

**Dirección de Arbitraje del
Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado**

Arbitraje seguido entre

Consorcio Educativo Nacional
(Demandante)

y

Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED
(Demandado)

Expediente N° S 221-2016/SNA/OSCE

LAUDO ARBITRAL

Árbitro Único

Derik Roberto Latorre Boza

Secretaria Arbitral
Maria Fernanda Rivero Gayoso
7 de noviembre de 2019



Contenido

| | | |
|------|--|----|
| I. | GLOSARIO DE TÉRMINOS..... | 5 |
| II. | ANTECEDENTES: | 6 |
| A. | Hechos del caso..... | 6 |
| B. | Del Convenio Arbitral..... | 7 |
| C. | Instalación del proceso arbitral..... | 7 |
| D. | Normatividad aplicable al arbitraje | 7 |
| E. | Demanda arbitral..... | 7 |
| F. | Contestación de la Demanda..... | 9 |
| G. | Reconvención..... | 9 |
| H. | Contestación de la Reconvención | 9 |
| I. | Determinación de Puntos Controvertidos y admisión de medios probatorios..... | 10 |
| J. | Suspensión del Proceso Arbitral..... | 13 |
| K. | Cierre de etapa probatoria y Alegatos | 13 |
| L. | Audiencia de Informes Orales y Plazo para laudar: | 14 |
| III. | EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD | 15 |
| IV. | MATERIA CONTROVERTIDA..... | 17 |
| A. | PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO | 17 |
| A.1. | POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE) | 17 |
| A.2. | POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA) | 19 |
| A.3. | CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO..... | 21 |
| B. | SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO | 26 |
| B.1. | POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE) | 26 |
| B.2. | POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA) | 27 |
| B.3. | CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO..... | 27 |
| C. | TERCER PUNTO CONTROVERTIDO | 31 |
| C.1. | POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE) | 31 |
| C.2. | POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA) | 31 |
| C.3. | CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO..... | 33 |

| | |
|--|----|
| D. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO | 39 |
| D.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE) | 39 |
| D.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA) | 40 |
| D.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO | 40 |
| E. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO | 44 |
| E.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE) | 44 |
| E.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA) | 44 |
| E.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO | 46 |
| F. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO | 52 |
| F.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE) | 52 |
| F.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA) | 52 |
| F.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO | 53 |
| G. SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO | 57 |
| G.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE) | 57 |
| G.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA) | 57 |
| G.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO | 59 |
| H. OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO | 65 |
| H.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE) | 65 |
| H.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA) | 65 |
| H.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO | 65 |
| I. NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO | 67 |
| I.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE) | 67 |
| I.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA) | 67 |
| I.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO | 67 |
| J. DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO | 69 |
| J.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE) | 69 |
| J.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA) | 69 |
| J.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO | 69 |
| K. DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO | 71 |
| K.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE) | 71 |
| K.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA) | 71 |
| K.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO | 71 |
| L. DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO | 72 |



| | |
|---|----|
| L.1. POSICIÓN DE PRONIED (RECONVINIENTE)..... | 72 |
| L.2. POSICIÓN DEL CEN (RECONVENIDO) | 73 |
| L.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO | 73 |
| M. DECIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO | 74 |
| M.1. POSICIÓN DE PRONIED (RECONVINIENTE)..... | 74 |
| M.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)..... | 74 |
| M.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO | 74 |
| V. DECISIÓN | 75 |



I. GLOSARIO DE TÉRMINOS

| | |
|--------------------------------------|---|
| Demandante, Contratista o CEN | Consorcio Educativo Nacional |
| Demandado, Entidad o PRONIED | Programa Nacional de Infraestructura Educativa |
| El Contrato | Contrato N° 168-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED Licitación Pública N° 16-2015-MINEDU/UE 108-1 Ejecución de obra: " Mejoramiento del Servicio Educativo en los niveles inicial, primaria y secundaria de la IE Nro. 20188 -IEI NRO 627 San Vicente de Cañete – Cañete |
| El Supervisor | Consorcio Supervisor Educativo, Supervisor de la Obra |
| LCE | Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (modificada mediante la Ley N° 29873) |
| RLCE | Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (modificado mediante el Decreto Supremo N° 138-2012- EF) |
| RSNA | T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, aprobado mediante Resolución N° 016-2004- CONSUCODE/PRE de fecha 15 de enero de 2004 (modificado mediante Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE de fecha 02 de julio de 2012) |
| Ley de Arbitraje | Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el arbitraje |
| LPAG | Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General |
| Oficio N° 2716-2016 | Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED- UGEO |



II. ANTECEDENTES:

A. Hechos del caso

- i. El 19 de octubre de 2015, se suscribió el Contrato N° 168-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED para la ejecución de obra: "Mejoramiento del servicio educativo en los niveles inicial, primaria y secundaria de la IE N° 20188 - IEI N° 627 San Vicente de Cañete, Cañete, Lima"; entre el Consorcio Educativo Nacional y el Programa Nacional de Infraestructura Educativa, PRONIED. El plazo de ejecución de la obra era de 210 días calendario y el monto contractual fue previsto en la cláusula tercera y ascendía a la suma de S/ 6 752 723,25.
- ii. Con fecha 05 de noviembre de 2015 se inicia el plazo de ejecución contractual, razón por la que dicho plazo vencía el día 1 de junio de 2016.
- iii. Mediante Carta N° 065- 2016/CEN CAÑETE, recibida el 21 de julio de 2016, el CEN presentó la Ampliación de Plazo N° 20 por 21 días calendario.
- iv. Mediante Carta N° 066- 2016/CEN CAÑETE recibida el 21 de julio de 2016, el Consorcio Educativo Nacional presentó la Ampliación de Plazo N° 21 por 11 días calendario.
- v. Mediante Carta N° 108-2016-MCBT/JES-CSE de fecha 26 de julio de 2016, el supervisor, procedió con la devolución de las solicitudes ampliaciones de plazo N° 20 y N°21, señalando que: "[...] *De acuerdo al Artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no se admite las solicitudes de Ampliación de Plazo presentadas por cuanto el plazo contractual de ejecución de obra culminó el 01 de junio de 2016.*"
- vi. Mediante Carta N° 066-2016/CEN CAÑETE recibida el 26 de julio de 2016, el Consorcio Educativo Nacional presentó la Ampliación de Plazo N° 22 por 12 días calendario.
- vii. Con Carta N° 110-2016-MCBT/JES-CSE de fecha 01 de agosto de 2016, el supervisor de obra, procedió con la devolución de la solicitud de ampliación de plazo N° 22 señalando que: "*De acuerdo con el Artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no se admite las solicitudes de Ampliación de Plazo presentadas por cuanto el plazo contractual de ejecución de obra culminó el 01 de junio de 2016.*"
- viii. Mediante Carta N° 067-2016/CEN CAÑETE recibida el 04 de agosto de 2016, el CEN comunicó a la Entidad que no existe procedimiento de inadmisibilidad y de devolución de ampliaciones tal y como lo pretende establecer la supervisión .
- ix. Mediante Oficio N° 2716 -2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, recibida el 10 de agosto de 2016, el PRONIED ratificó la inadmisibilidad de las solicitudes de la Ampliaciones de Plazo N° 14 a la 22 son inadmisibles, al haber vencido el plazo contractual el 01 de junio de 2016.



B. Del Convenio Arbitral

x. Está contenido en los numerales 20.1. al 20.11 del Contrato.

C. Instalación del proceso arbitral

xi. El 18 de mayo de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación Arbitral, con la presencia del abogado Derik Roberto Latorre Boza, en su calidad de Arbitro Único, de la señora Rosa Espinoza Flores, con D.N.I. Nº 21555270, en representación del CEN y, del señor José Antonio Sánchez Romero, con DNI Nº 08232282 y con Registro del Colegio de Abogados de Lima Nº 16113, en su calidad de Procurador Público del Ministerio de Educación.

D. Normatividad aplicable al arbitraje

xii. Conforme al Acta de Instalación, son aplicables al presente caso, el contrato, la Ley de Contrataciones del Estado (LCE), aprobada mediante Decreto Legislativo Nº 1017 (modificada mediante la Ley Nº 29873) y su Reglamento (RLCE), aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF (modificado mediante el Decreto Supremo Nº 138-2012- EF).

xiii. Asimismo, de conformidad a lo dispuesto en la cláusula 20.4 del Contrato, se regirá por el T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, aprobado mediante Resolución Nº 016-2004- CONSUCODE/PRE de fecha 15 de enero de 2004 (modificado mediante Resolución Nº 172-2012-OSCE/PRE de fecha 02 de julio de 2012). En lo no regulado por el citado Reglamento, el presente procedimiento se regirá por el Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

E. Demanda arbitral

xiv. El 22 de agosto de 2016, dentro del plazo otorgado, el CEN cumplió con presentar su escrito de demanda arbitral. Con la demanda se plantearon las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión

Se declare la nulidad y/o invalidez y/o ineficacia del Oficio Nº 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha 10 de agosto de 2016, mediante la cual la entidad señala que las solicitudes de la Ampliaciones de Plazo Nº 20, 21 y 22 son inadmisibles ya que el plazo contractual venció el 01 de junio de 2016.

