

S 50-2017

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante: Consorcio SMC Industrias S.A.C. y Muebles Villa El Salvador S.A.

Demandado: Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED

Contrato: Contrato N° 035-2016-MINEDU/VMGL-PRONIED, Licitación Pública N° 032-2015-MINEDU/UE 108 para la "Adquisición, transporte y distribución de mobiliario escolar para instituciones educativas emblemáticas en las regiones Costa, Sierra y Selva - Item N° 02"

Monto del Contrato: S/ 3'218,368.50

Cuantía de la Controversia: S/ 302,905.27

Tipo y Número del Procedimiento de Selección: Licitación Pública N° 032-2015-MINEDU/UE 108

Monto bruto de los honorarios del Árbitro Único: S/ 14,766.06

Monto bruto de los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral: S/ 8,933.04

Árbitro Único: Dra. Katia Forero Lora

Secretaría Arbitral: OSCE

Fecha de emisión del laudo: 20 de diciembre de 2018

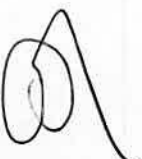
Número de folios: 38 folios

Pretensiones
- Ampliación de plazo
- Penalidades

RESOLUCIÓN N° 10

En Lima, a los 20 días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, el Árbitro Único luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, valorado las pruebas ofrecidas y actuadas en este arbitraje, escuchado los argumentos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

- 
1. Con fecha 29 de febrero de 2016, el Consorcio SMC Industrias S.A.C. y Muebles Villa El Salvador S.A. (en adelante **EL CONTRATISTA**) y el Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED (en adelante **LA ENTIDAD**) suscribieron el Contrato N° 035-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED, Licitación Pública N° 032-2015-MINEDU/UE 108 para la "Adquisición, transporte y distribución de mobiliario escolar para instituciones educativas emblemáticas en las regiones Costa, Sierra y Selva - Item N° 02" (en adelante **EL CONTRATO**); y, con fecha 04 de abril de 2016, ambas partes firmaron la Adenda N° 01 a **EL CONTRATO**.
 2. En la cláusula décimo sétima de **EL CONTRATO** las partes pactaron un convenio arbitral para la solución de sus controversias con el siguiente tenor:

"CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

17.1 Las partes acuerdan que toda controversia que surja sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del presente Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 y su modificatoria Ley N° 29622, publicada el 07.12.2010 y demás que por su naturaleza sean exclusivas por ley.

Proceso Arbitral seguido por CONSORCIO SMC INDUSTRIAS S.A.C. Y MUEBLES VILLA EL SALVADOR S.A. y PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED

- 17.2 Sin perjuicio de lo anterior, el enriquecimiento sin causa, así como las materias que sean de fuentes de obligaciones distintas del presente Contrato no serán materia arbitrable.
- 17.3 Si la Conciliación concluyera por inasistencia de una o ambas partes, con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes someterán a la competencia arbitral la solución definitiva de las controversias. Para tales efectos, cualquier de las partes deberá, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de concluida la conciliación, iniciar el arbitraje. El vencimiento del plazo antes indicado, sin que se haya iniciado el arbitraje, implicará la renuncia de las pretensiones fijadas en la solicitud de conciliación.
- 17.4 Las partes acuerdan que se someterán a un arbitraje de derecho para que se resuelvan las controversias definitivamente, de conformidad con los procedimientos establecidos en los artículos 214°, 215°, 216°, 217°, 218° y 219° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en lo que resulte aplicable y no contravenga el acuerdo contenido en la presente cláusula. Dicho arbitraje será de tipo institucional y deberá ser organizado y administrado por el **Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE**, de conformidad con sus reglamentos vigentes a la fecha de suscripción del presente Contrato, a los cuales las partes se someten libremente, sin perjuicio de lo establecido en el presente convenio arbitral.
- 17.5 En caso que el monto de la cuantía de la (s) controversia (s) señalada (s) en la solicitud de arbitraje sea indeterminable o de un monto superior a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de la referida solicitud, la (s) controversias (s) será (s) resuelta (s) por un tribunal arbitral compuesto por tres (3) árbitros. Cada una de las partes designará a un árbitro y ambos árbitros designarán a su vez al tercero, y este último presidirá el tribunal arbitral.
- 17.6 De otro lado, si el monto de la cuantía de la (s) controversias (s) señalada (s) en la solicitud de arbitraje es menor a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de la referida solicitud, la (s) controversia (s) será (s) resuelta (s) por un árbitro único, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 220° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

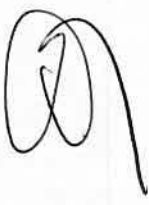
Proceso Arbitral seguido por CONSORCIO SMC INDUSTRIAS S.A.C. Y MUEBLES VILLA EL SALVADOR S.A. y PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED

- 17.7 *Cuando exista un proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo Contrato, solo procederá la acumulación del proceso y/o pretensiones siempre que exista común acuerdo entre las partes formalizado por el escrito de manera indubitable.*
- 17.8 *Las partes no le confieren el Tribunal Arbitral Colegiado o al Árbitro Único la posibilidad de Ejecutar Laudo.*
- 17.9 *En caso de que por falta de pagos correspondientes, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral Colegiado, según corresponda determine el archivo o la determinación de las actuaciones arbitrales, según la denominación del Reglamento aplicable, ello implicará culminación del proceso arbitral y en consecuencia, el consentimiento de los actos que fueron materia de controversias en el referido proceso.*
- 17.10 *Las partes acuerdan que para interponer recurso de anulación de Laudo Arbitral ante el Poder Judicial, **no** constituirá requisito de admisibilidad de dicho recurso la presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario o fianza solicitado por el monto laudado o cualquier otro tipo de cargo o derecho a favor de la parte vencedora, creado o por crearse]; sin perjuicio de lo indicado en el Reglamento del centro institucional.*
- 17.11 *La presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario o fianza solicitado por el monto laudado o cualquier otro tipo de carga o derecho a favor de la parte vencedora, creado o por crearse, no será necesaria para requerir la suspensión de los efectos del laudo Arbitral ante el Poder Judicial, no obstante lo indicado en el Reglamento del Centro Institucional.”*

II. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

3. Con fecha 14 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único (en adelante **EL ÁRBITRO**) con la presencia de **EL CONTRATISTA**,

representado por el abogado Junior Martin Bazantes Tapia; y, con la presencia de **LA ENTIDAD** representada por la abogada Rosa Esther Palomino Carrión.

- 
4. En la Audiencia, **EL ÁRBITRO** declaró que fue debidamente designada de acuerdo a Ley y al Convenio Arbitral celebrado entre las partes. Asimismo, las partes manifestaron su conformidad con el procedimiento de designación de **EL ÁRBITRO** y expresaron que no conocen causal de recusación o cuestionamiento alguno contra ella.
 5. Acto seguido, se establecieron las normas aplicables al presente arbitraje, señalando que las mismas serán: (i) la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873 (en adelante, **LA LEY**); ii) su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, **EL REGLAMENTO**); iii) la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD - "Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE", aprobada mediante Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE de fecha 22 de julio de 2016; iv) la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD - "Tabla de Gastos Arbitrales aplicables a los Arbitrajes Organizados y Administrados por OSCE y los Arbitrajes AD HOC", aprobada mediante Resolución N° 238-2016-OSCE/PRE de fecha 28 de junio de 2016 y, v) el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje (en adelante **LA LEY DE ARBITRAJE**).
 6. Asimismo, se estableció el monto de anticipo de honorarios de **EL ÁRBITRO** y los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral del SNA-OSCE.
 7. Finalmente, se declaró instalado **EL ÁRBITRO** y abierto el proceso arbitral.

