder los diez (10) días calendario de ser estos recibidos.
- 4.2.16. En el presente caso, el PRONIED ha imputado a EMSA un retraso de cuarenta y cinco (45) días calendario, de los cuales, diecinueve (19) han sido reconocidos por EMSA, no obstante desconocemos cual ha sido el criterio del PRONIED para imputarnos veintiseis (26) días adicionales a dicho plazo. No obstante, trataremos de encontrar el razonamiento del PRONIED para llegar a los veintiseis (26) días adicionales.
- 4.2.17. Entendemos que el PRONIED ha considerado que la fecha máxima para la terminación del servicio sería el 7 de abril de 2015, teniendo en cuenta que el CONTRATO establecía un plazo de ciento quince (115) días calendario para el cumplimiento de la prestación, el cual finalizaba el 28 de marzo de 2015, y que existiría como máximo un plazo de diez (10) adicionales para la subsanación de observaciones efectuadas.
- 4.2.18. No obstante ello, a entender del PRONIED, el periodo de penalidad abarca desde el 13 de marzo de 2015, fecha en la EMSA refiere que cumplió con terminar la elaboración de los bienes; hasta el 27 de abril de 2015, fecha en la cual, EMSA supuestamente levanta las observaciones realizadas, en total: Cuarenta y cinco (45) días calendario .
- 4.2.19. Así, EMSA manifiesta que inició un procedimiento extrajudicial de conciliación ante el Centro de Conciliación Perú – Javier Prado, a fin de resolver la controversia referente al retraso realmente incurrido por EMSA, y a la devolución que le corresponde de la suma

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

retenida por concepto de penalidad más los intereses legales correspondientes. Sin embargo, no se llegó a un acuerdo, tal como se indica en el Acta de Conciliación N° 121-2015 de fecha 15 de julio de 2015;

4.2.20. Adicionalmente, EMSA señala que mediante Carta N° 9128-C-EM-CL-037-15 del 20 de julio de 2015, EMSA solicitó una ampliación de plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario, al haber incurrido en atraso en el incumplimiento del transporte y entrega de los kits de infraestructura por causa imputable al PRONIED, dado que no proporcionó las direcciones y los datos de los almacenes, así como tampoco la documentación para realizar dicho transporte. Asimismo, la parte demandante señala que solicitó el reconocimiento de los gastos generales ascendentes a la suma de S/. 676,845.00 (Seiscientos setenta y seis mil ochocientos cuarenta y cinco con 00/100 Soles);

4.2.21. Sin embargo, la parte demandante aclara que con fecha 05 de agosto de 2015, su contraparte remitió el Oficio N° S/N-2015-MINEDU/VMGI/PRONIED-OGA, a través del cual manifestó que EMSA habría incumplido con trasladar y hacer entrega de los bienes en los almacenes dentro del plazo previsto, razón por la cual, se emitió la Conformidad N° 171.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LA POSICIÓN DEL PRONIED.-

5.1. Se deja constancia, que mediante Resolución N° 02 de fecha 06 de junio de 2016, la Árbitro Único dispuso admitir a trámite la demanda arbitral, corriéndose traslado a la parte contraria, por veinte (20) días hábiles;

5.2. La indicada resolución fue notificada a LA DEMANDADA con fecha 09 de junio de 2016, procediéndose con la contestación de la demanda mediante escrito N° 02 presentado por la entidad el 08 de julio de 2016.

5.3. Siendo ello así, dentro del plazo previsto el PRONIED cumplió con contestar la demanda arbitral conforme a los siguientes argumentos:

5.4. FUNDAMENTOS DE HECHO DE LAS PRETENSIONES:

5.4.1. El PRONIED indica que respecto a la primera pretensión de la demanda, es preciso que se tenga presente, cuál fue el procedimiento contemplado en las Bases Integradas del Proceso de Selección para la adquisición de los bienes. Así, el plazo máximo para la

fabricación y embalaje de los bienes era de cien (100) días calendario, dentro de dicho plazo el contratista no solo debía cumplir con la fabricación y ensamblaje, sino también comunicar a la Oficina General de Administración que ya había cumplido con dicha etapa, a fin de que se le otorgue la conformidad técnica y se proceda con la segunda etapa correspondiente al transporte y entrega de bienes, lo que debía efectuarse en el plazo de quince (15) días calendario, computado desde el día siguiente de recibida la conformidad y la documentación requerida para el despacho.

5.4.2. La parte demandada señala que debe tenerse presente que de acuerdo a la Clausula Décima del Contrato, en caso de existir observaciones en la prestación, se otorgará al Contratista un plazo que no podrá ser menor de dos (02) días ni mayor de diez (10) días calendario para su subsanación. Y, en el supuesto que el Contratista no cumpla con subsanar las observaciones se podrá resolver el Contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

5.4.3. El PRONIED indica que a pedido del Comité de Recepción, el 11 de marzo de 2015, la Unidad Gerencial de Mobiliario y Equipamiento - PRONIED realizó una inspección técnica en la rampa de acceso instalada en el módulo prefabricado elaborado por la empresa EMSA en el local ubicado en la Av. Nicolás Dueñas - Lima Cercado, a fin de evaluar si la mencionada "rampa de acceso", cumple con lo regulado en el artículo 9 de la Norma Técnica A 120: "Accesibilidad para personas con discapacidad y de las personas adultas mayores", emitida por la Dirección Nacional de Urbanismo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. En dicha inspección, la Unidad Gerencial de Mobiliario y Equipamiento - PRONIED observó lo siguiente: *"La rampa e ingreso al módulo prefabricado elaborado por la empresa EMSA S.A. no cumple con la norma A 120, Capítulo II, condiciones Generales, punto e), ya que las aberturas de la malla metálica son demasiado grandes para el tránsito de alumnos del nivel primaria, profesores y padres de familia, no cumpliendo con las condiciones mínimas de seguridad para el ingreso o evacuación del módulo pre fabricado"*.