Segunda Pretensión

Se declare que la solicitud de Ampliación de Plazo Nº 20 presentada mediante Carta Nº 65-2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016, fue presentada dentro de plazo contractual, al constituir la última cuantificación parcial de solicitud de ampliación de plazo parcial Nº 04.



Tercera Pretensión

Se declare o reconozca el consentimiento de la Ampliación de Plazo Nº 20 por 21 días calendario, presentado mediante la Carta Nº 65 - 2016 / CEN CAÑETE del 21 de julio de 2016, al haber vencido el plazo legal para pronunciarse respecto a su procedencia; sin perjuicio del análisis de traslapes que corresponda; y así mismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos.

Cuarta Pretensión

Se declare que la solicitud de Ampliación de Plazo Nº 21 presentada mediante Carta Nº 66-2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016, fue presentada dentro de plazo contractual, al constituir la última cuantificación parcial de solicitud de ampliación de plazo parcial Nº 06.

Quinta Pretensión

Se declare o reconozca el consentimiento de la Ampliación de Plazo Nº 21 por 11 días calendario, presentado mediante la Carta Nº 66 - 2016/ CEN CAÑETE del 21 de julio de 2016, al haber vencido el plazo legal para pronunciarse respecto a su procedencia; sin perjuicio del análisis de traslapes que corresponda; y así mismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos.

Sexta Pretensión

Se declare que la solicitud de Ampliación de Plazo Nº 22 presentada mediante Carta Nº 66-2016/CEN CAÑETE de fecha 26 de julio de 2016, fue presentada dentro de plazo contractual, al constituir la última cuantificación parcial de solicitud de ampliación de plazo parcial Nº 11.

Séptima Pretensión

Se declare o reconozca el consentimiento de la Ampliación de Plazo Nº 22 por 21 días calendario, presentado mediante la Carta Nº 66-2016/CEN CAÑETE del 26 de julio de 2016, al haber vencido el plazo legal para pronunciarse respecto a su procedencia; sin perjuicio del análisis de traslapes que corresponda; y así mismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos.

Octava Pretensión

Se otorgue 21 días calendario por la ampliación de plazo total, correspondientes a las ampliaciones de plazo Nº 20, 21 y 22; y así mismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondientes.

Novena Pretensión

Se ordene la reprogramación del cronograma de obra, modificándose la fecha de culminación del plazo de ejecución de la obra del Contrato Nº 168- 2015-MINEDU/VMGI-PRONIED LICITACIÓN PÚBLICA Nº 16-2015- MINEDU/UE 108-1, EJECUCIÓN DE OBRA: "M EJORAMIENTO DEL SERVICIO EDUCATIVO EN LOS NIVELES INICIAL, PRIMARIA Y

SECUNDARIA DE LA IE Nº 20188 - IEI Nº 627 SAN VICENTE DE CAÑETE - CAÑETE - LIMA, extendiéndose éste en los días calendarios otorgados en las ampliaciones antes señaladas.

Décima Pretensión

Se ordene pago al Consorcio Educativo Nacional de los Mayores Gastos Generales por la Ampliación de Plazo Nº 20, 21 y 22, las cuales deben ser calculadas que de acuerdo con el IPC (Índice de Precio al Consumir) involucrados, según cada ampliación de plazo otorgada y al análisis de traslapes de las mismas, siendo el cálculo aproximado para la presente demanda de S/ 63, 000.00 (Sesenta y Tres Mil con 00/100 Soles) sin IGV.

Trigésima [sic] Sexta Pretensión

Se ordene a la PRONIED el reembolso al Consorcio EDUCATIVO NACIONAL de todos los gastos y costos derivados del presente arbitraje.

F. Contestación de la Demanda

xv. El 7 de octubre de 2016, dentro del plazo otorgado, PRONIED presentó su contestación de demanda.

G. Reconvención

En el escrito de contestación de demanda del 07 de octubre de 2016, el PRONIED formuló su reconvención, planteando las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal

Que, se declare la nulidad del acto administrativo ficto que supuestamente aprueba las solicitudes de ampliación de plazo Nº 20, 21 y 22 de conformidad a lo establecido en el numeral 3 del Artículo 10 de la Ley 27444.

Pretensión Accesoria A La Primera Pretensión Principal

Que, a consecuencia de lo anterior, el Árbitro Único declare que no corresponde que la Entidad pague los mayores gastos generales solicitados por el contratista respecto a las ampliaciones de plazo Nº20 Nº21, Nº22.

H. Contestación de la Reconvención

xvi. El 30 de noviembre de 2016, dentro del plazo otorgado, el CEN presentó su contestación a la reconvención planteada por el Demandado sin absolver las pretensiones reconvencionales. Formuló en dicho escrito una excepción de caducidad contra las pretensiones reconvencionales.



I. Determinación de Puntos Controvertidos y admisión de medios probatorios

xvii. En Audiencia de determinación de puntos controvertidos, admisión de medios e ilustración de hechos, realizada el 09 de noviembre de 2017, se determinaron las materias o puntos controvertidos que serán objeto de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral, que a continuación se detallan:

Puntos controvertidos relacionados con la demanda:

- a) Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO mediante el cual la Entidad señaló que las solicitudes de Ampliación de Plazo N° 20, 21 y 22 son inadmisibles porque el plazo contractual venció el 1 de junio de 2016.
- b) Determinar si corresponde o no declarar que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 20 planteada con la Carta N° 65-2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016 fue presentada por el Contratista dentro del plazo contractual, al constituir la última cuantificación parcial de solicitud de Ampliación de plazo parcial N° 4.
- c) Determinar si corresponde o no que se reconozca el consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 20 por 21 días calendario planteada con la Carta N° 65- 2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016, al haber vencido el plazo legal para pronunciarse respecto a su procedencia sin perjuicio del análisis de traslapes que corresponda, y, asimismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos.
- d) Determinar si corresponde o no declarar que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 21 planteada mediante Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE del 21 de julio de 2016, fue presentada dentro del plazo contractual, al constituir la última cuantificación parcial de solicitud de Ampliación de plazo parcial N° 6.
- e) Determinar si corresponde o no declarar o reconocer el consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 21 por 11 días calendario presentada por el Contratista mediante Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE del 21 de julio de 2016, al haber vencido el plazo legal para pronunciarse respecto a su procedencia, sin perjuicio del análisis de traslapes que corresponda y, asimismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos.
- f) Determinar si corresponde o no declarar que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 22 planteada mediante Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE del 26 de julio de 2016, fue presentada por el Contratista dentro del plazo contractual al constituir la última cuantificación parcial de la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 11.
- g) Determinar si corresponde o no declarar o reconocer el consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 22 por 21 días calendario presentada por el Contratista mediante Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE del 26 de julio de 2016, al haber vencido el plazo legal para pronunciarse respecto a su procedencia, sin perjuicio del análisis de traslapes que corresponda, y, asimismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos.

- h) Determinar si corresponde o no otorgar 21 días calendario por la Ampliación de Plazo total, correspondiente a las Ampliaciones de Plazo N° 20, 21 y 22, y, asimismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondientes.
- i) Determinar si corresponde o no ordenar la reprogramación del cronograma de obra, modificándose la fecha de culminación del plazo de ejecución de la Obra objeto del Contrato N° 168-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED LICITACIÓN PÚBLICA N° 16-2015-MINEDU/UE 108-1, Ejecución de la Obra "Mejoramiento del servicio educativo en los niveles inicial, primaria y secundaria de la IE N° 20188 - IEI N° 627 San Vicente de Cañete - Cañete - Lima, extendiéndose en los días calendarios otorgados en las Ampliaciones antes señaladas.
- j) Determinar si corresponde o no ordenar el pago al Contratista por las Ampliaciones de Plazo N° 20, N° 21 y N° 22, las cuales deben ser calculadas de acuerdo al IPC (índice de Precio al Consumidor) involucrados, según cada ampliación de plazo otorgada y al análisis de traslapes de las mismas, siendo el cálculo aproximado de S/ 63,000.00 sin IGV.
- k) Determinar si corresponde o no se ordene a la Entidad el reembolso al Contratista de todos los gastos y costos derivados del presente arbitraje.