III. LUGAR DEL ARBITRAJE

8. Al tratarse de un arbitraje administrado por el OSCE, se estableció como lugar del arbitraje su local institucional ubicado en Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n, Jesús María.

IV. DEMANDA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA

9. Mediante escrito presentado el 17 de febrero de 2017, **EL CONTRATISTA** presentó su demanda arbitral contra **LA ENTIDAD**.
10. Posteriormente, mediante escrito presentado el 21 de abril de 2017, **EL CONTRATISTA** subsanó su demanda arbitral.

a. Pretensiones

11. **EL CONTRATISTA** planteó las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal

Se tenga por aprobada la solicitud de ampliación de plazo presentada a **LA ENTIDAD** el 27 de julio de 2016.

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal

Como consecuencia del amparo de la primera pretensión principal, se deje sin efecto la aplicación de penalidad equivalente a S/ 302,905.27 (Trescientos dos mil novecientos cinco con 27/100 soles).

Segunda Pretensión Principal

Se ordene a **LA ENTIDAD** el pago del monto de penalidad, antes referida, indebidamente aplicada.

b. Fundamentos de hecho de la demanda

12. A continuación, transcribimos los fundamentos de **EL CONTRATISTA**:

“III. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

El 29 de febrero de 2016, se suscribió con el Programa Nacional de Infraestructura, en lo sucesivo PRONIED, el Contrato N° 036-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED derivado del ítem 3 de la “Licitación Pública N° 032-2015-MINEDU/UE 108 efectuada para la Adquisición, Transporte y Distribución de Mobiliario Escolar para Instituciones Educativas Emblemáticas en las Regiones Costa, Sierra Selva”, oportunidad que se fijó nuestro domicilio contractual, sitio en: y Av. Argentina N° 2263, distrito, provincia y departamento de Lima.

En este punto cabe referir que el proceso de selección del cual deriva el contrato y por ende la controversia, se convocó bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, y su modificatoria aprobada con la Ley N° 29873, en adelante la Ley, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y sus modificatorias aprobadas por los Decretos Supremos N° 138-2012-EF, N° 080-2014-EF y N° 261-2014-EF, en adelante el Reglamento, por lo que, dichas normas son las que resultan aplicables al presente caso.

Sobre el particular, debemos indicar que durante la ejecución del contrato, mediante Carta s/n presentada al PRONIED el 27 de julio de 2016, solicitamos una ampliación de plazo por cincuenta (50) días calendario (contados a partir del 27.7.2016 hasta el 15.6.2016)

Asimismo, el 1 de agosto de 2016 comunicamos al PRONIED nuestro cambio de domicilio y de correo electrónico, fijando como nuevo domicilio en: Mzn. W, Lote 36 – Asociación de Propietarios Praderas (entre la av. Colectora y el Riel), Distrito de Santa

¹ Convocada el 20 de octubre de 2015

Proceso Arbitral seguido por CONSORCIO SMC INDUSTRIAS S.A.C. Y MUEBLES VILLA EL SALVADOR S.A. y PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED

Anita, Provincia y Departamento de Lima y correo electrónico:
consorciosmcmvs@gmail.com.

*Al respecto, a pesar de haber señalado claramente nuestro domicilio, **el PRONIED no cumplió con notificar en nuestro domicilio, dentro del plazo previsto en la norma, la respuesta a nuestra solicitud de ampliación de plazo**, habiendo operado ante tal situación la aprobación automática por "silencio positivo" prevista en el artículo 175 del Reglamento, el cual indica que: 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 este punto cabe referir que todo acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, tal como lo prescribe el artículo 16 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por lo que, al no haber cumplido el PRONIED con la debida notificación, dando respuesta a nuestro pedido de ampliación de plazo y como consecuencia de ello se deje sin efecto la indebida aplicación de la penalidad antes referida.

Sin embargo, el PRONIED desconociendo abiertamente la consecuencia normativa prevista en el artículo 175 del Reglamento, interpretó que se incurrió en mora y aplicó indebidamente una penalidad por atraso equivalente a S/. 302,905.27 (Trescientos dos mil novecientos cinco con 27/100)

En tal sentido, acudimos a vuestra judicatura, a fin de que se tenga por aprobada nuestra ampliación de plazo y como consecuencia de ello se deje sin efecto la indebida aplicación de la penalidad antes referida."

c. Medios Probatorios

13. **EL CONTRATISTA** presentó los siguientes medios probatorios:

- Copia de **EL CONTRATO**
- Copia del Acta Conciliación por Falta de Acuerdo N° 58-17
- Copia de la solicitud de ampliación de plazo presentada el 27 de julio de 2016
- Copia de la carta comunicando el cambio de domicilio presentada el 01 de agosto de 2016

V. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL PLANTEADA POR LA ENTIDAD

1. Contestación de la demanda

14. Mediante escrito presentado el 26 de mayo de 2017, **LA ENTIDAD** presentó su contestación a la demanda arbitral.

a. Fundamentos de hecho de la contestación

15. A continuación, transcribimos los fundamentos de **LA ENTIDAD**:

“IV. FUNDAMENTOS QUE DESVIRTUAN LA PRIMERA PRETENSION

4.1 El contratista solicita se tenga por aprobada su solicitud de ampliación de plazo presentada al PRONIED el 27 de julio de 2016.

4.2 Al respecto, la entidad y el contratista con fecha 29.02.16 suscribieron el Contrato N° 035-2016-MINEDU-VMGI-PRONIED, el cual tuvo como objeto la Adquisición, transporte y

distribución de mobiliario escolar para las instituciones educativas emblemáticas en las regiones costa, sierra y selva, en un plazo de ejecución de 170 días calendario.

4.3 Estando a ello, se tiene que, con Carta s/n de fecha 27 de julio de 2016, el contratista solicita a la entidad una ampliación de plazo de 50 días calendario referidos al plazo de fabricación, ensamblaje y embalaje en el desperfecto que sufrió una de las piezas que conforman los bienes objeto del contrato (tablero mesa).

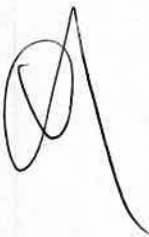
4.4 Que, de acuerdo a la ampliación de plazo solicitada por el contratista, mediante Informe N° 0093-2016-MINEDU-VMGI-PRONIED-UGME-ACC de fecha 11.08.19, elaborado por especialista de la Unidad Gerencia de Mobiliario y Equipamiento, el área usuario estableció que la solicitud de ampliación de plazo presentada por el contratista mediante Carta s/n de fecha 27.07.16, tiene como sustento el desperfecto que sufrió un molde de metal con el cual se realiza el trabajo de inyección, el cual estaba a cargo de una empresa distinta (Industrias y Servicios Kuelap S.R.L.), con la que se celebró el contrato: por ello manifiesta que envió a reparar dicho molde a otra empresa, presentado como sustento una proforma de fecha 25.07.16.