5.4.4. El PRONIED indica que el 13 de marzo de 2015, dos (02) días después de haberse realizado la inspección en el local de la Av. Dueñas, la empresa EMSA cursó la Carta 9128-C-EM-CL-014-15, mediante la cual, informó que había concluido con la fabricación de los bienes adquiridos y solicitó se emita la conformidad técnica para iniciar la distribución de dichos bienes. Asimismo, indicó que los 315 kits de Infraestructura estaban almacenados en las siguientes direcciones: i) Av. Dueñas N° 480 - Lima Cercado,

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

ii) Av. Los Duraznos N° 541 - San Juan de Lurigancho, iii) Av. El Sol N° 891 - San Juan de Lurigancho y, iv) Av. El Bosque N° 498 - Canto Grande - San Juan de Lurigancho.

5.4.5. La parte demandante señala que si bien el numeral VI de las Especificaciones Técnicas de las Bases Integradas (Página 42) se indicó que la entidad emitirá y notificará al Contratista la conformidad técnica respectiva así como la documentación requerida para su despacho, en un plazo máximo de diez (10) días calendarios, debe tenerse presente también que la Clausula Décima del Contrato estableció que la conformidad será otorgada por la Unidad Gerencial de Mobiliario y Equipamiento del PRONIED, siendo que de existir observaciones se consignará en el Acta respectiva y se otorgará al Contratista un plazo prudencial para su subsanación que no podrá ser mayor de dos (02) ni menor de diez (10) días calendario, de conformidad con lo establecido en el artículo 176° del Reglamento.

5.4.6. En este sentido, la demandada refiere que previo a otorgarse la conformidad, el área usuaria procedió a verificar el cumplimiento de lo dispuesto en las Bases, esto es que se haya cumplido con la fabricación de los bienes de acuerdo a las especificaciones técnicas y que también hayan embalado.

5.4.7. En este sentido, el PRONIED indica que con fecha 20 de marzo de 2015, realizó la visita en los 4 almacenes proporcionados por el contratista en su Carta N° 9128-C-EM-CL-014-15 del 13 de marzo de 2013. De dicha inspección, se observó que la empresa EMSA no contaba con la totalidad de los 315 Kits de infraestructura y tampoco con el mobiliario correspondiente, ello se desprende del Informe N° 518-2015-MINEDU/VMGI/PRONIED/OGA-UA de fecha 23 de marzo de 2015. En este sentido, se aprecia que la parte demandante no tenía los módulos completos y mucho menos embalados, pese a haberse estipulado así en las bases integradas.

5.4.8. PRONIED señala que el 23 de marzo de 2015, a los diez (10) días de que EMSA comunicó haber cumplido con la fabricación de los bienes, se le notificó el Oficio N° 331-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-OGA, con el cual se le puso en conocimiento las observaciones que se sustentaron en el Memorandum N° 002-2015-ME/VMGI-PRONIED-COMITE RECEPCIÓN -LO 36-2014 y el Informe N° 014-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGME-JOJQ, a fin de que las subsane en el plazo de diez (10) días calendario, plazo que venció el 02 de abril de 2015.

5.4.9. La parte demandada señala el 01 de abril de 2015, un día antes del vencimiento del plazo otorgado a EMSA S.A. para que subsane las observaciones, ésta presentó a PRONIED la Carta N° 9128-C-EM-CL-018-15, mediante la cual solicitó una ampliación de plazo hasta el 21 de abril de 2015, esto es un adicional de 19 días calendario. El sustento de EMSA S.A. en dicha carta fue que su subcontratista por razones de fuerza mayor concluirá la modificación de la rampa recién el 21 de abril de 2015.

5.4.10. Al respecto, el PRONIED señala que no amparó dicho pedido, toda vez que el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, claramente establece que el plazo para la subsanación es no mayor de diez (10) días calendario; asimismo, se observó que la persona que suscribió la solicitud de ampliación de plazo no fue el representante de EMSA S.A. y que la observación formulada al Contratista se debió al incumplimiento de la Norma A 120- Capítulo II - Condiciones Generales - literal e), ello se desprende del Memorandum N° 004-2015-ME/VMGI-PRONIED-COMITÉ RECEPCIÓN.

5.4.11. Adicionalmente, el PRONIED indica que debe tenerse presente que la razón que sustenta el pedido de ampliación de plazo del Contratista, esto es la subcontratación de las prestaciones a cargo del Contratista, las Bases deben autorizarlo. En este caso, la empresa EMSA S.A. no solicitó autorización a la entidad para la subcontratación, y siendo que dicho motivo fue el sustento de su solicitud de ampliación de plazo para el levantamiento de las observaciones, la misma deviene a todas luces en improcedente.

5.4.12. La parte demandada indica además, que recién el 27 de abril de 2015 su contraparte comunicó que había concluido con el levantamiento de observaciones efectuados por el Comité de Recepción. Asimismo, el 13 de mayo de 2015, la parte demandante remitió la Carta N° 3128-C-EM-CL-024-15, complementaria a la Carta del 27 de abril de 2015, mediante la cual sustentó el levantamiento de las observaciones.

5.4.13. Asimismo, se señala que posteriormente se emitió la conformidad técnica N° 71, por la fabricación y embalaje de los bienes. Así en dicho documento, se dejó constancia que EMSA S.A. había incurrido en 45 días calendario de retraso (desde el 13 de marzo de 2015 al 27 de abril de 2015), es por ello que se aplicó la penalidad que ascendió a la suma de S/. 2'435,986.50 (Dos millones cuatrocientos treinta y cinco mil novecientos ochenta y seis con 50/100 Soles).

5.4.14. El PRONIED indica que las Bases Integradas son claras al señalar que la fabricación y embalaje de los bienes deberían estar listos en cien (100) días calendario, esto es el 13 de

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

marzo de 2015. Sin embargo, precisa dicha parte, que conforme al Informe N° 518-2015-MINEDU/VMGI/PRONIED/OGA-UA de fecha 23 de marzo de 2015, demostramos que de la Inspección realizada el 20 de marzo de 2015, esto es después de haber finalizado el plazo máximo para la fabricación y embalaje de los Kits de Infraestructura, estos no se encontraban fabricados en su totalidad ni embalados. Por lo que se concluye, que el contratista no cumplió con entregar los bienes fabricados embalados dentro del plazo máximo previsto.