Puntos en controversia relacionados con la Reconvención:

- a) Determinar si corresponde o no declarar la nulidad del acto administrativo ficto que aprueba las solicitudes de Ampliación de Plazo N° 20, N° 21 y N° 22 de conformidad a lo establecido en el numeral 3 del artículo 10º de la Ley N° 27444.
- b) Como consecuencia de lo anterior, determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad no pague los Mayores Gastos Generales solicitados por el Contratista respecto a las Ampliaciones de Plazo N° 20, N° 21 y N° 22.

xviii. Asimismo, en Audiencia de determinación de puntos controvertidos, admisión de medios e ilustración de hechos, se procedió a admitir las pruebas para el presente arbitraje:

De la demanda arbitral presentada por el CEN el 22 de agosto de 2016

Con relación al Contratista:

Se admitieron los cuatro (4) medios probatorios documentales referidos en el numeral VI. "MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito N ° 01 de fecha 22 de agosto de 2016, comprendidos en los numerales 6.1 al 6.5.

Respecto al medio probatorio identificado como numeral 6.5, el Contratista ofreció el "Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha 10 de agosto de 2016 mediante el cual el PRONIED sea la que las solicitudes de la (sic) Ampliaciones de Plazo N° 14 a la 22 son inadmisibles, al haber vencido el plazo contractual el 01 de junio de 2016", sin embargo, dicho documento no fue anexado a la demanda, no obstante ello se

advirtió que fue presentado en calidad de Anexo 04-E de su escrito N° 4 de fecha 30 de noviembre de 2016.

Con relación a la Entidad:

Se admitieron los ocho (8) medios probatorios documentales referidos en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS CONJUNTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA" de su escrito N° 01 presentado con fecha 7 de octubre de 2016, identificados con los literales a) al h).

Asimismo, se precisó que el medio probatorio identificado en el literal g) señala que se trata de la "Carta N° 66-2016/CEN-CAÑETE (Ampliación de plazo 20)", advirtiéndose que se trata de un error material porque revisado el documento consta que se refiere a la Ampliación de plazo N° 22.

De la reconvención arbitral presentada por el PRONIED el 07 de octubre de 2016

Con relación a la Entidad:

Conforme se ha indicado previamente, la Entidad ha efectuó un ofrecimiento conjunto de medios probatorios de la contestación de la demanda y la reconvención.

Con relación al Contratista:

Conforme se advierte del escrito de contestación de la reconvención (Escrito N° 4) de fecha 30 de noviembre de 2016, dicha parte ofreció como medios probatorios documentales conjuntos los señalados en el acápite II de dicho escrito identificados en los numerales 2.1 al 2.5.

Adicionalmente, el Árbitro Único admitió los documentos presentados en calidad de anexos 04-F y 04 -Gen el acápite 111 ("ANEXOS CONJUNTOS") del escrito N° 4 antes mencionado; así como los anexados por el Contratista en su escrito N° 9 de fecha 8 de setiembre de 2017, referidos a los expedientes S085-2016/SNA-OSCE y S215-2016/SNA-OSCE.

xix. En atención a lo manifestado por las partes, durante la Audiencia de determinación de puntos controvertidos, admisión de medios probatorios e ilustración de hechos, el Árbitro Único requirió a las partes en calidad de pruebas de oficio lo siguiente:

Pruebas de oficio:

- a) El Contratista y la Entidad deberán presentar una línea de tiempo respecto a las ampliaciones de plazo N° 20, N° 21 y N° 22, que comprenda además su vinculación con otras ampliaciones, de ser el caso.
- b) Que el Contratista y la Entidad remitan un escrito donde señalen si desde su punto de vista los otros dos arbitrajes en trámite señalados por el primero (S85-2016 y S215-216/SNA-OSCE) tendrían o no incidencia en el presente arbitraje.
- c) Solicitar a la Entidad que presente el documento mediante el cual otorgó facultades al funcionario que emitió el Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha 10 de agosto de 2016, con el cual se denegaron las solicitudes de ampliación de plazo materia del presente arbitraje, para lo cual la Secretaría del

SNA-OSCE remitirá un Oficio al PRONIED, sin perjuicio de que la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación lo gestione directamente

- d) Que el Contratista cuantifique con precisión los gastos generales a lo que se refiere la presente demanda.

xx. Con fecha 20 de julio de 2017, mediante escrito con sumilla "Absuelvo traslado", PRONIED absuelve la excepción de caducidad deducida por el CEN.

xxi. Con fecha 22 de noviembre de 2017, mediante escrito con sumilla "Cumplio Mandato" dentro del plazo otorgado, el CEN cumple con presentar las pruebas de oficio.

xxii. Con fecha 23 de noviembre de 2017, mediante escrito con sumilla "Solicito plazo adicional", dentro de plazo otorgado, el PRONIED solicita plazo adicional para cumplir con lo requerido.

xxiii. Con fecha 28 de noviembre de 2017, mediante oficio 7762-2017-MINEDU/VMGI-PRONIED con asunto "Se remite información solicitada", el PRONIED remite documentación mediante la cual se le otorga facultades al funcionario que emitió el oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha 10 de agosto de 2016, con el cual se denegaron las solicitudes de ampliación de plazo materia del presente arbitraje.

xxiv. Con fecha 20 de diciembre de 2017, mediante escrito con sumilla "Absuelvo resolución N° 07" el PRONIED presentó una línea de tiempo respecto a las ampliaciones de plazo N° 20, N° 21 y N° 22; del mismo modo señaló que, desde su punto de vista, los otros dos arbitrajes en trámite señalados (S85-2016 y S215-216/SNA-OSCE) no tienen incidencia en el presente arbitraje.

xxv. Con fecha 15 de enero de 2018, mediante escrito con sumilla "Absuelvo resolución N° 08" el PRONIED solicita que se admita como medio de prueba el informe N° 97-2017-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEO-EST del 28 de diciembre de 2017.

J. Suspensión del Proceso Arbitral

xxvi. En Audiencia Especial, realizada el 06 de marzo de 2018, resolvió suspender el proceso por un lapso de sesenta (60) días calendario, contado a partir del día siguiente hábil de notificada la presente acta a las partes.

K. Cierre de etapa probatoria y Alegatos

xxvii. Mediante Resolución N° 13, del 05 de octubre de 2018, se dispuso el cierre de la etapa probatoria del presente proceso y se otorgó a ambas partes un plazo de 5 días hábiles, a fin de que, de considerarlo pertinente, presenten sus alegatos escritos complementarios.

xxviii. Con fecha 19 de octubre de 2018, mediante escrito con sumilla "Tener Presente" el CEN solicitó que los Anexos 16-A al 16-W sean considerados por el Arbitro Único en calidad de pruebas de oficio.

- xxix.** Con fecha 08 de mayo de 2019, el PRONIED presenta escrito con sumilla "Oposición a los medios probatorios".
- xxx.** Con Resolución Nº 18 se declaró infundada la oposición formulada por la Entidad contra los medios probatorios presentados con el escrito de 19 de octubre de 2018 y fundada la oposición formulada por la Entidad contra los medios probatorios presentados con el escrito de 18 de diciembre de 2018.

L. Audiencia de Informes Orales y Plazo para laudar:

- xxxi.** El 24 de julio de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la participación de ambas partes.
- xxxii.** Mediante Resolución N° 20, notificada a ambas partes con fecha 19 de setiembre de 2019, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, computado desde el día siguiente de efectuada la notificación a ambas partes con la presente Resolución, plazo que se prorroga automáticamente por quince (15) días hábiles adicionales. Por tanto, el plazo total para laudar vence el día 12 de noviembre de 2019.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "S. G. S." or a similar initials.

III. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

1. El CEN interpuso excepción de caducidad respecto a las pretensiones de la reconvención, toda vez que considerando que dichas pretensiones se formularon vencidos los plazos de caducidad previstos en el artículo 52 de la LCE y del artículo 215 del RLCE, considerando que el CEN sostuvo que sus solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 habría sido aprobadas por falta de pronunciamiento de la Entidad y por tanto habrían quedado consentidas el 11 y 16 de agosto de 2016. Dicha comunicación se hizo mediante Carta N° 067-2016-CEN CAÑETE.

Esto habría sido abordado en el Oficio N° 2716-2016. El plazo de caducidad, según se puede deducir de la excepción debía computarse desde el 11 y 16 de agosto de 2016 respectivamente y la Entidad no habría controvertido dicha alegación del CEN oportunamente, pues su reconvención se presentó el día 7 de octubre de 2016.