Asimismo, se indica que de acuerdo a lo expuesto por el contratista en su solicitud de ampliación, se tiene que éste argumentó que el hecho generador que impide que continúe con su trabajo es el desperfecto surgido en el molde para inyección de los tableros el cual se encuentra enmarcado dentro del numeral 2 del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Al respecto, el área usuaria determina que, el hecho generador de su solicitud no habría concluido debido a que no presenta documentación que evidencie que el molde para la inyección se encuentre reparado y/u operativo; asimismo indica el área usuaria que la entidad no mantiene sobre el contrato celebrado entre las partes, vínculo contractual con la empresa Kuelap, la cual independientemente de las obligaciones contractuales con el contratista, éste debió prever lo normalmente previsible en razón de la magnitud de la licitación, puesto que tampoco se señala que dicho molde sea el único usado para la totalidad de tableros de polipropileno; estando a ello al área usuaria concluye que se evidencia la responsabilidad del contratista sobre la cautela que éste debió

considerar sobre la fabricación de los tableros por lo que **consideran improcedente la solicitud de ampliación de plazo.**

Que, de acuerdo al contenido del Informe 0093-2016-MINEDU-VMGI-PRONIED-UGME-ACC de fecha 11.08.16, mediante Oficio N° 1626-2016-MINEDU-VMGI-PRONIED-OGA de fecha 12.08.16, la entidad declaró improcedente la solicitud de ampliación de plazo; a razón de que la ampliación de plazo solicitada ha sido presentada cuando aún no ha finalizado o cesado el hecho generador de la paralización; quedando expedito el derecho de que se vuelva a formalizar su solicitud conforme lo señala el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.



4.5 Al respecto, se tiene que la entidad cumplió con notificar al contratista dentro del plazo de ley, el oficio N° 1626-2016-MINEDU-VMGI-PRONIED-OGA de fecha 12.08.16, el cual da respuesta a su solicitud de ampliación de plazo presentada mediante Carta s/n de fecha 27.07.16, la misma que declaró improcedente su solicitud por las razones expuestas precedentemente.

Dicha notificación fue efectuada al correo electrónico del contratista, le cual fue consignado en la Cláusula Décimo Novena del contrato celebrado con fecha 29.02.16, dentro de los 10 días que tenemos para pronunciarnos respecto a la solicitud del contratista.

4.6 Señor Árbitro, el contratista realizó dos variaciones de domicilio:

La primera variación fue realizada el 27 de julio de 2016 y presentada ante la entidad el 01 de agosto de 2016 y la segunda variación fue realizada el 10 de agosto de 2016 y presentada a la entidad el 11 de agosto de 2016.

Estando a ello, se evidencia la mala intención y distorsión de la información por parte del contratista, toda vez que conforme a lo expuesto se tiene que la primera variación de dirección la realiza el mismo día en que presenta la segunda solicitud de ampliación de plazo y la segunda variación de dirección la presenta un día antes del vencimiento de su solicitud de ampliación de plazo (2da ampliación); acción que denota la MALA FE del contratista para causar distorsión en la información respecto a su dirección

4.7 Con fecha 17 de agosto de 2016, el contratista, solicita la aceptación tácita de la segunda solicitud de ampliación de plazo, la cual fue solicitada con Carta s/n de fecha 27.07.17.

Al respecto, se tiene que el contratista pese a haber solicitado aceptación tácita de la segunda ampliación de plazo, con fecha 02.09.16 presentó una tercera ampliación de plazo por 42 días calendario, argumentado el desperfecto acontecido en la empresa Kuelap, a cargo del servidor de inyectado, en tal sentido el contratista manifiesta que mandó a reparar dicho molde con la empresa Matricera Rivera E.I.R.L.

Señor Arbitro, de acuerdo a lo expuesto se puede observar que el contratista mediante Carta s/n de fecha 17.08.16 solicita la aceptación tácita de la segunda ampliación de plazo, la misma que fue declarada improcedente, aduciendo que no recibió respuesta alguna sobre (sic) su solicitud; sin embargo, con fecha 02.09.16 vuelve a solicitar una tercera ampliación de plazo por las mismas causales y el mismo periodo de la segunda ampliación presentada con carta s/n de fecha 27.07.16; evidenciándose que éste tomó conocimiento sobre la improcedencia de la segunda ampliación de plazo; cumpliéndose con ello la finalidad de la notificación, la cual es poner en conocimiento del contratista la respuesta por parte de la entidad.

4.8 RESPECTO A LA SUPUESTA APROBACIÓN FICTA QUE ALEGA EL CONTRATISTA, ESTA SERÍA NULA POR CONTRAVENIR EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 27444:

Que, a través de la aplicación de una “aprobación ficta”, ningún administrado -en este caso, ningún contratista- puede obtener de forma indebida un derecho que no le corresponde, pues la figura legal de la aprobación ficta no constituye ni se configura como un medio indirecto e ilegal a través de la cual se pueda obtener un derecho que no cumple con los requisitos esenciales para su obtención.

Si la solicitud presentada ante la administración pública, fuera lesiva o contraria al ordenamiento jurídico, el silencio administrativo positivo resultaría ineficaz, es decir; no produciría efectos, a pesar de haberse verificado los supuestos de hecho que le dieron lugar, toda vez que no cabe que alguien

Proceso Arbitral seguido por CONSORCIO SMC INDUSTRIAS S.A.C. Y MUEBLES VILLA EL SALVADOR S.A. y PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED

ejercer derechos de manera contraria al ordenamiento jurídico, sino que el disfrute de esos derechos debe darse de manera armónica con aquel.

Siendo ellos así, cabe la siguiente pregunta: ¿La actuación del administrado (contratista) debe actuar en consonancia con el principio de conducto procedimental (inciso 1.8 del artículo IV de la LPAG), que implica que “ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal?”

La respuesta es SI.

Al respecto, el Principio de Buena Fe Procedimental de la Ley 27444, establece que la autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la BUENA FE. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente ley.

Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.

Es así que, todo acto administrativo que se haya logrado u obtenido dejando de lado el principio de buena fe, no puede validarse pues encierra un vicio desde su nacimiento y su convalidación afectaría el ordenamiento jurídico.

La aprobación ficta es sancionada con nulidad, cuando los derechos que se adquieren por ella son contrarios al ordenamiento jurídico.

Estando a ello, la presente Nulidad se centra en lo establecido en el inciso 3 del artículo 10 de la Ley 27444.

Artículo 10.- Causales de Nulidad

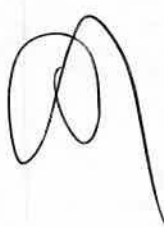
Son vicios del acto administrativo, que causan nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)3.- Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición. (...)

Por otro lado, respecto a lo expuesto, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, establece:

“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho”

4.10 Señor Árbitro, con lo desarrollado en este punto, se tiene que NO CORRESPONDE declarar APROBACIÓN TACITA de la solicitud de ampliación de plazo presentada por el contratista mediante Carta s/n de fecha 27 de julio de 2016, por ser **NULA DE PLENO DERECHO al haber CONTRAVENIDO EL ORDENAMIENTO JURIDICON**, pues no ha considerado, respecto a la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo:

- 
- El hecho generador de la solicitud de ampliación de plazo de fecha 27.07.16, no concluyó debido a que el contratista, no presenta documentación que evidencie que el molde para la inyección se encuentre reparado y/u operativo;
 - Asimismo porque la entidad no mantiene sobre el contrato celebrado entre las partes, vínculo contractual con la empresa Kuelap, la cual independientemente de las obligaciones contractuales con el contratista, es éste quien debió prever lo normalmente previsible en razón de la magnitud de la licitación, puesto que tampoco se señala que dicho molde sea el único usado para la totalidad de tableros de polipropileno; evidenciándose con ello la responsabilidad del contratista sobre las medidas cautelares que éste debió considerar sobre la fabricación de los tableros integrantes al objeto de contratación.

4.11 En atención a lo expuesto, señor Árbitro Único **SOLICITO** declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal.

V. FUNDAMENTOS QUE DESVIRTUAN LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL


5.1 Con relación a estas pretensiones, el contratista solicita que como consecuencia del amparo de su primera pretensión principal, se deje sin efecto la aplicación de penalidad equivalente a S/. 302,905.27 Soles; y que se ordene a la entidad el pago del monto de penalidad, indebidamente aplicada, respectivamente.