5.4.15. Siendo ello así, la parte demandada señala que existe un retraso que se computa desde el día 14 de marzo de 2015 hasta el día 27 de abril de 2015, pues fue en ésta última fecha que el Contratista comunicó el levantamiento de observaciones, por ende habían transcurrido cuarenta y cinco (45) días calendario para recién tener los 315 Kits de Infraestructura totalmente fabricados y embalados, cuando ello debió cumplirse el 13 de marzo de 2015.

6. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.-

- 6.1. Mediante Resolución N° 07 de fecha 26 de agosto de 2016, la Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 12 de septiembre de 2016.
- 6.2. El 12 de mayo de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, con la asistencia de la Árbitro Único, así como de los representantes de cada una de las partes.
- 6.3. En esta Audiencia se realizaron los siguientes actos:
 - **SANEAMIENTO:** La Árbitro Único procedió a verificar la capacidad y legitimidad de las partes, para el desarrollo del proceso, declarando saneado el proceso arbitral.
 - **CONCILIACIÓN:** La Árbitro Único inició el diálogo entre las partes, a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. No obstante ello, los representantes de éstas expresaron que no resultaba posible arribar a una conciliación por ahora y que el proceso debía seguir su trámite.

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

- **PUNTOS CONTROVERTIDOS:** La Árbitro Único, teniendo en cuenta las propuestas presentadas por ambas partes, procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

"DE LA DEMANDA:

Primera Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único declare que el retraso incurrido por EMSA S.A. para el levantamiento de observaciones efectuadas por el PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED - UE 108 corresponde a diecinueve (19) días calendario y no cuarenta y cinco (45) días calendario.

Segunda Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único ordene al PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED - UE 108 dejar sin efecto parcialmente la penalidad impuesta por dicha entidad, reduciéndola a 1'609,869.34 (Un millón seiscientos nueve mil ochocientos sesenta y nueve con 34/100 Soles); y en consecuencia, determinar si corresponde ordenar a la Entidad reintegrar a la empresa EMSA S.A. la suma ascendente a S/. 826,117.16 (Ochocientos veintiséis mil ciento diecisiete con 16/100 Soles), por concepto de penalidad que fue descontado de la Factura N° 001-005895 de fecha 28 de mayo de 2015, más los intereses legales correspondientes.

Tercera Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único reconozca a favor de la empresa EMSA S.A. la solicitud de ampliación de plazo por treinta y cinco (35) días calendario, por concepto de retraso por parte del PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED - UE 108 en proporcionar las direcciones de los almacenes de la Regiones y nombres de los responsables de los Gobiernos Regionales para iniciar el transporte y entrega de bienes.

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal

En caso se reconozca a favor de la empresa EMSA S.A. la ampliación de plazo por treinta y cinco (35) días calendario, determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único ordene al PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED - UE 108 pagar a su contraparte la suma de S/. 526,435.00 (Quinientos veintiséis mil cuatrocientos treinta y cinco con 00/100 Soles) por conceptos de Gastos Generales, más el IGV y los intereses legales correspondientes.

Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único ordene al PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED - UE 108 pague a favor de su contraparte la suma de S/. 526,435.00 (Quinientos veintiséis mil cuatrocientos treinta y cinco con 00/100 Soles) y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de indemnización por daños y perjuicios, respecto a los supuestos perjuicios ocasionados por los incumplimientos contractuales de la entidad.

COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO ARBITRAL

Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único ordene a que parte corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral."

- **ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:** La Árbitro Único, teniendo en cuenta los medios probatorios ofrecidos tanto por la parte demandante como por la parte demandada procedió a la admisión de estos de la siguiente manera:
" (...)

- **De la parte demandante:**

Demanda

El mérito de los documentos descritos en los acápites que van del Anexo 1-A al Anexo 1-Q de la sección denominada "VIII. Medios Probatorios - Anexos" del escrito de demanda presentado por la empresa EMSA S.A. el 31 de mayo de 2016.

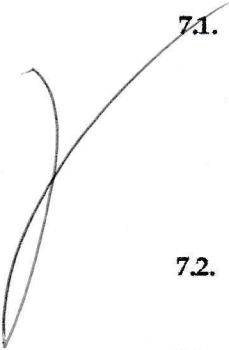
Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

- De la parte demandada:

Contestación de Demanda

El mérito de los documentos descritos en los acápites que van del numeral a) al r) de la sección denominada "X. MEDIOS PROBATORIOS" del escrito de demanda presentado por el PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED - UE 108 el 08 de julio de 2016."

7. ALEGATOS FINALES Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES.-

- 
- 7.1. Durante la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios celebrada el 12 de septiembre de 2016, la Árbitro Único declaró la conclusión de la etapa de actuación de medios probatorios, otorgando a las partes intervinientes un plazo de diez (10) días hábiles, para que presenten sus alegatos escritos.
 - 7.2. Así, con fecha 23 y 26 de septiembre de 2016 las partes cumplieron con presentar por escrito sus informes orales.
 - 7.3. A través de la Resolución N° 11 de fecha 02 d noviembre de 2016, la Árbitro Único dispuso citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales, la misma que se celebró el día 29 de noviembre de 2016, con la participación de ambas partes.

8. ANÁLISIS.-

La Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente Laudo Arbitral de Derecho ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado; por lo que, la Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio de la Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

La Árbitro Único deja establecido que, una vez fijados los puntos controvertidos, se reserva el derecho a analizarlos en el orden que considere más conveniente. Asimismo, la Árbitro Único deja indicado que, en el caso de llegar a la conclusión que a los efectos de resolver la presente controversia, careciese de objeto pronunciarse sobre alguno de los puntos controvertidos previamente establecidos, porque guardan vinculación con los puntos controvertidos resueltos, podrá omitir su pronunciamiento sobre aquellos expresando las razones de dicha omisión.