2. PRONIED sostiene por su parte que en el caso del artículo 201, el plazo de caducidad respecto a las ampliaciones de plazo está impuesto al Contratista, pues es esta la que querría discutir el pronunciamiento o la falta de pronunciamiento de la Entidad. Por tanto, la Entidad no tiene un plazo determinado para que pueda someter a arbitraje un acto administrativo ficto
3. Debe tenerse en cuenta que la caducidad está prevista a fin de dotar de seguridad jurídica a determinada situación (verbigracia, la aprobación o no de una solicitud de ampliación de plazo), si la parte que pretende cuestionar o rechazar la referida realidad no ejerce las acciones que le franquea el ordenamiento jurídico para revertirla; es decir, si se generó determinado hecho que es susceptible de dar lugar a una controversia, la parte interesada en cuestionar ese *statu quo* debe hacerlo dentro de los plazos previstos. En el presente caso, el *statu quo* estaría configurado por una situación fáctica y jurídica que es el rechazo y declaración de inadmisibilidad de las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 por parte de la Entidad mediante el Oficio N° 2716-2016. Quien cuestiona ese *statu quo* es el CEN, pues alega que el referido pronunciamiento es nulo e ineficaz por diferentes vicios administrativos. ¿Quién debería iniciar un arbitraje para cuestionar la validez de ese pronunciamiento y, por tanto, que se determine si en efecto operó la aprobación ficta de sus solicitudes? La interesada en cuestionar ese *statu quo* es, sin lugar a dudas, la Contratista.

En este caso, entonces, el plazo de caducidad no se ha previsto y no puede operar en contra de quien sostiene un *statu quo*, máxime cuando la Entidad manifestó que las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 fueron declaradas inadmisibles por ella mediante el Oficio N° 2716-2016. Es más, es ese documento el que es objeto de la primera pretensión de la demanda del CEN y, además, el consentimiento de las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 constituye objeto de la tercera, quinta y séptimas pretensiones de su demanda. Por tanto, son esos temas los que se están discutiendo en el presente arbitraje.

Ahora bien, adicionalmente, se tiene que el plazo de caducidad no ha sido previsto de manera específica para el caso de cuestionar la supuesta aprobación ficta de las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22.

Al respecto, nótese que el numeral 2 del artículo 52 de la LCE establece que: "[...] Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento".

El artículo 201 del RLCE señala que "Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión". Este plazo es claro que está planteado para que el CONTRATISTA discuta el pronunciamiento (o la falta de este) por parte de la Entidad; no está previsto para que la propia Entidad discuta la validez de su pronunciamiento.

Por las consideraciones anteriores, la excepción de caducidad deducida por el CEN debe declararse infundada.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "J. G.", is positioned in the upper right area of the page.

IV. MATERIA CONTROVERTIDA

Las posiciones de las partes, desarrolladas a continuación, en el análisis de cada punto controvertido, han sido obtenidas de sus escritos de demanda, contestación de demanda, reconvención, contestación de reconvención, alegatos y demás escritos presentados.

A. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO mediante el cual la Entidad señaló que las solicitudes de Ampliación de Plazo N° 20, 21 y 22 son inadmisibles porque el plazo contractual venció el 1 de junio de 2016.

A.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE)

4. El CEN señala que el Oficio N° 2716-2016 no cumple con los requisitos de validez del Acto Administrativo, artículo 3 de la LPA.

Sobre este tópico, el CEN indica que el Oficio N° 2716-2016 no cumple con el requisito de validez del Acto Administrativo referido a la Competencia, argumentando que dicho documento no fue suscrito por órgano facultado, toda vez que el funcionario facultado a emitir pronunciamiento respecto las solicitudes de ampliación de plazo es el Director Ejecutivo; sin embargo, quien suscribió el Oficio N° 2716-2016 fue el Jefe de la Unidad Gerencial de Estudios y Obras. Si bien existe la Resolución Directoral Ejecutiva N° 004-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED mediante la que se delegan facultades, señala el CEN que los "poderes que de la lectura de ese documento se advierte están referidos a resolver ampliaciones de plazo de bienes y servicios y no de obras".

Indica que su posición es corroboraba por el OSCE en la Opinión N° 011-2012/DTN, la misma que concluye que "la denegación de la solicitud de ampliación de plazo debe realizarse expresamente, mediante Resolución del Titular de la Entidad o del funcionario a quien este haya delegado la facultad"; además, señala esta misma opinión que cuando el funcionario delegado no emita resolución "emitirá el documento que corresponda, cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General".

Cita, además, la Opinión N° 195-2015/DTN, en la que el OSCE concluye que "el Titular de la Entidad podría delegar a otro órgano o funcionario la emisión del pronunciamiento a través del cual se responden las solicitudes de ampliación del plazo contractual, toda vez que dicha facultad no se encuentra comprendida entre los supuestos en los que la delegación está prohibida"; precisa, además, que, considerando que "el funcionario u órgano encargado de resolver las solicitudes de ampliación de plazo no necesariamente emite los actos administrativos propios de su función a través de una resolución. En estos casos, se debe aceptar como válida el acta que le corresponda emitir, siempre que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General"



5. Añade el CEN que el Oficio N° 2716-2016 no cumple con el requisito de validez del Acto Administrativo referido a la finalidad pública, argumentando que el Demandado no cumplió con la finalidad de evaluar y resolver respecto a los procedimientos de aprobación de plazo N° 20, 21 y 22; actuando de una manera diferente a lo prescrito en el artículo 201 del RLCE. En tal sentido, agrega que el Demandado ha configurado una causal de nulidad de acto administrativo.
6. Añade, el CEN, que el Oficio N° 2716-2016 no cumple con el requisito de validez del Acto Administrativo referido a la motivación, argumentando que dicho acto administrativo no se encuentra debidamente motivado, debido a que no se analizó las solicitudes de Ampliación de Plazo.

En opinión del CEN, dicha situación es contraria a lo establecido en el artículo 6 de la LPAG por cuanto su numeral 6.1. señala que la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta de los hechos probados relevantes del caso específico; así mismo, en el numeral 6.3. se señala que no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación.

7. Por otro lado, el CEN considera que el Oficio N° 2716-2016 no cumple con el requisito de validez del Acto Administrativo referido al Procedimiento Regular, debido a que no se ajusta al procedimiento regular; explica que el procedimiento regular no señala de manera expresa excepción para la Entidad de emitir la Resolución de funcionario facultado en la materia, y menos aún la posibilidad de devolución de las solicitudes de ampliación de plazo.
8. Según el CEN, el Oficio N° 2716-2016, vulnera el Principio de Debido Procedimiento establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.

En palabras del CEN, el Oficio N° 2716-2016 adolece de vicio de nulidad, pues no cumple con los requisitos de validez, vulnera el Principio del Debido Procedimiento y lo establecido en el artículo 201 del RLCE.

Advierte el CEN que el Oficio N° 2716-2016 es nulo y/o inválido y/o ineficaz, debido a que fue emitido sin el correspondiente análisis de fondo, es decir sin ningún tipo de análisis respecto de la afectación a la ruta crítica del cronograma de la obra, y menos los requisitos de su procedencia. No existe procedimiento de inadmisibilidad y/o devolución de solicitudes de ampliación de plazo. Indica el CEN que el procedimiento no prescribe dicho supuesto; por tanto, la Entidad se encontraba obligada a emitir la resolución correspondiente respecto la procedencia o improcedencia de las ampliaciones de plazo solicitadas, debiendo ser otorgadas las Ampliaciones de Plazo N° 20, 21 y 22 debidamente presentadas, sustentadas y cuantificadas.

Para el CEN, el actuar de la Supervisión y el Demandado no se encuentra sujeto al Procedimiento de Aprobación de las Solicitudes de Ampliación de Plazo, conforme lo establece el artículo 201 del RLCE, en el cual en ninguno de sus extremos comprende la posibilidad o la excepción para la Entidad de emitir pronunciamiento respecto a los requisitos de procedencia en dicho artículo contemplado.

Así, para el CEN, tampoco existe, dentro del procedimiento, la posibilidad de devolución de la solicitud de ampliación de plazo, tal y como lo pretende instaurar la supervisión.

En tal sentido, concluye el CEN que, no existiendo dentro del procedimiento de aprobación de ampliación de plazo del artículo 201 del RLCE, la posibilidad de devolución de la solicitud de ampliación de plazo, no se ajustan al principio de Legalidad las "devoluciones" de las Solicituds de Ampliación de Plazo N° 20 y 21 mediante la Carta N° 108-2016-MTCBT/JES-CSE del 26 de julio de 2016 (ANEXO 04- C), ni la "devolución" de la solicitud de ampliación de plazo N° 22 mediante la Carta N° 110-2016-MCBT/JES-CSE del 01 de agosto de 2016 (ANEXO 04-D).

9. Precisa el CEN que, durante la ejecución del contrato, se han generado 25 solicitudes de ampliación de plazo, las cuales se encuentran en controversia, en los expediente N° S-085-2016/SNA- OSCE (solicitud de ampliación de plazo N° 01), S-215-2016/SNA-OSCE (Solicituds de Ampliación de Plazo de la N° 04 a la N° 19), S-221-2016/SNA-OSCE (solicitud de Ampliación de Plazo N° 20, 21 y 22) y S-280-2016/SNA-OSCE (solicitud de ampliación de plazo N° 23), y se encuentran en trámite las controversias de la Solicituds de Ampliación N° 24 y 25.