5.2 Al respecto, es preciso indicar que lo solicitado por el contratista en estas pretensiones resultan improcedente, ya que de acuerdo a lo expuesto en los fundamentos de la primera pretensión principal, se desprende que al NO CORRESPONDER declarar la APROBACIÓN TACITA de la solicitud de ampliación de plazo presentada por el contratista mediante Carta s/n de fecha 27 de julio de 2016, por ser **NULA DE PLENO DERECHO al haber CONTRAVENIDO EL ORDENAMIENTO JURIDICO**, pues no ha considerado respecto a la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo:

- El hecho generador de la solicitud de ampliación de plazo de fecha 27.07.16, no conchuyó debido a que el contratista, no presenta documentación que evidencie que el molde para la inyección se encuentre reparado y/u operativo;
- Asimismo porque la entidad no mantiene sobre el contrato celebrado entre las partes, vínculo contractual con la empresa Kuelap, la cual independientemente de las obligaciones contractuales con el contratista, es éste quien debió prever lo normalmente previsible en razón de la magnitud de la licitación, puesto que tampoco se señala que dicho molde sea el único usado para la totalidad de tableros de polipropileno; evidenciándose con ello la responsabilidad del contratista sobre las medidas cautelares que éste debió considerar sobre la fabricación de los tableros integrantes al objeto de contratación.

NO CORRESPONDE QUE LA ENTIDAD DEJE SIN EFECTO LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD, así como tampoco deba efectuar el pago de la penalidad aplicada al contratista.

5.3 Asimismo, conforme a lo expuesto en el desarrollo de nuestros fundamentos que desvirtúan la primera pretensión principal, se evidencia la mala intención y distorsión de la información por parte del contratista, respecto de su cambio de domicilio y correo electrónico, toda vez que la primera variación de dirección la realiza el mismo día en que presenta la segunda solicitud de ampliación de plazo y la segunda variación de dirección la presenta un día antes del vencimiento de su solicitud de ampliación de plazo(2da ampliación); acción que denota la MALA FE del contratista para causar distorsión en la información respecto a su dirección.



Por otro lado, respecto a la mala fe del contratista, hemos demostrado que éste con Carta s/n de fecha 17.08.16 solicita la aceptación tácita de la segunda ampliación de plazo, la misma que fue declarada improcedente, aduciendo que no recibió respuesta alguna sobre (sic) su solicitud; sin embargo, con fecha 02.09.16 vuelve a solicitar una tercera ampliación de plazo por las mismas causales y el mismo periodo de la segunda ampliación presentada con carta s/n de fecha 27.07.16, evidenciándose que éste tomó conocimiento sobre la improcedencia de la segunda ampliación de plazo; cumpliéndose con ello la finalidad de la notificación, la cual es poner conocimiento del contratista la respuesta por parte de la entidad.

*5.4 Asimismo, sumado a lo ya expuesto, se tiene que de acuerdo a la cláusula quinta del contrato, se estableció que el plazo de ejecución del servicio sería de 110 días calendarios(fabricación, ensamblaje y embalaje de los bienes, teniendo en cuenta que la fecha con la que se firmó el contrato fue el día 29.02.2016, y la aprobación de las muestras se dio con fecha 18.04.16(al día siguiente se inicia el plazo de fabricación, ensamblaje y embalaje de los bienes contratados; ello de acuerdo con el numeral 5.8.1 de las especificaciones técnicas de las bases integradas), por consiguiente se tiene que la fecha final de fabricación de los bienes fue el día 06.08.2016; sin embargo el contratista hizo entrega del servicio el 15.06.2016; **evidenciándose con ello 40 días de retraso en la culminación de la fabricación, ensamblaje y embalaje de los bienes contratados.***

(...)

*En atención a lo expuesto, señor Árbitro único, no resulta amparable que se deje sin efecto la aplicación de la penalidad, así como tampoco que la entidad pague al contratista la supuesta indebida aplicación de penalidad; por ello **SOLICITO** declarar **INFUNDADAS** dichas pretensiones.”*

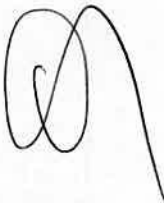
2. Reconvención

16. Mediante escrito presentado el 26 de mayo de 2017, **LA ENTIDAD** formuló reconvención, subsanándola mediante escrito presentado el 06 de junio de 2017.

a. Pretensiones

17. **LA ENTIDAD** planteó la siguiente pretensión:

PRETENSIÓN PRINCIPAL



Que, se declare la nulidad total de la aprobación ficta positiva de la solicitud de ampliación de plazo presentada por **EL CONTRATISTA** mediante carta s/n de fecha 27 de julio de 2016.

b. Fundamentos de hecho de la reconvención

18. A continuación, transcribimos los fundamentos de **LA ENTIDAD**:

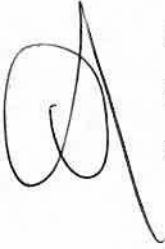
“I. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

1.- Señor Árbitro Único, a través de la aplicación de una “aprobación ficta”, ningún administrado —en este caso, ningún contratista— puede obtener de forma indebida un derecho que no le corresponde, pues la figura legal de la aprobación ficta no constituye ni se configura como un medio indirecto e ilegal a través de la cual se pueda obtener un derecho que no cumple con los requisitos esenciales para su obtención.

Proceso Arbitral seguido por CONSORCIO SMC INDUSTRIAS S.A.C. Y MUEBLES VILLA EL SALVADOR S.A. y PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED

Si la solicitud presentada ante la administración pública, fuera lesiva o contraria al ordenamiento jurídico, el silencio administrativo positivo resultaría ineficaz, es decir, no produciría efectos, a pesar de haberse verificado los supuestos de hecho que le dieron lugar, toda vez que no cabe que alguien ejerza derechos de manera contraria al ordenamiento jurídico, sino que el disfrute de esos derechos debe darse de manera armónica con aquel.

Al respecto, el Principio de la Buena Fe Procedimental de la Ley 27444, establece que la autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la BUENA FE. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente ley.

 *Por lo que, todo acto administrativo que se haya logrado u obtenidos dejando de lado el principio de buena fe, no puede visualizarse pues encierra un vicio desde su nacimiento y su convalidación afectaría el ordenamiento jurídico.*

La aprobación ficta es sancionada con nulidad, cuando los derechos que se adquieren por ella son contrarios al ordenamiento jurídico.

Estando a ello, la presente Nulidad se ampara en lo establecido en el inciso 3 del artículo 10 de la Ley 27444.

Artículo 10.- Causales de Nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

3.- Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

(...)

Por otro lado, respecto a lo expuesto, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, establece:

“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho”

A mayor abundamiento, en la doctrina se tiene que el doctor Juan Carlos Morón Urbina², señala que:

“Como nuestro procedimiento administrativo ha incrementado las posibilidades de obtención de beneficio para los administrados sin previamente haber pasado por las técnicas de comprobatorias previas de la administración, se ha previsto esta causal como una forma de corregir vía nulidad posterior los actos que de mala fe pueden dar lugar a la adquisición indebida de facultades o derechos. La proliferación de silencio administrativo positivo, de procedimientos de aprobación automática, el empleo de documentos sucedáneos, y la presunción de veracidad han dado ocasión a las acciones indebidas que aquí se trata de contrarrestar, la buena fe es principio de la actuación administrativa, pero nada autoriza a la obtención de ventajas indebidas, ni a que estas puedan tomarse inmovibles cuando agravan justamente la buena fe.

En tal sentido, por aplicación de esta causal se sanciona tanto el acto expreso como el acto tácito.”