Asimismo, la Árbitro Único deja constancia de que las premisas señaladas como puntos controvertidos son meramente referenciales, por lo que la Árbitro Único podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

8.1. DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA ARBITRAL:

"Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único declare que el retraso incurrido por EMSA S.A. para el levantamiento de observaciones efectuadas por el PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED - UE 108 corresponde a diecinueve (19) días calendario y no a cuarenta y cinco (45) días calendario."

8.1.1. Atendiendo al contenido de la pretensión, es preciso analizar las condiciones y plazos estipulados en el Contrato N° 046-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED (en adelante, EL CONTRATO).

8.1.2. Al respecto, se aprecia de la revisión de las Bases Integradas que en el punto 1.9 del Capítulo I - Generalidades, lo siguiente:

"El plazo de entrega de bienes será de ciento quince (115) días calendario, el cual se contabilizará a partir del siguiente día de suscrito del contrato. Este plazo contempla la adquisición y entrega a los almacenes de los Gobiernos Regionales de Huancavelica, Cusco, Ayacucho y Apurímac, según el siguiente detalle:

100 DIAS CALENDARIOS (MAXIMO)	FABRICACION Y EMBALAJE DE LOS BIENES
----------------------------------	--------------------------------------

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

15 DIAS CALENDARIOS (MAXIMO)	TRANSPORTE Y ENTREGA EN ALMACENES DE GOBIERNOS REGIONALES DE HUANCAMELICA, CUSCO, AYACUCHO Y APURIMAC
---------------------------------	---

El contratista comunicará a la entidad el término de la fabricación de los bienes mediante carta dirigida a la Oficina General de Administración, dentro de los plazos establecidos (100) días calendarios máximo, y solicitará la conformidad técnica para su posterior distribución.

La Entidad emitirá y notificará al contratista la conformidad técnica respectiva así como la documentación requerida para su despacho, en un plazo máximo de 10 días calendarios, los cuales no serán contabilizados como parte del plazo de entrega con el que cuenta el contratista.

El plazo para el transporte y entrega de los bienes (15 días calendarios máximo) a los almacenes respectivos el cual contará a partir del día siguiente de recibida dicha conformidad Técnica y la documentación requerida para su despacho.

El contratista acreditará la entrega de los bienes en los almacenes señalados mediante el Pedido de Comprobante de Salida -PECOSA, único documento que acredita la recepción de los bienes por la institución educativa, el cual deberá estar suscrito, firmado y sellado por el Director Regional de Educación respectivo que recibe los bienes; quien deberá dar fe de lo recibido, consignado en cada documentación su firma, post firma, sello y fecha de recepción."

- 8.1.3. Conforme a lo previsto en el CONTRATO, de acuerdo a lo acordado en la Clausula Quinta: "El plazo de ejecución del presente contrato es de Ciento Quince (115) días calendarios el mismo que se computa desde el día siguiente de suscrito el contrato. Este plazo contempla la adquisición y entrega en los almacenes de los Gobiernos Regionales; y cumpliendo con las condiciones previstas en el Numeral 1.9 del Capítulo I de la Sección Específica de las Bases."
- 8.1.4. De acuerdo a lo expuesto, es preciso advertir que el CONTRATO fue suscrito por las partes el 03 de diciembre de 2014, iniciándose el plazo contractual el 04 de diciembre de dicho año.
- 8.1.5. En este orden de ideas, el plazo de cien (100) días calendario para la fabricación y embalaje de los bienes venció el 13 de marzo de 2015, fecha en la que la empresa EMSA S.A. comunicó a la entidad la conclusión de la fabricación de los bienes mediante Carta N° 9128-C-EM-CL-014-15.
- 8.1.6. Al respecto, es preciso señalar que de la revisión de los medios probatorios remitidos por ambas partes, se aprecia que la empresa EMSA el 23 de marzo de 2015, es notificada con el Oficio N° 331-2015-MINEDU/VMGI/PRONIED-OGA, en mérito del

Lorena Suarez Alvarado – Árbitro Único

cual, PRONIED comunica las observaciones que debían ser subsanadas en el plazo de diez (10) días hábiles calendario, el mismo que vencía el 02 de abril de 2015.

- 8.1.7. Así, mediante Carta N° 9128-C-EM-CL-019-15 emitida por la empresa EMSA de fecha 01 de abril de 2015, dicha parte solicita al PRONIED una ampliación de plazo hasta el 21 de abril de 2015, para la subsanación de las observaciones;
- 8.1.8. Al respecto, es preciso indicar que conforme a la Decima Sexta Cláusula del CONTRATO, son de aplicación directa en la ejecución del proceso de selección que nos ocupa lo previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Así es aplicable al presente proceso las disposiciones contenidas en el artículo 176° del Reglamento, el mismo que respecto a las observaciones que se realicen a la entrega de bienes o servicios, procederá lo siguiente: *"(...) De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan. Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan (...)"*
- 8.1.9. Siendo ello así, se aprecia que la ampliación del plazo previsto para subsanar las observaciones, no se encuentra debidamente normado, quedando abierta la posibilidad de que el PRONIED resuelva el CONTRATO, en vista de la demora incurrida por su contraparte.
- 8.1.10. No obstante, dicha resolución de CONTRATO no se produjo, motivo por el cual con fecha 27 de abril de 2015, la empresa EMSA comunicó la conclusión del levantamiento de las observaciones efectuadas por el Comité de Recepción y solicita disponer la constatación respectiva y emitir la conformidad técnica correspondiente, a fin de iniciar el transporte a las cuatro regiones.
- 8.1.11. En este sentido con fecha 22 de mayo de 2015 se suscribió el Acta de Verificación del Levantamiento de Observaciones y del Otorgamiento de la Conformidad Técnica, en mérito del cual se dio por levantadas las observaciones realizadas y se otorgó la conformidad técnica a los 315 Kits de infraestructura.