Explica, además, que las solicitudes de Ampliación de Plazo N° 20, 21 y 22 se han generado cuando las ampliaciones de plazo N° 01, 04 a la 19 se encontraban en controversia, es decir, durante la existencia de controversias respecto a la ampliación de plazo que evidentemente afectan al cronograma contractual.

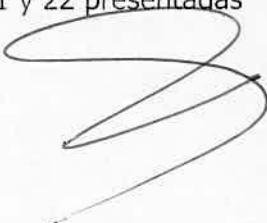
10. En su Escrito N° 20, el CEN precisa que los medios probatorios relevantes para resolver este punto controvertido son el mismo Oficio N° 2716-2016, así como las Cartas N° 108 y 110-2016-MTCBT/JES-CSE que le fueron remitidas por el Supervisor de la Obra con fechas 26 de julio y 1 de agosto de 2016, respectivamente.

A.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)

11. El PRONIED sostiene que el Oficio N° 2716-2016 es válido y eficaz por cumplir con todos los requisitos establecidos en la LCE y el RLCE, así como, la LPAG.

En ese sentido, el PRONIED señala que sí se cumple con el requisito de competencia, toda vez que el ingeniero Ronald Barrios de Mendoza era el funcionario competente para suscribir el Oficio N° 2716-2016, mediante el cual se pronuncia respecto a la solicitud de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22. Al respecto, el PRONIED menciona que el Jefe de la Unidad Gerencial de Estudios y Obras, en todo momento actuó dentro de sus facultades delegadas por el Director Ejecutivo para pronunciarse respecto a las solicitudes de ampliación de plazo para suscribir dicho oficio.

12. El PRONIED manifiesta que sí se cumple con el requisito de objeto, toda vez que la emisión del Oficio N° 2716-2016, se dio a fin de emitir el debido pronunciamiento respecto a las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 presentadas de forma extemporánea por el Contratista, respetando en todo momento el debido procedimiento establecido en el artículo 201 del RLCE.
13. Respecto del requisito de finalidad publica, el PRONIED considera que cumplió con pronunciarse respecto a la solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 presentadas



por el Contratista; señala, además, que todas las actuaciones de la Entidad han sido emitidas en concordancia con la LCE y el RLCE.

14. Respecto del requisito de motivación, el PRONIED, menciona que el Oficio N° 2716-2016, se pronuncia sobre los pedidos o requerimientos de prórroga fundamentado en lo dispuesto por el artículo 201 del RLCE. En ese sentido, agrega que dicho documento cumple con el requisito de motivación, debido a que está debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

En opinión del PRONIED, las solicitudes de ampliación de plazo no han cumplido con el requisito fundamental de procedencia de ser presentadas dentro del plazo vigente de ejecución de la obra, conforme al artículo 201 del RLCE; por tal motivo, añade, no corresponde alegar el consentimiento de dichas ampliaciones de plazo.

En palabras del Demandado, si una solicitud de ampliación de plazo no ha sido presentada dentro del plazo legal establecido, es como si no se hubiera presentado; más aún cuando la norma expresamente no establece ninguna salvedad en modo y plazo para continuar con el procedimiento legal en las condiciones que el Contratista pretendió imponer; por lo que, al no activarse el procedimiento legal para conceder una ampliación de plazo, no podría declararse que las solicitudes de ampliación de plazo han quedado consentidas.

15. Respecto del requisito de procedimiento regular, el PRONIED argumenta que, conforme a la LCE concordantes con las Opiniones del OSCE, la Entidad no se encuentra obligada a emitir una Resolución, sino un documento que cumpla con todos los requisitos del artículo 3 de la LPAG.

El PRONIED indica que el Oficio materia de discusión es válido y eficaz pues se encuentra conforme al cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación; en consecuencia, no vulnera el principio del Debido Procedimiento.

16. Al respecto, el PRONIED precisa que el Contratista solicita se declare la nulidad de dicho acto administrativo sin ningún fundamento jurídico válido, pues en el escrito de demanda no se verifica que el CEN haya identificado claramente cuál es la causal de nulidad que adolecería el Oficio N° 2716-2016, ello conforme a las causales establecidas en el artículo 10 de la LPAG.

Por lo tanto, el PRONIED señala que el Oficio N° 2716-2016, no contiene ningún vicio que cause su nulidad o ineficacia ya que no contraviene la Constitución, la LCE o el RLCE, ni carece de ninguno de sus requisitos de validez, ni mucho menos se ha emitido en infracción a la ley penal; por tales motivos y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 201 del RLCE, el PRONIED concluye que no corresponde amparar la solicitud de Ampliación de Plazo N° 20, 21 y 22. En consecuencia, argumenta que se declare improcedente la primera pretensión.

Por otro lado, el PRONIED menciona que no puede tener la certeza de que las preexistentes 17 solicitudes de ampliación de plazo que se encuentran en controversia, serán resueltas de forma favorable al contratista.

Sobre el particular, el PRONIED explica que los únicos datos concretos de los que se tiene certeza son los siguientes:



- El plazo de ejecución de la obra culminó el 1 de Junio de 2016.
- Las solicitudes de ampliación de plazo N° 20 y 21 fueron presentadas mediante carta N° 65-2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016
- La ampliación de plazo N° 22 fue presentada mediante carta N° 66-2016/CEN CAÑETE de fecha 26 de julio de 2016

En relación a ello, el PRONIED manifiesta que toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra.

PRONIED destaca que el OSCE en la Opinión N° 027-2012/DTN ha señalado que "el artículo 201 del Reglamento establece el procedimiento a seguir para la procedencia de ampliación de plazo, indicando, entre otros, el plazo con el que cuenta el contratista y ante quien podrá solicitar la ampliación de plazo. Al respecto toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliación de plazo".

En ese sentido, señala el PRONIED que, en aplicación del artículo 201 del RLCE, dichos requerimientos de prórroga han sido presentados de forma extemporánea, debido a que fueron presentadas en fecha posterior al 1 de junio de 2016, fecha de conclusión del plazo de ejecución de la obra.

17. En consecuencia, concluye el PRONIED que el Oficio N° 2716-2016 cumple debidamente con no admitir dichas solicitudes; debido a que éstas no cumplieron con el requisito fundamental para su procedencia, que es el presentarlas dentro del plazo vigente de ejecución de obra; y, como consecuencia de ello, el Demandante tampoco siguió el procedimiento legal establecido en el artículo 201 del RLCE. Por tanto, no corresponde que el Demandante alegue el consentimiento de dichas ampliaciones de plazo, debido a que el mismo artículo menciona que si dicha solicitud de ampliación de plazo fue presentada de forma extemporánea, esta no debe ser admitida.

Señala el PRONIED que el artículo 201 del RLCE regula la posibilidad de que las solicitudes de ampliación de plazo presentadas fuera del plazo vigente de ejecución de obra sean declaradas como no admisibles. En consecuencia, agrega que la emisión del Oficio N° 2716-2016, que declara que no son admisibles las solicitudes de ampliación de plazo N° 20 N° 21 y N° 22, por ser extemporáneas, es válido y eficaz.

A.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

18. El objeto de la primera pretensión de la demanda busca que se determine "si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez y/o ineficacia del Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO". Por tanto, el análisis de la posición de las partes, así como de los documentos presentados y la aplicación de la normativa correspondiente, debe hacerse en ese sentido; es decir, para poder dilucidar si ese documento cumple o no con los requisitos de validez o si, por el contrario, incurrió en algún vicio que genere como consecuencia su nulidad.

El artículo 201 del RLCE, al regular el procedimiento de las ampliaciones de plazo establece, primero, que "el Contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo [...]

En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo".

Segundo, prescribe que el supervisor "emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad".

Tercero, señala que toda solicitud de ampliación de plazo "debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo".

Ahora bien, ambas partes han señalado de manera expresa que el inicio del plazo de ejecución contractual de la obra se dio el 5 de noviembre de 2015, razón por la que el plazo original del Contrato (210 días calendario) vencía el día 1 de junio de 2016.

Las solicitudes de ampliación de plazo Nº 20, 21 y 22, que se discuten en el presente arbitraje, fueron presentadas por el CEN mediante Cartas Nº 065 (21 de julio de 2016), 066 (21 de julio de 2016) y 066-2016/CEN CAÑETE (26 de julio de 2016).

De manera atípica en lo que refiere a los procedimientos de ampliación de plazo, la Supervisión, mediante Cartas Nº 108 (26 de julio de 2016) y 110-2016-MCBT/JES-CSE (1 de agosto de 2016), devolvió las solicitudes de ampliación de plazo Nº 20, 21 y 22 del CEN, señalando que no eran admitidas por haberse presentado cuando ya había vencido el plazo vigente de ejecución de obra.