2.- Estando a lo expuesto, NO CORRESPONDE declarar la APROBACIÓN TÁCTICA de la solicitud de ampliación de plazo presentada por el contratista mediante Carta s/n de fecha 27 de julio de 2016, pro ser **NULA DE PLENO DERECHO al haber CONTRAVENIDO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**, pues no ha considerado, respecto a la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo:

- El hecho generador de la solicitud de ampliación de plazo de fecha 27.07.16, no concluyó debido a que el contratista, no presenta documentación que evidencie que el molde para la inyección se encuentra reparado y/u operativo;
- Asimismo porque la entidad no mantiene sobre el contrato celebrado entre las partes, vínculo contractual con la empresa Kuelap, la cual independientemente de las obligaciones con el contratista, es éste quien debió prever lo normalmente previsible en razón de la magnitud de

² Morón Urbina, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Gaeta Jurídica, Novena Edición, Julio 2011. Perú. Página 170

la licitación, puesto que tampoco se señala que dicho molde sea el único usado para la totalidad de tableros de polipropileno evidenciándose con ello la responsabilidad del contratista sobre las medidas cautelares que éste debió considerar sobre la fabricación de los tableros integrantes al objeto de contratación

3.- Asimismo, es importante resaltar que, la entidad **cumplió con notificar al contratista dentro del plazo de ley, el oficio N° 1626-2016-MINEDU-VMGI-PRONIED-OGA de fecha 12.08.16**, el cual de respuesta a su solicitud de ampliación de plazo presentada mediante Carta s/n de fecha 27.07.16, la misma que declaró improcedente su solicitud por las razones expuestas precedentemente. Dicha notificación fue efectuada el 12.08.16, al correo electrónico del contratista, el cual fue consignado en la Cláusula Décimo Novena del contrato celebrado con fecha 29.02.16, dentro de los 10 días que tenemos para pronunciarnos respecto a la solicitud del contratista; el cual ofrecemos como medio probatorio.

4.- Que, como se ha expuesto en el desarrollo de nuestros argumentos que desvirtúan la primera pretensión demandada, el contratista realizó dos variaciones de domicilio. **La primera variación fue realizada el 27 de julio de 2016 y presentada ante la entidad el 01 de agosto de 2016 y la segunda variación fue realizada el 10 de agosto de 2016 y presentada a la entidad el 11 de agosto de 2016.**

(...)

Asimismo, de la revisión de la Consulta RUC actual del contratista, en el rubro Dirección del Domicilio Fiscal, se tiene que la dirección de éste es **AV. ARGENTINA N° 2263, distrito, provincia de Lima;** por lo que de acuerdo a ello se tiene que dicha dirección sigue operativa.

Señor Árbitro con ello, se evidencia la MALA FE del contratista, respecto a su intención de distorsionar la información en relación a sus direcciones, toda vez que la primera variación de dirección la realizó el mismo día en que presenta la segunda solicitud de ampliación de plazo y la segunda variación de dirección la presentó un día antes del vencimiento de su solicitud de ampliación de plazo (2da ampliación); **ello con el fin de inducir a error a la entidad para que**

con esta acción de no se le notifique la respuesta a su solicitud de ampliación de plazo solicitada.

6.- Sin embargo con fecha 17 de agosto de 2016, el contratista, solicita la aceptación tácita de la segunda solicitud de ampliación de plazo, la cual fue solicitada con Carta s/n de fecha 27.07.17.

Respecto a este punto, es importante resaltar que el contratista pese a haber solicitado la aceptación tácita de su segunda ampliación de plazo, con fecha 02.09.16 presentó una tercera ampliación de plazo por 42 días calendario, argumentando el desperfecto acontecido en la empresa Kuelap, a cargo del servidor de inyectado, en tal sentido el contratista manifiesta que mandó a reparar dicho molde con la empresa Matricera Rivera E.I.R.L., empleando los mismos argumentos de su segunda solicitud de ampliación de plazo, es decir mismas causales y el mismo periodo, **evidenciándose con ello, que éste tomó conocimiento sobre la improcedencia de la segunda ampliación de plazo, cumpliéndose con ello la finalidad de la notificación, la cual es poner en conocimiento del contratista la respuesta por parte de la entidad.**

7.- En tal sentido, **SOLICITAMOS** se declare **FUNDADA** nuestra pretensión **RECONVENCIONAL**”

3. Medios Probatorios

19. **LA ENTIDAD** presentó los siguientes medios probatorios:

- Copia del Informe N° 093-2016-MINEDU-VMGI-PRONIED-UGME-ACC, de fecha 11 de agosto de 2016
- Copia del Oficio N° 1626-2016-MINEDU-VMGI-PRONIED-OGA de fecha 12 de agosto de 2016
- Copia del correo de fecha 12 de agosto de 2016
- Copia de la carta s/n de fecha 02 de setiembre de 2016

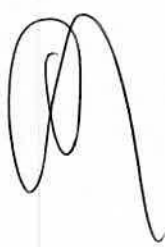
- Copia del Informe N° 022-2016-MINEDU-VMGI-PRONIED-UGME-RMPCH, de fecha 09 de setiembre de 2016
- Copia del Oficio N° 1840-2016-MINEDU-VMGI-PRONIED-OGA
- Copia del Informe N° 159-2016-MINEDU-VMGI-PRONIED-RMPCH, de fecha 30 de noviembre de 2016
- Copia de la Consulta RUC

VI. CONTESTACION DE LA RECONVENCION POR PARTE DE EL CONTRATISTA

20. Mediante escrito presentado el 24 de agosto de 2017, **EL CONTRATISTA** contestó la reconvención formulada por **LA ENTIDAD**.

a. Fundamentos de hecho de la contestación de la reconvención

21. A continuación, transcribimos los fundamentos de **LA ENTIDAD** contenidos en su contestación de reconvención:



“Al respecto, se aprecia que la teoría que la Entidad postula como argumento se sustenta en que habría cumplido con notificar mediante correo electrónico el Oficio 16-26-MINEDU/VMGI/PRONIED/OGA referido al acto administrativo que denegaba nuestra solicitud de ampliación de plazo Nro 2, presentada el 27 de julio de 2016

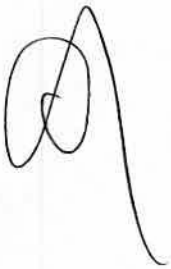
El argumento que postula la Entidad resulta insostenible, en la medida que la notificación por correo electrónico que señala haber efectuado, no ha sido autorizada expresamente ni tampoco ha sido solicitada por mi representada, tal como lo prescribe en este tipo de situaciones, el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General Nro 27444, conforme se advierte a continuación.

(...)

Proceso Arbitral seguido por CONSORCIO SMC INDUSTRIAS S.A.C. Y MUEBLES VILLA EL SALVADOR S.A. y PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED

Tal como se aprecia, la norma ordena que las notificaciones enviadas por correo electrónico son válidas solo cuando la Entidad reciba la respuesta de recepción, cuyo plazo es de dos días útiles, sin embargo, en el presente caso, no se ha conformado fehacientemente la fecha cierta en que se recibió la notificación, ni la intangibilidad de su contenido, pues no se ha presente medio alguno que compruebe el acuse de recibo, quien lo recibe, ni que le medio empleado fue solicitado expresamente.