Lorena Suarez Alvarado – Árbitro Único

- 8.1.12. Así, con Oficio N° 944-2015-MINEDU/VMGI/PRONIED-OGA de fecha de recepción 07 de julio de 2015, el PRONIED remitió a su contraparte las direcciones de los almacenes de las Regiones de Cusco, Ayacucho, Apurímac y Huancavelica, a fin de que se cumpla con el envío de los kits de infraestructura.
- 8.1.13. Al respecto, mediante Conformidad N° 171 el PRONIED emitió la conformidad del traslado y distribución de los 315 kits de infraestructura a sus lugares de destino dentro del plazo previsto.
- 8.1.14. De lo señalado por la parte demandada sobre la pretensión materia de análisis, es preciso indicar que si bien las Bases Integradas establecieron que el Contrato consistía en cumplir 2 etapas: a) Fabricación y Embalaje y b) Transporte y entrega de los bienes, para lo cual existían plazos definidos, esto no implica la culminación de dichas etapas en forma anticipada, debiendo levantarse las observaciones en el plazo máximo del Contrato.
- 8.1.15. En este orden de ideas, es preciso indicar que no es posible computar el plazo para el levantamiento de observaciones, como parte de la demora incurrida por el Contratista, ni tampoco el plazo contenido entre la comunicación de la conclusión de la fabricación de los 315 kits de infraestructura (Carta N° 9128-C.EM-CL-014-15), y la comunicación de las observaciones realizadas por la entidad (Oficio N° 331-2015-MINEDU/VMGI/PRONIED-OGA), periodo que asciende a un total de diez (10) días calendario.
- 8.1.16. Siendo ello así, a criterio de la Árbitro Único existe una demora correspondiente al levantamiento de observaciones por veinticinco (25) días calendario, periodo que se contabiliza a partir del 02 de abril de 2015 hasta el 27 de abril de 2015, plazo en que se comunica el levantamiento de las observaciones realizadas por la Entidad.
- 8.1.17. Al respecto, es adecuado precisar que de acuerdo a la parte demandante, el retraso solo asciende a diecinueve (19) días calendario, no obstante de la documentación que obra en el expediente arbitral, con Carta N° 9128-C-EM-CL-021-15 recepcionada el 27 de abril de 2015, se advierte que es en dicha fecha en la que la empresa EMSA comunicó la conclusión del levantamiento de las observaciones formuladas por su contraparte. Tal es así, que en dicha carta no se hace referencia a que las observaciones habían sido ya subsanadas el 21 de abril de 2015, como lo indicó la parte demandante.

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

- 8.1.18. Al respecto, corresponde señalar que si bien EMSA comunicó con Carta N° 9128-C-EM-CL-019-15 recepcionada el 14 de abril de 2015, que concluiría con el levantamiento de observaciones el 21 de abril de 2015, es recién mediante la comunicación de fecha 27 de abril de 2015, que notificó la conclusión efectiva del levantamiento de estas, y tal como se ha mencionado en el punto precedente, no se hizo referencia a que ya habían subsanado las observaciones el 21 de abril de 2015..
- 8.1.19. En este sentido, no es atendible lo señalado por la empresa EMSA, pues no solo se trata de emitir un aviso sobre la conclusión del levantamiento de observaciones, sino que, sino que en la fecha prevista, esto es el 21 de abril de 2015, dicha parte debió dejar alguna constancia y o reiterar dicho levantamiento, quedando pues como fecha de conclusión efectiva el 27 de abril de 2015.,.
- 8.1.20. En este orden de ideas, el retraso en el levantamiento de observaciones corresponde al plazo de veinticinco (25) días calendario, y no a diecinueve días (19) días calendario que indica la parte de demandante.
- 8.1.21. Siendo ello así, la Árbitro Único estima conveniente declarar fundada en parte la primera pretensión principal de la demanda arbitral, conforme a lo considerandos expuestos en el presente punto, siendo preciso determinar que el retraso incurrido por la empresa EMSA corresponde a veinticinco (25) días calendario.

8.2. DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA ARBITRAL:

"Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único ordene al PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED - UE 108 dejar sin efecto parcialmente la penalidad impuesta por dicha entidad, reduciéndola a 1'609,869.34 (Un millón seiscientos nueve mil ochocientos sesenta y nueve con 34/100 Soles); y en consecuencia, determinar si corresponde ordenar a la Entidad reintegrar a la empresa EMSA S.A. la suma ascendente a S/. 826,117.16 (Ochocientos veintiséis mil ciento diecisiete con 16/100 Soles), por concepto de penalidad que fue descontado de la Factura N° 001-005895 de fecha 28 de mayo de 2015, más los intereses legales correspondientes."

Lorena Suarez Alvarado – Árbitro Único

- 8.2.1. Al respecto, de la revisión del presente punto controvertido, es preciso señalar que este versa sobre la penalidad aplicada a la empresa EMSA, debido al retraso del levantamiento de las observaciones realizadas por el PRONIED.
- 8.2.2. Siendo ello así, es preciso señalar que conforme a lo acordado en la Clausula Décima Tercera del CONTRATO, *"Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por el monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto del ítem que debió ejecutarse en concordancia con el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."*
- 8.2.3. En primer lugar, debe indicarse que entre las penalidades que una Entidad le puede aplicar a un Contratista, se encuentra la penalidad por mora, regulada en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado. Al respecto, el primer párrafo del referido artículo establece que *"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."*
- 8.2.4. Al respecto, debemos indicar que la penalidad por mora es aquella convención de carácter accesorio añadida a la obligación principal, que se integra por la promesa de realizar una prestación ordinariamente pecuniaria y que se establece en caso de que una de las partes no cumpla lo prometido¹. Conforme a lo señalado en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la entidad deberá aplicar 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.
- 8.2.5. Conforme a lo señalado en la presente decisión, conforme a la Decima Sexta Cláusula del CONTRATO, son de aplicación directa en la ejecución del proceso de selección que nos ocupa lo previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Así es aplicable al presente proceso las disposiciones contenidas en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que respecto a las

¹ KEMELMAJER DE CARDUCCI, Aida; "Contratos: Teoría general, principios y tendencias"; Editorial Ibañez; Segunda Edición; Buenos Aires; 2011; p. 328

observaciones que se realicen a la entrega de bienes o servicios, procederá lo siguiente:

"(...) De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan. Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan (...)"