Por último, mediante Oficio Nº 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, recibido el 10 de agosto de 2016, el PRONIED ratificó la inadmisibilidad de las solicitudes de la Ampliaciones de Plazo Nº 20, 21 y 22, al haber vencido el plazo contractual el 1 de junio de 2016, adjuntando, además, el Informe Nº 220-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEO-MMCT, siendo que esas solicitudes de ampliación de plazo se presentaron en forma posterior a la fecha en que venció el plazo vigente de ejecución contractual.

Se ha desarrollado el debate sobre la validez o invalidez del Oficio Nº 2716-2016 considerando los requisitos de validez que establece el artículo 3 de la LPAG: competencia, objeto o contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular.

Competencia

19. Lo primero que hay que evaluar es si el Oficio Nº 2716-2016 cumplió con el requisito de competencia. En tal sentido, dicho documento fue suscrito por el Jefe de la Unidad Gerencial de Estudios y Obras. ¿Contaba este funcionario con las facultades para emitir pronunciamiento respecto a solicitudes de ampliación de plazo?

El Demandante cuestiona que no se haya emitido la resolución administrativa correspondiente por parte del Director Ejecutivo y, además, que quien firmó el referido

documento no cuenta con las facultades para ello. Es más, precisa que si bien existe la Resolución Directoral Ejecutiva N° 004-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED, los "poderes que de la lectura de ese documento se advierte están referidos a resolver ampliaciones de plazo de bienes y servicios y no de obras".

Frente a ello, el PRONIED afirma que el ingeniero Ronald Barrios de Mendoza era el funcionario competente para suscribir el Oficio N° 2716-2016, mediante el cual se pronuncia respecto a las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, N° 21 y N° 22.

En primer lugar, no existe ninguna exigencia legal o reglamentaria que limite el "pronunciamiento" de la Entidad a la emisión de una resolución, pudiendo, por tanto, las Entidades emitir cualquier documento en la medida que se cumplan con los requisitos que deben verificarse para la validez de un pronunciamiento por parte de la Administración Pública. Por tanto, en el caso del el Oficio N° 2716-2016 hay que verificar si dicho documento cumple o no con los requisitos para su validez. El PRONIED, en relación con las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22, emitió y comunicó al Contratista, por lo menos los siguientes documentos que contienen su pronunciamiento sobre dichas solicitudes:

- Carta N° 108-2016-MCBT/JES-CSE, de fecha 26 de julio de 2016, mediante la que el Supervisor de Obra informa al CEN que "no se admite las solicitudes de Ampliación de Plazo presentadas por cuanto el plazo contractual de ejecución de obra culminó el 1 de junio de 2016".
- Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, de 10 de agosto de 2016, mediante el cual el Jefe de la Unidad Gerencia de Estudios y Obras señala que "el supervisor ha actuado en total observancia de la norma legal, en la medida que al haber recibido las solicitudes de prórroga y verificado que el plazo contractual ha vencido el 01.06.16, ha procedido a comunicarles que dichos requerimiento no son admisible, posición que es ratificada por la Entidad a través de la presente comunicación". Este Oficio adjunta, además, el Informe N° 220-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEO-MMCT como sustento de lo comunicado en él.

Ahora bien, la Resolución Directoral Ejecutiva N° 004-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED y, además, la Resolución Directoral Ejecutiva N° 187-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED, no dan constancia de que se haya delegado las facultades de emitir pronunciamiento respecto a ampliaciones de plazo a favor del Jefe de la Unidad Gerencial de Estudios y Obras. Sí se aprecia que dichas facultades fueron delegadas a favor del Jefe de la Oficina General de Administración. Por tanto, estaríamos frente a un documento (Oficio N° 2716-2016) que fue suscrito por un funcionario que no tenía —al menos de los medios probatorios que se ha actuado en el presente arbitraje—, facultades para emitir pronunciamiento sobre las ampliaciones de plazo solicitadas por el Contratista en el marco del Contrato N° 168-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED, para la ejecución de la obra "Mejoramiento del Servicio Educativo en los niveles inicial, primaria y secundaria de la IE N° 20188-IEI N° 627 San Vicente de Cañete – Cañete".

¿Se requería que las normas establecidas a nivel interno (la Resolución Directoral Ejecutiva N° 004-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED) establecieran de manera expresa la facultad del Jefe de la Unidad Gerencial de Estudios y Obras para modificar contratos o resolver solicitudes de ampliación de plazo? Sí, al tratarse de una delegación de facultades, esto debió ser establecido por las normas internas del PRONIED. Es decir, el Oficio N° 2716-

2016, con el que la Entidad se pronunciaba respecto a la solicitud de ampliación de plazo, tendría que haber sido emitido por parte del funcionario con las competencias correspondientes; es decir, aquel que tenga establecida conforme a la normativa o aquel a cuyo favor haya sido delegada la facultad de resolver solicitudes de ampliación de plazo.

Por tanto, la Entidad emitió un documento (el Oficio N° 2716-2016) para pronunciarse respecto a una solicitud de ampliación de plazo, pero este documento fue suscrito por un funcionario al que no le fue delegada específicamente esta facultad y que, por tanto, resultaba incompetente. Esta situación constituiría un defecto de ese acto administrativo, pues no se estaría cumpliendo con uno de los requisitos de validez del acto administrativo. ¿Cuáles serían las consecuencias de esto?

Sobre el particular, Dromi señala que un acto administrativo tiene un vicio leve cuando es emitido "por órgano incompetente en razón del grado cuando la avocación o delegación estén permitidas" o "por un funcionario de hecho, que ejerce efectivamente un cargo administrativo existente bajo apariencia de legitimidad. En ese sentido, generarían la anulabilidad del mismo, es decir, se considera regular y se presume dotado de legitimidad y ejecutividad¹. Y en ese caso, aplicando este tema a las competencias de la Administración durante la ejecución de un contrato, señala que los vicios en la competencia y voluntad administrativa se "regirán por las normas propias del acto administrativo"².

Sin embargo, el mismo Dromi señala que son vicios graves y dan como consecuencia la nulidad del acto administrativo cuando "Adolece de incompetencia en razón de la materia, por haberse ejercido atribuciones de otros órganos o entes administrativos"³.

El Oficio N° 2716-2016 fue emitido por el Jefe de la Unidad Gerencial de Estudios y Obras, cuando el Director Ejecutivo del PRONIED había delegado, al menos de lo que se verifica de los medios probatorios presentados en el presente arbitraje, la facultad de resolver ampliaciones de plazo al Jefe de la Oficina General de Administración.

Por ello, es importante tomar en cuenta en este caso la regulación general de la LPAG, en su artículo 14, que establece los supuestos de conservación del acto administrativo, tomando en consideración que esta figura procede cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, "no sea trascendente" (numeral 14.1) considerando como uno de los supuestos de vicios no trascendentales el acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, "considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado" (numeral 14.2.3) e incluso cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo "que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio" (numeral 14.2.4). En buena cuenta, esta última causal "pretende evitar a la administración, en función del valor eficacia, que se proceda a declarar formales nulidades, cuando la decisión final del tema será irremediablemente la misma", razón por la cual "el legislador ha realizado un análisis de costo beneficio, entre favorecer la cultura de la formalidad que indicaría la necesidad de declarar la nulidad de un acto viciado, para luego tener que resolver la misma materia, y, por otro, admitir la

¹ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Gaceta Jurídica Ciudad Argentina, Lima, 2005, Tomo I, pp. 378-379

² Ibídem, p. 461

³ Ibídem, p. 377

subsanabilidad [sic], enmienda o corrección del vicio no determinante de la nulidad, cuando se aprecie objetivamente que de no haberse producido el vicio, el contenido de la decisión sería la misma”⁴.

Ahora bien, para el presente caso, el vicio presentado, podría superar los test para la conservación del Acto Administrativo, tales como:

- Que su realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes. Es decir, la decisión del PRONIED habría sido la misma: declarar inadmisibles las solicitudes de ampliación de plazo.
- Que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido. El PRONIED a lo largo del presente arbitraje ha sostenido enfáticamente lo mismo que señaló en el Oficio cuestionado.

Sin embargo, este vicio (la incompetencia por materia, concretamente) afectaría el debido proceso a que tiene derecho el Contratista, pues un funcionario que no es aquel a quien se delegó la facultad de resolver ampliaciones de plazo, declaró como no admitidas las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22.

Por lo antes expuesto, el hecho de que el Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO haya sido emitido por un funcionario que no resulta competente, toda vez que no se ha acreditado que la facultad de resolver solicitudes de ampliación de plazo le hubiera sido delegada, podría afectar el debido procedimiento a que tiene derecho el Contratista, razón por la que debe primar la protección de un derecho fundamental como ese. En ese sentido, corresponde que se declare fundada la primera pretensión de la demanda y, por tanto, se declare nulo el Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, de fecha 10 de agosto de 2016, por el que el Jefe de la Unidad Gerencial de Estudios y Obras declaró inadmisibles las solicitudes de la Ampliaciones de Plazo N° 20, 21 y 22, en tanto dicho funcionario carecía de competencia para ello.