En tal sentido, la supuesta notificación por correo electrónico que señala haber efectuado la Entidad, carece de eficacia, por no contar con los elementos de validez contenidos en los numerales 20.1.2 y 20.4 del artículo 20 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General Nro 27444, referidos a: (i) acuse de recibo de la notificación electrónica y (ii) solicitud expresa del administrado para notificación electrónica o, (iii) autorización expresa para notificación electrónica,



Al no observarse las formalidades dispuestas para la notificación electrónica de los actos administrativos, dicha situación implica no sólo la nulidad de dicho acto por causal insubsanable [defecto del requisito de validez] establecida en el inciso 2) del artículo 10° de la Ley N.º 27444, sino también la vulneración del derecho al debido proceso, toda vez que se nos recortó la posibilidad de cuestionar el acto administrativo materia de la notificación electrónica alegada debido a la falta de notificación en la forma y oportunidad a que se refieren los precitados numerales 20.1.2 y 20.4 del artículo 20 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General Nro 27444, lo cual implica, además, la vulneración de nuestro derecho de defensa.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el numeral 7.3 de la Directiva N° 018-2012-OSCE/CD (Incluye modificaciones dispuestas mediante Resolución N° 166-2014-OSCE/PRE de fecha 15 de mayo de 2014), referida a las “Disposiciones sobre el contenido de las Bases Estandarizadas que las Entidades del Estado deben utilizar en los procesos de selección que convoquen”, aplicable al presente caso la cual señala que:

(...)

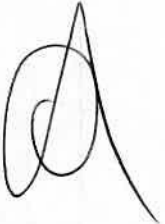
Las bases estandarizadas son de utilización obligatoria, pudiendo efectuarse modificaciones a la proforma de contrato únicamente cuando el objeto del contrato lo requiera “dependiendo del objeto

del contrato”, sin embargo, en la cláusula décimo novena del Contrato Nro 035-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED, se incorporo un texto contrario al ordenamiento jurídico administrativo general, en lo referido a la notificación electrónica.

En relación a ello, el texto debió considerar el contrato es el siguiente y no el que en forma contraria a la Directiva N° 018-2012-OSCE/CD consigno la Entidad, tal como se aprecia a continuación:

(...)

En ese contexto, la cláusula décimo novena del Contrato Nro 035-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED, resalta nula, debiendo considerársela “no puesta en el contrato” en la medida que contraviene el texto tipo de las bases estandarizadas que aprueba el OSCE para esta clase de procesos de selección, así como la normativa administrativa general, tal como se expuesto anteriormente.



Sin perjuicio del hecho, que la Entidad no cumplió con notificarnos el pedido de ampliación de plazo en ninguno de nuestros domicilio válidos, **aun en el supuesto que se considere válido el correo electrónico en el cual se habría remitido el Oficio 16-26-MINEDU/VMGI/PRONIED/OGA referido al acto administrativo que denegaba nuestra solicitud de ampliación de plazo Nro 2, presentada el 27 de julio de 2016, dicha notificación no reúne los requisitos necesarios para su validez**, tal como se ha desarrollado precedentemente.

Por lo expuesto, se concluye que mi representada no ha incurrido en atraso alguno en la ejecución de la prestación a su cargo, en razón que corresponde considerar como parte de la prestación a su cargo, en razón que corresponde considerar como parte del plazo de ejecución contractual, los cuarenta y dos (42) días calendarios derivados de la aprobatoria ficta de nuestra solicitud de ampliación de plazo Nro 2, presentada el 27 de julio de 2016; y como tal, no corresponde se nos aplique penalidad alguna.

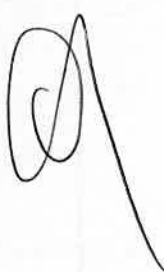
Proceso Arbitral seguido por CONSORCIO SMC INDUSTRIAS S.A.C. Y MUEBLES VILLA EL SALVADOR S.A. y PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED

En tal sentido, al no haberse desvirtuado de modo alguno la aprobatoria ficta de nuestra solicitud de ampliación de plazo Nro 2 (por cuarenta y dos días calendario) presentada el 27 de julio de 2016, por ausencia de notificación válida, corresponde de declare fundada nuestra demanda.”

VII. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO PROCESAL, CONCILIACIÓN DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS

22. El día viernes 13 de julio de 2018 se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, a la cual asistieron ambas partes.
23. En ese contexto, **EL ÁRBITRO** determinó los puntos controvertidos del presente arbitraje de la siguiente manera:

Puntos controvertidos de la DEMANDA presentada por el Contratista con fecha 17 de febrero de 2017 y subsanada con fecha 21 de abril de 2017.



Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que “Se tenga por aprobada nuestra solicitud de ampliación de plazo presentada al PRONIED el 27 de julio de 2016”.

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que “como consecuencia del amparo de nuestra primera pretensión principal, solicitamos, se deje sin efecto la aplicación de penalidad equivalente a S/. 302,905.27 (...)”

Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que “Se ordene al PRONIED el pago del monto de la penalidad, antes referida, indebidamente aplicada”.

Puntos controvertidos de la RECONVENCIÓN presentada por la Entidad con fecha 26 de mayo de 2017.

Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que “se declare la nulidad total de la aprobación ficta de la solicitud de ampliación de plazo presentada por el contratista mediante Carta s/n de fecha 27 de julio de 2016”.

24. Asimismo, se procedió a admitir los siguientes medio probatorios presentados por las partes:

1. Medios Probatorios ofrecidos por EL CONTRATISTA:

25. Por parte de **EL CONTRATISTA** se admitieron los medios probatorios documentales ofrecidos en el acápite IV denominado “MEDIOS PROBATORIOS”, ítem 1 y 2, contenido en su escrito de subsanación de demanda de fecha 21 de abril de 2017.

2. Medios Probatorios ofrecidos por LA ENTIDAD:

26. Por parte de **LA ENTIDAD** se admitieron los medios probatorios documentales ofrecidos en el SEGUNDO OTROSI DIGO de su escrito de contestación de demanda, literal denominado “MEDIOS PROBATORIOS CONJUNTOS DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA”, literales a) a la m) de su escrito de contestación de demanda presentado con fecha 24 de marzo de 2017.

VIII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

27. Con fecha 04 de setiembre de 2018 se llevó acabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de ambas partes.

28. En ella, **EL ÁRBITRO** concedió el uso de la palabra a **EL CONTRATISTA** y posteriormente a **LA ENTIDAD**.

IX. PLAZO PARA LAUDAR

29. Mediante Resolución N° 09, **EL ÁRBITRO** fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles.

X. CUESTIONES PRELIMINARES

30. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que el presente proceso se constituyó de acuerdo al convenio arbitral antes transcrito.
31. En ningún momento, dentro del presente proceso arbitral, alguna de las partes impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del presente proceso.
32. La demanda, contestación de la demanda, reconvención y contestación de reconvención fueron presentadas dentro del plazo correspondiente y de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación de **EL ÁRBITRO**.
33. **EL ÁRBITRO** ha procedido a laudar dentro del plazo acordado con las partes.
34. En el Acta de Instalación del Proceso Arbitral se estableció que la norma aplicable para el caso en cuestión sería la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD – “Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE”, aprobada mediante

Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE de fecha 22 de julio de 2016, la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD – “Tabla de Gastos Arbitrales aplicables a los Arbitrajes Organizados y Administrados por OSCE y los Arbitrajes AD HOC”, aprobada mediante Resolución N° 238-2016-OSCE/PRE de fecha.

35. En caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, **EL ÁRBITRO** quedó facultado en todo momento para establecer las reglas procesales que sean necesarias, respetando el Principio de Legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los Principios de Celeridad, Equidad, Inmediación, Privacidad, Concentración, Economía Procesal y Buena Fe.
36. **EL ÁRBITRO** resuelve la presente controversia de acuerdo al orden de prelación establecido en el inciso 3 del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, esto, es:
1. Constitución Política del Perú.
 2. Ley de Contrataciones del Estado.
 3. Reglamento de Contrataciones del Estado.
 4. Normas de Derecho Público.
 5. Normas de Derecho Privado.
37. El Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil establece que los jueces – léase árbitros – no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la Ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho, y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.
38. **EL ÁRBITRO** deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han 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 en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomada en cuenta para la decisión.