- 8.2.6. En este sentido, al no haberse emitido pronunciamiento sobre la ampliación de plazo solicitada para el levantamiento de observaciones, y al no haberse resuelto el contrato por parte del PRONIED, existe un retraso que debe ser penalizado conforme a la Décima Cláusula del CONTRATO.
- 8.2.7. En este orden de ideas, tal como se ha señalado en el análisis del primer punto controvertido, se ha determinado que existió un retraso atribuible al Contratista ascendente a veinticinco (25) días calendario, plazo al que es necesario aplicar una penalidad por cada día de atraso, hasta por el monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente;
- 8.2.8. Teniendo en cuenta que la penalidad diaria equivale a la suma de S/. 84, 729.96 (Ochenta y cuatro mil setecientos veintinueve con 96/100 Soles), la penalidad incurrida por EMSA equivaldría a la suma de S/. 2'118,249.00 (Dos millones ciento dieciocho mil doscientos cuarenta y nueve con 00/100 Soles), monto que resulta de la multiplicación del monto diario de penalidad por los veinticinco (25) días calendario de atraso.
- 8.2.9. De la revisión del expediente arbitral, se observa que la penalidad aplicada por PRONIED ascendió a la suma de S/. 2'435,986.50 (Dos millones cuatrocientos treinta y cinco mil novecientos ochenta y seis con 50/100 soles), siendo necesario luego del cálculo realizado por esta Árbitro Único, que dicha parte reintegre a su contraparte la suma de S/. 317,737.50 (Trescientos diecisiete mil setecientos treinta y siete con 50/100 Soles).
- 8.2.10. En base a lo expuesto, la Árbitro Único estima conveniente declarar fundada en parte la segunda pretensión principal, debiendo ordenarse al PRONIED la devolución de la

suma de S/. 317,737.50 (Trescientos diecisiete mil setecientos treinta y siete con 50/100 Soles) más los intereses legales correspondientes.

8.3. DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.

"Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único reconozca a favor de la empresa EMSA S.A. la solicitud de ampliación de plazo por treinta y cinco (35) días calendario, por concepto de retraso por parte del PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED - UE 108 en proporcionar las direcciones de los almacenes de la Regiones y nombres de los responsables de los Gobiernos Regionales para iniciar el transporte y entrega de bienes."

8.3.1. En este punto, es preciso señalar que de acuerdo a lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, se reconoce el derecho del contratista a solicitar la ampliación del plazo pactado cuando se verificaban situaciones ajenas a su voluntad que determinaban atrasos y/o paralizaciones, debidamente comprobados y que modificaran el cronograma contractual.

8.3.2. Por su parte, el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado establece las causales que, de verificarse, autorizan al contratista a solicitar la ampliación del plazo en los contratos de bienes y servicios, así como el procedimiento que debía observarse para la aprobación de la ampliación.

8.3.3. En efecto, el primer párrafo del referido artículo establecía las siguientes causales para la procedencia de una ampliación del plazo contractual:

"(...)

- 1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte 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".*

8.3.4. Adicionalmente, el segundo y tercer párrafos del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado detallaban el procedimiento de solicitud y aprobación de una ampliación de plazo, conforme a lo siguiente:

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

"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."

8.3.5. De conformidad con lo expuesto, si bien correspondía al contratista probar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor al presentar su solicitud de ampliación de plazo, correspondía a la Entidad determinar la procedencia de dicha ampliación, debiendo, para ello, analizar si la solicitud de ampliación se amparaba en un hecho o evento extraordinario, imprevisible e irresistible, no imputable al contratista y que impedía la ejecución de la obligación o determinaba su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

8.3.6. En este punto, debe señalarse que, en el supuesto que la Entidad aprobara la ampliación de plazo, debía reconocer los gastos generales debidamente acreditados. Por el contrario, en caso que la Entidad no aprobara la ampliación de plazo, podía generarse un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, correspondiendo, de ser el caso, la aplicación de la penalidad por mora, de conformidad con el artículo 165° del Reglamento.

8.3.7. En consecuencia, es competencia de la Árbitro Único determinar si corresponde la aprobación de una ampliación de plazo contractual por retraso atribuible al PRONIED.

8.3.8. Atendiendo a los documentos que obran en el expediente arbitral se advierte que el plazo para la entrega de los bienes era de quince (15) días calendario, computados desde el día siguiente de recibida la conformidad y la documentación requerida para el despacho a los Gobiernos Regionales. No obstante, lo expuesto, se aprecia que la conformidad técnica y las direcciones de los almacenes de las cuatro regiones, fueron entregados a la empresa EMSA en fechas distintas. Así, se advierte que la Conformidad Técnica se emitió el 22 de mayo de 2015 y la remisión de las direcciones se efectuó el 06 de julio de 2015, cuarenta y cinco (45) días calendario después, pese a que conforme a lo señalado en el punto 1.9 del Capítulo I de las Bases del Proceso de Selección, la entidad tenía un plazo de diez (10) días calendario para la remisión de la documentación y datos necesarios.

8.3.9. De la revisión de lo señalado por las partes, y específicamente por la parte demandada, la entrega de los bienes debía efectuarse una vez se cumpla con la emisión de la conformidad y la remisión de los datos para la entrega de los bienes, siendo ello así, se aprecia que existe una demora injustificada por parte de la Entidad, en la remisión de las

Lorena Suarez Alvarado – Árbitro Único

direcciones de los locales de los Gobiernos Regionales, no pudiendo efectuarse la entrega de los bienes dentro del plazo previsto por la parte demandante.

8.3.10. Conforme al procedimiento dispuesto en el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dentro del plazo previsto, EMSA cumplió con solicitar la ampliación de plazo correspondiente, debido a la demora generada por la Entidad.

8.3.11. Sobre el particular, es preciso señalar que, no existe en el expediente, fundamentación alguna que exonere al PRONIED de la responsabilidad en la demora de la remisión de las direcciones antes mencionadas.

8.3.12. Siendo ello así, es preciso señalar que, de conformidad con el numeral 41.6 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones con el Estado, el contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.² Al respecto, el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, además de regular el procedimiento que debe seguir el contratista para solicitar una ampliación de plazo, establece las causales específicas que, de verificarse, lo autorizan a solicitar la ampliación del plazo en los contratos de bienes y servicios, observándose que estas también se originan por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad.