Resulta innecesario analizar los demás supuestos vicios que afectarían Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO en relación con el objeto o contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular.



⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 167.

B. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 20 planteada con la Carta N° 65-2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016 fue presentada por el Contratista dentro del plazo contractual, al constituir la última cuantificación parcial de la solicitud de Ampliación de plazo parcial N° 4.

B.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE)

20. El CEN manifiesta que existen, actualmente, 17 solicitudes de ampliación de plazo en controversia, anteriores a las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22; por consiguiente, la entidad no puede afirmar que dichas ampliaciones fueron presentadas fuera de plazo, y menos aún, eximirse de la obligación de resolver según el procedimiento establecido en el artículo 201 del RLCE y el artículo 5 de la LCE.

En tal sentido, destaca el CEN que la existencia de controversias respecto al plazo contractual afectará, de manera indefectible, las pretensiones expuestas en el presente arbitraje.

Así, sostiene el Demandante que las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22 fueron presentadas dentro de plazo contractual, conforme a los argumentos antes señalados.

Por otro lado, el CEN alega que el Demandado no aborda en su análisis la existencia de controversias respecto al plazo contractual que, de manera indefectible, afectará a las pretensiones expuestas en la presente.

El Demandante concluye que las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22 fueron presentadas dentro de plazo contractual, conforme a los argumentos antes señalados.

Sostiene el CEN que esta ampliación es la cuarta cuantificación del tema de pisos de losetas venecianas, que se relaciona con las ampliaciones 04, 09 y 14 (estas también se encuentran en arbitraje en el Expediente S 215-2016/SNA-OSCE).

En este caso, la causal invocada está relacionada a causas atribuibles a la entidad, se debe a la deficiencia del Expediente Técnico en la caracterización del material, el mismo que era supuestamente inexistente. Se señala en el Escrito N° 16 que por esa razón el Supervisor autorizó el cambio de material, razón por la que se inició un procedimiento para la aprobación de un adicional de obra con el Asiento N° 231, del 6 de abril de 2016. No obstante, la Entidad habría señalado que no se continuaría con la tramitación del adicional, pero, afirma el CEN, que mediante Oficio N° 1693-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, la entidad comunicó que la elaboración del expediente técnico del adicional será asumida por ella, con lo cual reconoció la necesidad del adicional de obra correspondiente.

Sin embargo, señalan también el Oficio N° 1782-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO de fecha 16 de mayo de 2016 mediante el cual la Entidad señala que no continuarán con la elaboración del adicional de obra de pisos debido a que el material sí se encuentra actualmente en el mercado.

B.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)

21. Según el PRONIED, el contratista cuantifica parcialmente la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 04; sin embargo, dicha solicitud fue declarada IMPROCEDENTE mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 235-2016- MINEDUNMGI-PRONIED. Por tanto, agrega, no habría modificación en el plazo de ejecución del contrato de obra. Pese a que dicha decisión ha sido sometida a arbitraje, en modo alguno podría considerarse legalmente válida para cuantificar los días de ampliación en discusión.

La solicitud de Ampliación de Plazo N° 20 fue presentada mediante Carta N° 65-2016-CEN-CAÑETE del 21 de julio de 2016 y el plazo vigente de ejecución de obra terminó el 1 de junio de 2016, lo cual es reconocido por el Contratista en su misma solicitud (folio 00193). El PRONIED manifiesta que el contratista presentó su solicitud fuera del plazo contractual.

B.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

22. El objeto de la segunda pretensión de la demanda es que se determine "si corresponde o no declarar que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 20 planteada con la Carta N° 65-2016/CEN CAÑETE, de fecha 21 de julio de 2016, fue presentada por el Contratista dentro del plazo contractual, al constituir la última cuantificación parcial de solicitud de Ampliación de plazo parcial N° 4".

El artículo 201 del RLCE, al regular el procedimiento de las ampliaciones de plazo establece, primero, que "el Contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo [...] En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo".

Ese mismo artículo añade que toda solicitud de ampliación de plazo "debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo".

Ahora bien, ambas partes han señalado de manera expresa que el inicio del plazo de ejecución contractual de la obra se dio el 5 de noviembre de 2015, razón por la que el plazo original del Contrato (210 días calendario) vencía el día 1 de junio de 2016. Por tanto, el plazo vigente de ejecución de la obra vencía el 1 de junio de 2016. Esta situación al día de hoy no se ha visto alterada o modificada.

Las solicitud de ampliación de plazo N° 20 fue presentada por el CEN mediante Carta N° 065-2016/CEN CAÑETE el 21 de julio de 2016.

¿Puede afirmarse que esta solicitud de ampliación de plazo fue presentada "dentro del plazo contractual" como señala el CEN, considerando que constituye la cuarta cuantificación del tema de pisos de losetas venecianas, que se relaciona con las solicitudes de ampliación de plazo N° 04, 09 y 14?



¿O es que la solicitud de ampliación de plazo N° 20, formulada mediante Carta N° 065-2016/CEN CAÑETE el 21 de julio de 2016, se presentó habiendo vencido el plazo vigente de ejecución contractual (1 de junio de 2016) como señala la Entidad?

Es un hecho no controvertido que el plazo original de ejecución contractual vencía el día 1 de junio de 2016. Por tanto, el plazo vigente de ejecución contractual a ese momento vencía el día 1 de junio de 2016, pues hasta ese momento no se habían aprobado ampliaciones de plazo que variaran el plazo original del contrato y, al momento de emitir el presente Laudo Arbitral, no se ha emitido algún laudo arbitral que haya decidido ampliar el plazo contractual y, por tanto, que se haya modificado el plazo vigente de ejecución de la obra. La literatura especializada ha sido muy clara sobre este particular al señalar que "La ejecución de las prestaciones debe producirse en el plazo pactado, siendo que las actividades a cargo del contratista están organizadas en función de calendarios, cronogramas o planes de trabajo. Así, en el caso de obras, se cuenta con un calendario de avance de obra y un calendario de adquisición de materiales o insumos". Dicho calendario "será tomado en cuenta por las partes para medir el avance de obra permanentemente y será actualizado conforme existan eventos que los justifiquen (por ejemplo: ampliaciones de plazo)"; cuando el contratista requiera la ampliación del plazo contractual "debe probar y convencer a la autoridad que se ha producido alguno de los supuestos tipificados legalmente para ello, esto es, haberse aprobado una prestación adicional a su cargo, incurrir en atrasos o paralizaciones no imputables al contratista [...]. Recién cuando se otorga una ampliación de plazo es que se permite al contratista cumplir con su prestación en un plazo mayor al pactado inicialmente, sin que ello implique que incurra en incumplimiento, o sea posible de penalidad por mora, lo cual determina, a su vez, que se le reconozca el derecho a los mayores gastos en los que incurra durante ese nuevo plazo [...]"⁵.

Ahora bien, la solicitud de ampliación de plazo N° 20 está vinculada, a criterio del CEN, con las solicitudes de ampliación de plazo N° 4, 9 y 14, en la medida que se trata de solicitudes que invocan la misma causal (atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista), cuantificada en momentos diferentes. Sin embargo, para el PRONIED está vinculada, además, con las solicitudes de ampliación de plazo N° 2 y 3.

Como puede apreciarse del cuadro siguiente, ninguna de las ampliaciones de plazo solicitadas por la Demandante fue aprobada por la Entidad. Es más, conforme a la información que presentaron las partes, se puede concluir que las solicitudes de ampliación de plazo N° 1 a la 19, previas a las solicitudes que se discuten en el presente arbitraje, fueron declaradas improcedentes o, simplemente, no fueron admitidas para su trámite. En ese sentido, al momento de presentarse la solicitud de ampliación de plazo N° 20 (21 de julio de 2016), ya el plazo vigente de ejecución contractual había vencido. Hay que recordar con énfasis que el plazo de ejecución contractual vigente, como hecho objetivo aceptado por ambas partes, vencía el 1 de junio de 2016.

Conforme al OSCE (ver Opinión N° 079-2015/DTN) "para que una solicitud de ampliación de plazo de ejecución de obra resulte procedente, el contratista debe, **además de efectuar la solicitud dentro del plazo vigente de ejecución de la obra**, cumplir con el procedimiento (las condiciones y los plazos) señalado en el primer párrafo del artículo 201 del Reglamento".