XI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

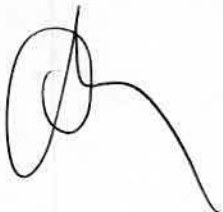
PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Determinar si corresponde o no que “Se tenga por aprobada nuestra solicitud de ampliación de plazo presentada al PRONIED el 27 de julio de 2016”.*

39. Respecto a la solicitud de ampliación de plazo, el artículo 175° de **EL REGLAMENTO** señala lo siguiente:

“Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

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



El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o finalizado el hecho generador del atraso o paralización. La Entidad debe resolver sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

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.”

40. Como vemos, existe un procedimiento prescrito para solicitar y aprobar o rechazar una solicitud de ampliación de plazo; por lo tanto, se deberá corroborar si las partes cumplieron con el procedimiento antes señalado.
41. Tal procedimiento inicia con la solicitud de ampliación de plazo; al respecto, la normativa es clara al indicar que el contratista deberá presentar su solicitud dentro de los siete (07) días hábiles siguientes de finalizado el hecho generador del atraso. Al respecto, la Opinión N° 055-2011/DTN señala:

“Así, el segundo párrafo del artículo 175 del Reglamento establece que “El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o finalizado el hecho generador del atraso o paralización” (el subrayado es agregado), precisando que “La Entidad resolverá sobre dicha solicitud en el plazo de diez (10) días hábiles...”

Como se aprecia, cuando el contratista solicita la ampliación del plazo contractual debido a atrasos o paralizaciones, o por caso fortuito o fuerza mayor, debe presentar su solicitud dentro de los siete (7) días hábiles de finalizado el hecho o evento generador del atraso o paralización, o del caso fortuito o fuerza mayor.

Esto implica que para que el contratista pueda solicitar la ampliación del plazo contractual, el hecho o evento generador del atraso o paralización, o del caso fortuito o fuerza mayor, deben de haber cesado previamente.

No obstante, el cese de tal hecho o evento puede ocurrir con anterioridad o posterioridad al término del plazo originalmente pactado, sin que ello dependa de la voluntad del contratista; por ello, uno de los efectos de la aprobación de la ampliación de plazo es el reconocimiento de la suspensión del

contrato desde el inicio del hecho o evento generador del retraso o paralización, o del caso fortuito o fuerza mayor.

De esta manera, al aprobarse la ampliación del plazo contractual, también se reconoce la ocurrencia del evento o hecho generador del atraso o paralización, o del caso fortuito o fuerza mayor, y la suspensión del contrato desde el inicio de tal evento, aun cuando la solicitud de ampliación sea posterior al término del plazo originalmente pactado, el cual, en estricto, nunca habría vencido, dado el posterior reconocimiento de la suspensión del contrato al momento de aprobar la ampliación.”

42. Asimismo, la Opinión N° 190-2015/DTN indica:

“Sin perjuicio de ello, el segundo párrafo del artículo 175 del Reglamento establece que “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 subrayado es agregado).

En tal sentido, el contratista debe identificar el momento en el que cesa el evento que genera el atraso o paralización en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, a efectos de solicitar la ampliación de plazo de conformidad con el artículo 175 del Reglamento.”

43. En esa misma línea, la Opinión N° 042-2016/DTN desarrolla:

“2.2 Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 175 del Reglamento dispone que “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 subrayado es agregado).

Como se aprecia, el referido artículo establece el procedimiento que debe seguirse para que la solicitud de ampliación de plazo sea procedente, indicando que el contratista debe presentar su solicitud en un plazo no mayor a siete (7) días hábiles, computados desde que se le notifica la decisión de aprobar una prestación adicional o -en caso corresponda- desde que finaliza el

evento generador del atraso o paralización³.

(...)

En esa medida, la solicitud de ampliación de plazo, en el caso de bienes y servicios, puede presentarse con anterioridad o posterioridad al término del plazo de ejecución contractual⁴, pero siempre dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o la finalización del hecho generador del atraso o paralización.

CONCLUSION

La solicitud de ampliación de plazo, en el caso de bienes y servicios, puede ser presentada con anterioridad o posterioridad al término del plazo de ejecución contractual, pero siempre dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o a la finalización del hecho generador del atraso o paralización; asimismo, debe precisarse que es competencia de la Entidad definir si otorga la ampliación de plazo solicitada por el contratista, debiendo, para ello, evaluar si se ha configurado alguna de las causales contempladas en el artículo 175 del Reglamento.”

44. En el presente caso, **EL CONTRATISTA** en su solicitud de ampliación de plazo⁵, recibida por **LA ENTIDAD** el 27 de julio de 2016, indica que el hecho generador del atraso fue la fisura de 17.3 cm que presentaba el molde producida por una mayor presión originada por una descarga eléctrica y, debido a ello, se debía proceder a reparar el mismo; por lo que, solicita una ampliación de cincuenta (50) días calendario contados a partir del 27 de julio de 2016, día en el que se ingresó el molde para su reparación, hasta el 15 de setiembre de 2016.

³ De conformidad con lo señalado en el numeral 2.1 de la Opinión N° 055-2011/DIN, cuando corresponda, el contratista deberá presentar su solicitud de ampliación de plazo dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la finalización del evento generador del caso fortuito o fuerza mayor.

⁴ Cabe señalar que, para la ejecución de la obra, la oportunidad para presentar la solicitud de ampliación de plazo es distinta, pues el contratista necesariamente debe presentarla antes del vencimiento del plazo originalmente pactado en el contrato para la ejecución de la obra, sea que el hecho o evento generador del atraso o paralización supere o no el término de dicho plazo.

⁵ Medio probatorio presentado por el Consorcio SMC Industrias SAC y Muebles Villa El Salvador SA en su escrito de subsanación de demanda arbitral presentado el 21 de abril de 2017.

45. De lo señalado por **EL CONTRATISTA** en su solicitud, se concluye que, en la misma fecha en que presentó tal solicitud – 27 de julio de 2016-, el molde aún no se encontraba reparado; por ende, el hecho generador aún no se encontraba finalizado.
46. Por lo tanto, independientemente de si **LA ENTIDAD** se pronunció o no el plazo previsto en la norma, la ampliación de plazo no puede ser declarada consentida, o tan siquiera revisar el fondo de la misma, en tanto es inválida e ineficaz desde su nacimiento al haber sido solicitada contraviniendo lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado.
47. En consecuencia, se declara **INFUNDADA** la primera pretensión principal; por ende, se tiene por no aprobada la solicitud de ampliación de plazo presentada por **EL CONTRATISTA** el 27 de julio de 2016.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no que “como consecuencia del amparo de nuestra primera pretensión, solicitamos, se deje sin efecto la aplicación de penalidad equivalente a S/. 302,905.27 (...).”

48. En el presente caso existieron tres solicitudes de ampliación de plazo:
- La primera, que fue denegada por **LA ENTIDAD** mediante Oficio N° 1020-2016-MINEDU-VMGI-PRONIED-UGME y, respecto de la cual no existe controversia entre las partes, o, de existir, esta no ha sido puesta en conocimiento de **EL ARBITRO**.
 - La segunda, respecto de la cual **EL ARBITRO** se ha pronunciado en el análisis de la pretensión anterior, resolviendo que la misma es inválida e ineficaz desde su nacimiento y; por ende, no se tiene por aprobada.