8.3.13. Atendiendo a lo expuesto en el análisis del punto controvertido anterior, es preciso señalar que existe un retraso por parte de la Entidad por treinta y cinco (35) días calendarios, contabilizados a partir del vencimiento de diez (10) días calendarios previstos para la remisión de las direcciones correspondientes.

8.3.14. En este sentido, pese a lo señalado por el PRONIED, pese a ser un Proceso de Selección a Suma Alzada, corresponde declarar fundada la tercera pretensión principal, debiendo reconocer la ampliación de plazo por treinta y cinco (35) días calendario, por retraso atribuible a su contraparte.

8.4. DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.

“En caso se reconozca a favor de la empresa EMSA S.A. la ampliación de plazo por treinta y cinco (35) días calendario, determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único ordene al

² OPINION 149-15-PRE

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED - UE 108 pagar a su contraparte la suma de S/. 526,435.00 (Quinientos veintiséis mil cuatrocientos treinta y cinco con 00/100 Soles) por conceptos de Gastos Generales, más el IGV y los intereses legales correspondientes."

- 8.4.1. Al respecto, la Árbitro Único estima conveniente señalar que la presente pretensión, corresponde a una pretensión accesorio, las cuales se formulan cuando entre las pretensiones presentadas en la demanda, se advierte que una de ellas tiene la calidad de principal y las otras son pretensiones que dependen de la propuesta como principal, y por esta razón toman el nombre de accesorias, hay una relación y existe conexidad, que en doctrina se conoce también con el nombre de conexión impropia, es decir, deben existir elementos fines entre pretensiones distintas; y no la conexión propia presente entre pretensiones que derivan del mismo título o causa³. Este tipo de acumulación objetiva originaria permite que se puedan presentar otras pretensiones que van a ser analizadas.
- 8.4.2. Habiéndose declarado fundada la tercera pretensión principal, es necesario analizar si corresponde ordenar al PRONIED el pago de la suma de S/. 526,435.00 por el concepto de gastos generales, derivados de la ampliación de plazo formulada por la empresa EMSA.
- 8.4.3. Respecto a los gastos generales debe indicarse que el numeral 41.6 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones con el Estado establece que *"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."*
- 8.4.4. De esta manera, el artículo citado otorga al contratista el derecho a solicitar la ampliación del plazo contractual por atrasos o paralizaciones originados por causas ajenas a su voluntad, con la finalidad de equilibrar o mantener las condiciones inicialmente pactadas.

³ Artículo 87.-Acumulación objetiva originaria

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás. Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante. Si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento procesal. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda."

- 8.4.5. Adicionalmente, debe señalarse que el penúltimo párrafo del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado precisa que *"Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados."* Así, el citado dispositivo establece el pago de gastos generales debidamente acreditados como consecuencia económica de la ampliación de plazo de un contrato de bienes o servicios.
- 8.4.6. En este orden de ideas el numeral 27 del Anexo Único de definiciones del Reglamento, señala que gastos generales son aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial. Así, se entiende que los gastos generales son aquellos que realiza un contratista para seguir operando, es decir, son los costos indirectos en contraposición a los costos directos que corresponden al propio bien o servicio⁴.
- 8.4.7. En este punto, se debe precisar que como consecuencia de la ampliación de plazo de un contrato de bienes, por causas no atribuibles al contratista, las prestaciones se ejecutarán en un plazo mayor al establecido inicialmente, por tanto, resulta razonable que, conforme lo indica el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad pague al contratista los costos indirectos que se deriven de la extensión o dilatación de la ejecución de las prestaciones pactadas⁵.
- 8.4.8. De esta manera, cuando se aprueba la ampliación de plazo en los contratos suscritos para la adquisición de bienes, la normativa de contrataciones del Estado reconoce el pago de los gastos generales debidamente acreditados, entendiéndose que estos últimos se encuentran referidos a gastos derivados de la actividad empresarial del contratista y por tanto constituyen costos que no corresponden al propio bien.
- 8.4.9. Sobre el particular, es adecuado resaltar que de acuerdo a diversos pronunciamientos del OSCE, los gastos generales se acreditan con la presentación de documentos que demuestran, fehacientemente, que el contratista incurrió en estos como consecuencia de la ampliación de plazo.

⁴ OPINIÓN N° 028-2015/DTN

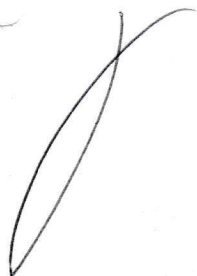
⁵ A diferencia de los adicionales, en los cuales para alcanzar la finalidad del contrato es necesario ejecutar mayores prestaciones a las originalmente pactadas; la ampliación de plazo implica la ejecución de las prestaciones pactadas en un inicio pero en un plazo mayor de tiempo.

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

- 8.4.10. Siendo ello así, y a pesar de que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto el procedimiento para el pago de gastos generales cuando se amplíe el plazo en los contratos de bienes, se establece únicamente que el contratista se encuentra en la obligación de probar el haber realizado estos gastos, con el fin de solicitar su reconocimiento y pago a la Entidad.
- 8.4.11. De la revisión de los actuados, se aprecia que la empresa EMSA valoriza dichos Gastos Generales en la suma de S/. 526,435.00 (Quinientos veintiséis mil cuatrocientos treinta y cinco con 00/100 Soles). No obstante la Liquidación que obra como Anexo 1-Q de la demanda, hace referencia a "Gastos Variables" los cuales, corresponden a gastos generales que se determinan en un contrato de Obra, y no en un contrato de Servicios o de Bienes.
- 8.4.12. Al respecto, el artículo 202° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado señala que el reconocimiento de mayores gastos generales variables es un efecto de la ampliación del plazo contractual en la ejecución de obras, precisando que "Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra." (El subrayado es agregado).
- 8.4.13. En este sentido, el reconocimiento de mayores gastos generales variables es una figura que se encuentra prevista para los contratos de ejecución de obras, más no, para el caso de los contratos de bienes o servicios, en los que la Entidad únicamente deberá pagar los gastos generales acreditados con la presentación de documentos que demuestren que el contratista incurrió en estos como consecuencia de la ampliación de plazo.
- 8.4.14. Siendo ello así, de la revisión de los documentos presentados por la empresa EMSA anexos a la liquidación realizada por dicha parte, se aprecia que los gastos realizados por dicha empresa durante el plazo de treinta y cinco (35) días calendario, asciende a la suma de S/. 382,421.61 (Trescientos ochenta y dos mil cuatrocientos veintiuno con 61/100 Soles).
- 8.4.15. En este punto es preciso señalar, que tanto la liquidación realizada por EMSA, como los documentos que la sustentan, no han sido materia de cuestión probatoria alguna, por parte de la Entidad, siendo elementos válidos para la determinación de Gastos Generales.

8.4.16. En este sentido, a criterio de la Árbitro Único, corresponde declarar fundada en parte la pretensión accesoria a la tercera pretensión principal de la demanda, debiendo ordenar al PRONIED el pago a favor de EMSA de la suma de S/. 382,421.61 (Trescientos ochenta y dos mil cuatrocientos veintiuno con 61/100 Soles).

8.5. DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.



"Determinar si corresponde o no, que la Árbitro Único ordene al PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED - UE 108 pague a favor de su contraparte la suma de S/. 526,435.00 (Quinientos veintiséis mil cuatrocientos treinta y cinco con 00/100 Soles) y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de indemnización por daños y perjuicios, respecto a los supuestos perjuicios ocasionados por los incumplimientos contractuales de la entidad.

8.5.1. En este punto, la Árbitro Único estima conveniente señalar que, existe acumulación subordinada, cuando entre las pretensiones presentadas en la demanda hay una relación de dependencia; es decir una es principal y la otra subordinada a aquella. De tal modo, que la subordinada queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada⁶.

8.5.2. Al respecto, es preciso señalar que la eventualidad a la que se refiere el Código Procesal Civil, significa que en caso la propuesta principal sea desestimada, debe haber pronunciamiento sobre la pretensión subordinada⁷, y de igual forma, en caso de ampararse la pretensión principal, no deberá haber pronunciamiento sobre la subordinada, de ahí que la calidad de subordinada de una pretensión deba ser declarada por la parte que la propone.

8.5.3. Siendo ello así, al haberse declarado fundada la tercera pretensión, carece de objeto procesal emitir pronunciamiento sobre la pretensión subordinada.

⁶ Artículo 87 del Código Procesal Civil.- Acumulación objetiva originaria.

⁷ CASACIÓN N° 272-98-LIMA

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

8.6. DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL:

- 8.6.1. Sobre este punto, es necesario tener presente que en cuanto a las costas y costos, los artículos 56°, 69°, 70° y 73° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral.
- 8.6.2. En este sentido, la Árbitro Único ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han cumplido con efectuar el pago y/o cancelación de los gastos arbitrales que les correspondían, por lo que considera necesario que cada una de las partes cumplan con el pago del 50% de los honorarios de la Árbitro Único y de la secretaría arbitral, correspondiendo a cada una de ellas asumir el pago de la asesoría legal que hayan contratado para la defensa de sus intereses en el presente proceso arbitral.
- 8.6.3. Por lo tanto, dispóngase que las partes asuman cada una el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje, así como las costas en que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente proceso arbitral (asesores técnicos y legales).

9. DECISIÓN DE LA ÁRBITRO ÚNICO.-

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, la Árbitro Único, **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA EN PARTE la primera pretensión principal de la demanda analizada en el primer punto controvertido, **DECLARÁNDOSE** que el retraso incurrido por la empresa EMSA S.A. para el levantamiento de observaciones efectuadas por el **PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED** corresponde a veinticinco (25) días calendario y no a cuarenta y cinco (45) días calendarios.

SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión principal de la demanda analizada en el segundo punto controvertido, **ORDENÁNDOSE** dejar sin efecto parcialmente la penalidad impuesta por el **PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED** reduciéndola de S/. 2'435,986.50 (Dos millones cuatrocientos treinta y cinco mil novecientos ochenta y seis con 50/100 Soles), a S/. 2'118,249.00 (Dos millones ciento dieciocho mil

Lorena Suarez Alvarado - Árbitro Único

doscientos cuarenta y nueve con 00/100 Soles); y en consecuencia **ORDÉNESE** al **PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED** reintegrar a la empresa EMSA S.A. la suma ascendente a S/. 317,737.50 (Trescientos diecisiete mil setecientos treinta y siete con 50/100 Soles) descontado de la Factura N° 001-005895 de fecha 28 de mayo de 2015, más los intereses legales correspondientes.

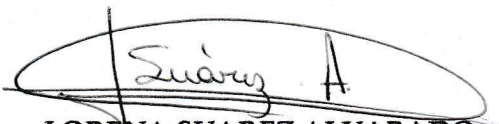
TERCERO: DECLARAR FUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda analizada en el tercer punto controvertido, en consecuencia, **RECONÓZCASE** la ampliación de plazo por treinta y cinco (35) días calendario, por concepto de retraso atribuible del **PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED**.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la pretensión accesoria a la tercera pretensión principal de la demanda analizada en el cuarto punto controvertido, **ORDENÁNDOSE** al **PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED** el pago de la suma de S/. 382,421.61 (Trescientos ochenta y dos mil cuatrocientos veintiuno con 61/100 Soles) por concepto de Gastos Generales más los intereses legales devengados correspondientes.

QUINTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda analizada en el quinto punto controvertido, conforme a los fundamentos expuestos en el presente laudo.

SEXTO.- DECLÁRESE que los costos y gastos del presente proceso arbitral serán asumidos tanto por la empresa EMSA S.A., como por el **PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED** en partes iguales. En consecuencia, **TÉNGASE POR CANCELADOS** los gastos arbitrales fijados en el presente proceso por ambas partes, quedando a cargo de las partes el pago de las costas del presente arbitraje.

SÉPTIMO.- Notifíquese a las partes.



LORENA SUAREZ ALVARADO
Árbitro Único