Proceso Arbitral seguido por CONSORCIO SMC INDUSTRIAS S.A.C. Y MUEBLES VILLA EL SALVADOR S.A. y PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED

- La tercera, la cual también fue denegada por **LA ENTIDAD** mediante Oficio N° 1840-2016-MINEDU/VMGI/PRONIED/OGA⁶, debidamente notificado mediante correo electrónico⁷ adjuntando el Anexo 8⁸. Es importante precisar que, respecto a esta solicitud de ampliación, tampoco existe controversia entre las partes, o, de existir, no ha sido puesta en conocimiento de **EL ÁRBITRO**.
49. Por ende, dado que ninguna de las ampliaciones de plazo fueron concedidas, el plazo original de la etapa de fabricación se mantiene invariable.
50. Así, ambas partes concuerdan que el plazo de ciento diez (110) días inició el 19 de abril de 2016 y que **EL CONTRATISTA** cumplió con la prestación relativa a la fabricación el 15 de setiembre de 2016; por lo tanto, dado que el plazo venció el 06 de agosto de 2016, existieron 40 días de retraso injustificado.
51. Por lo tanto, se declara **INFUNDADA** la pretensión; en consecuencia, no se deja sin efecto la penalidad ascendente a S/ 302,905.27 (Trescientos dos mil novecientos cinco con 27/100 soles).

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Determinar si corresponde o no que “Se ordene al PRONIED el pago del monto de la penalidad, antes referida, indebidamente aplicada”.*

52. Dado que en el punto controvertido anterior se ha resuelto que sí procede la aplicación de penalidades, se declara **INFUNDADO** el presente.

⁶ Anexo 1-H del escrito de contestación de demanda presentado por el Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED el 26 de mayo de 2017.

⁷ Anexo N° 5 del escrito presentado por el Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED el 11 de setiembre de 2018.

⁸ Anexo N° 5 del escrito presentado por el Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED el 11 de setiembre de 2018.

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL RECONVENCIONAL: *Determinar si corresponde o no que “se declare la nulidad total de la aprobación ficta de la solicitud de ampliación de plazo presentada por el contratista mediante Carta s/n de fecha 27 de julio de 2016”.*

53. En vista que la primera pretensión de la demanda ha sido declarada **INFUNDADA**, y en virtud al análisis realizado, **CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE** respecto a la presente pretensión reconvencional.

PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN: *Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, esto es, las costas y costos del arbitraje.*

54. De acuerdo a las facultades conferidas a **EL ARBITRO** y, tal y como lo señala el sétimo párrafo del numeral 8.3.26 de la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD, en este extremo, **EL ARBITRO** deberá pronunciarse sobre la forma de distribución de las costas y costos arbitrales, esto es, qué gastos debe asumir cada parte.
55. Teniendo en cuenta que, en el convenio arbitral celebrado entre **EL CONTRATISTA** y **LA ENTIDAD** no existe pacto expreso de las partes sobre la forma de imputar los costos y costas del arbitraje, **EL ARBITRO** considera que corresponde aplicar supletoriamente lo dispuesto en **LA LEY DE ARBITRAJE**.
56. Al respecto, el artículo 70° de **LA LEY DE ARBITRAJE** establece lo siguiente:


“Artículo 70°.- Costos.

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

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*

- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales". (El énfasis es nuestro).

57. Carolina De Trazegnies Thorne, comentando el artículo 70° de **LA LEY DE ARBITRAJE**, señala:



"Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje 'propriadamente dichos'. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la Entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral. Mediante este listado, el artículo 70° ha incorporado como costos del arbitraje, sujetos a las reglas contenidas en el artículo 73°, a ambas categorías. Los conceptos contemplados en los incisos (a) (b) (c) y (d) constituyen costos del procedimiento arbitral o costos del arbitraje 'propriadamente dichos', mientras que el inciso (e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes (...)''⁹.

58. Asimismo, es conveniente tener en cuenta lo previsto sobre los costos del arbitraje en el artículo 73° de **LA LEY DE ARBITRAJE** que establece lo siguiente:

*"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

⁹ DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. *Ob. Cit.*; p. 788.

entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

(...)" (El énfasis es nuestro).

59. Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente y ante la inexistencia de pacto entre las partes sobre la asunción de los costos de arbitraje, en aplicación de los artículos 70° y 73° de la **LEY DE ARBITRAJE**, **EL ÁRBITRO** concluye que al ser **EL CONTRATISTA** la parte vencida, deberá asumir la totalidad de los costos del procedimiento arbitral, esto es la totalidad de los honorarios arbitrales de **EL ÁRBITRO** y de la Secretaría Arbitral, los cuales ascienden al siguiente monto bruto:

	Monto bruto
Honorarios del Árbitro	S/ 14,766.06
Honorarios Secretaria Arbitral	S/ 8,933.04
TOTAL	S/ 23,699.10

60. Por ende, en vista que cada parte realizó el pago de los honorarios arbitrales a su cargo, corresponde que **EL CONTRATISTA** devuelva a **LA ENTIDAD** la suma bruta ascendente a S/ 8,704.75 (Ocho mil setecientos cuatro con 75/100 soles).

61. Respecto de los gastos de abogados, **EL ÁRBITRO** considera que cada una de las partes debe asumir los gastos de su defensa legal, así como los gastos de peritos, expertos o ayuda técnica en los que hayan incurrido en el presente arbitraje.

62. Por lo tanto, **EL ÁRBITRO ORDENA** a **EL CONTRATISTA** asumir el total de los honorarios arbitrales de **EL ÁRBITRO** y los honorarios de la Secretaría Arbitral; por ende, debe devolver a **LA ENTIDAD** la suma bruta ascendente a S/ 8,704.75 (Ocho mil setecientos cuatro con 75/100 soles). Y, **ORDENA** que cada parte asuma los gastos de su defensa legal y sus gastos de peritos, expertos o ayuda técnica en los que hayan incurrido en el presente arbitraje.

XII. DE LA DECISIÓN

Que, en atención a ello y siendo que el Árbitro Único, no representa los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que, en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, y estando a los considerandos precedentemente glosados de conformidad a lo dispuesto por el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, Ley de Arbitraje y de conformidad con las normas antes invocadas, resuelve:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal; por ende, se tiene por no aprobada la solicitud de ampliación de plazo presentada por el Consorcio SMC Industrias S.A.C. y Muebles Villa El Salvador S.A. el 27 de julio de 2016.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión subordinada a la primera pretensión principal; en consecuencia, no se deja sin efecto la aplicación de la penalidad equivalente a S/ 302,905.27 (Trescientos dos mil novecientos cinco con 27/100 soles).

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal; en consecuencia, no corresponde ordenar al Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED el pago del monto de la penalidad.

CUARTO: DECLARAR que **CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE** respecto a la primera pretensión principal reconvencional.

QUINTO: ORDENAR al Consorcio SMC Industrias S.A.C. y Muebles Villa El Salvador S.A. asumir el total de los honorarios arbitrales del Árbitro Único y los honorarios de la Secretaría Arbitral; por ende, debe devolver al Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED la suma bruta ascendente a S/ 8,704.75 (Ocho mil setecientos cuatro con 75/100

Proceso Arbitral seguido por CONSORCIO SMC INDUSTRIAS S.A.C. Y MUEBLES VILLA EL SALVADOR S.A. y PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA - PRONIED

soles). Y, **ORDENA** que cada parte asuma los gastos de su defensa legal y sus gastos de peritos, expertos o ayuda técnica en los que hayan incurrido en el presente arbitraje.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes, en consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento, con arreglo a la ley que norma el arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, notificándose a las partes que se han sometido al arbitraje con arreglo a ley.



KATIA LILIANA FORERO LORA

ÁRBITRO ÚNICO