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. La contratación estatal. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, pp. 582, 583.

| Solicitud ampliación plazo | Causal | Pronunciamiento de Entidad |
|---|---|--|
| 2 (16 días calendario) 11 de mayo de 2016 | Paralización de ejecución de partida de locetas venecianas 30x30: demora en absolución de consulta | Improcedente RDE 009-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED |
| 3 (46 días calendario) 12 de mayo de 2016 | Necesidad de aprobación de adicional para modificación de pisos de locetas venecianas | Improcedente RDE 213-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED |
| 4 (42 días calendario) 30 de mayo de 2016 | Paralización de ejecución de partida de locetas venecianas 30x30 en espera de Resolución que apruebe o deniegue cambio de pisos | Improcedente RDE 235-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED |
| 9 (42 días calendario) 1 de junio de 2016 | Paralización de ejecución de partida de locetas venecianas 30x30 en espera de Resolución que apruebe o deniegue cambio de pisos | Improcedente RDE 241-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED |
| 14 (16 días calendario) 30 de junio de 2016 | Solución técnica y legal para la ejecución de pisos de pabellones | Inadmisible |

Conforme al artículo 201 del RLCE, en caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo. Esa misma norma enfatiza que toda solicitud de ampliación de plazo debe formularse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, concluyendo claramente que fuera de ese plazo no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo.

Por tanto, la solicitud de ampliación de plazo Nº 20 debió presentarse dentro del plazo vigente de ejecución contractual; es decir, a más tardar el día 1 de junio de 2016, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 201 del RLCE. En tal sentido, conforme al mismo artículo, en caso de que una solicitud de ampliación de plazo no fuera presentada dentro del plazo vigente de ejecución de obra, esta no será admitida. Por ello, corresponde declarar que la solicitud de ampliación de plazo Nº 20 no fue presentada por el Contratista dentro del plazo vigente de ejecución contractual.

23. Ahora bien, el Consorcio plantea que la solicitud de ampliación de plazo Nº 20 se habría presentado dentro del **plazo contractual**, considerando que se encuentra vinculada con las solicitudes de ampliación de plazo Nº 4, 9 y 14, que si bien no fueron aprobadas por la Entidad, se encuentran controvertidas en arbitraje (Expediente S 215-2016/SNA-OSCE). Además, la ampliación de plazo Nº 1 se encuentra controvertida en el arbitraje que se desarrolla en el Expediente S 085-2016/SNA-OSCE.

El Demandante utiliza el concepto más general de "plazo contractual", que no es el que se utiliza en la normativa, específicamente en el artículo 201; si bien dicho concepto no es el más preciso, en este caso este resulta ser más amplio que el de plazo contractual vigente, toda vez que podría incluir eventuales y futuras ampliaciones de plazo, con lo cual el plazo contractual podría resultar mayor al plazo contractual vigente. En ese sentido, tratándose de un arbitraje de derecho, la resolución de las controversias debe efectuarse con cargo a la normativa aplicable, en este caso, específicamente a lo dispuesto en el artículo 201 del RLCE, norma que utiliza el concepto de plazo vigente de ejecución contractual o plazo vigente de ejecución de obra.



En esa línea, y con la finalidad de tener mayores elementos de juicio, el árbitro único, en la Audiencia Especial realizada el día 6 de marzo de 2018, tomó la decisión de suspender el trámite del presente arbitraje por 60 días calendario, considerando que resultaría relevante conocer previamente la decisión arbitral en los Expedientes N° S 085-2016/SNA-OSCE y S 215-2016/SNA-OSCE. Dicho plazo venció el 6 de mayo de 2018. Sin embargo, dicha suspensión se levantó recién con Resolución N° 13, emitida con fecha 5 de octubre de 2018.

Pese al largo tiempo transcurrido, las partes informaron que los referidos arbitrajes se encuentran en desarrollo y no se han emitido laudos todavía, razón por la que demorar la resolución de las controversias sometidas al presente arbitraje para lograr conocer previamente las decisiones que se tomen en esos arbitrajes ya no resulta posible, pues afecta directamente la celeridad con que debió tramitarse el presente arbitraje, considerando que este se instaló el día 18 de mayo de 2017, siendo que a la fecha se tiene que la tramitación del proceso se ha extendido por más de dos años.

Por tanto, debe resolverse el presente arbitraje considerando las circunstancias que se presentaron al momento de formularse la solicitud de ampliación de plazo (21 de julio de 2016) y cuando esta se resolvió o, en todo caso, se debió resolver (11 de agosto de 2016). En relación con el plazo de ejecución contractual vigente, este es el plazo original, razón por la que el plazo vigente vencía el 1 de junio de 2016.

Por esas consideraciones, no puede asumirse que las solicitudes de ampliación de plazo previas a la solicitud N° 20, dejando sin efecto esas decisiones de la Administración Pública, serán aprobadas por los Tribunales Arbitrales que conocen las controversias que se discuten en los arbitrajes de los Expedientes N° S 085-2016/SNA-OSCE y S 215-2016/SNA-OSCE. A este momento, el alcance de esas decisiones arbitrales resulta incierto y, por tanto, no puede sustentarse la decisión en el presente arbitraje en una base incierta, sino que debe considerarse las circunstancias particulares que se presentaban al momento de formularse la solicitud de ampliación de plazo N° 20, es decir, al 21 de julio de 2016, e, incluso, al momento en que la Entidad resolvió o debía resolver la misma. Y esto es que el plazo vigente de ejecución contractual (1 de junio de 2016) había vencido a ese momento.

Por tanto, corresponde declarar que la solicitud de ampliación de plazo N° 20 no fue presentada por el Contratista dentro del plazo vigente de ejecución contractual.



C. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se reconozca el consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 20 por 21 días calendario planteada con la Carta N° 65-2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016, al haber vencido el plazo legal para pronunciarse respecto a su procedencia sin perjuicio del análisis de traslapes que corresponda, y, asimismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos.

C.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE)

24. El CEN señala que, en el artículo 201 del RLCE, el procedimiento para la tramitación de las solicitudes tiene una duración de 21 días calendario, 7 para el informe de la supervisión y 14 días para la resolución de la Entidad.

En ese orden de ideas, el CEN manifiesta que, conforme el plazo legal establecido en esa norma, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 20 por 21 días calendario, presentada mediante Carta N° 065-2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016, quedó consentida ya que la Entidad tuvo hasta el 11 de agosto de 2016 para emitir resolución al respecto.

Señala el CEN que el Demandado no ha rebatido de manera suficiente, cuáles son los argumentos legales que invalidan los actos de consentimiento de las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22.

Sostiene que, en los medios probatorios presentados en la demanda queda demostrado que la Ampliación de Plazo N° 20 presentada mediante Cartas N° 065- 2016/CEN CAÑETE (ANEXO 01-F), de fecha 21 de julio de 2016, quedó consentida el 11 de agosto de 2016.

La normativa de contrataciones del Estado no regula un procedimiento de inadmisibilidad y de devolución de las solicitudes de ampliación de plazo, como lo pretende establecer la Supervisión. Es más, en el caso del Manual de Procedimientos para la Ejecución de Obras del PRONIED, aprobado por Resolución Directoral Ejecutiva N° 060-2015-MINEDU/VMGI/PRONIED, la función del Supervisor en relación con las ampliaciones de plazo se restringe a la emisión de un Informe expresando su opinión y no a la emisión de un pronunciamiento final. Es más, la decisión de la Entidad debe efectuarse mediante Resolución.

Afirma que la Entidad no puede afirmar que la ampliación de plazo N° 20 se presentó fuera de plazo y, menos aún, eximirse de la obligación de resolver según el procedimiento establecido en el artículo 201 del RLCE. Las causales de ampliación de plazo de la solicitud N° 20 se encuentran totalmente relacionadas a anteriores ampliaciones de plazo, las que se encuentran también en arbitraje.

C.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)

25. Al respecto, el PRONIED señala que el plazo contractual concluyó el 1 de junio de 2016; por tanto, el Demandante presentó su solicitud de ampliación de plazo N° 20 de manera extemporánea.

El PRONIED sustenta su posición en lo dispuesto por el artículo 201 del RLCE y la Opinión N° 027-2012/DTN del OSCE que concluye que "toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliación de plazo".

Entonces, considera el PRONIED que las solicitudes de ampliación de plazo no han seguido el procedimiento legal establecido en el artículo 201 del RLCE; por consiguiente, no corresponde que el Demandante alegue el consentimiento de dichas ampliaciones de plazo.

Explica el Demandado que si una solicitud de ampliación de plazo no ha sido presentada dentro del plazo legal establecido, es como si no se hubiera presentado, más aun cuando la norma expresamente no establece ninguna salvedad en modo y plazo para continuar con el procedimiento legal en las condiciones que el Contratista pretendió imponer; por lo que, al no activarse el procedimiento legal para conceder una ampliación de plazo, no podría declararse que las solicitudes de ampliaciones de plazo han quedado consentidas.

Según el Demandado, opera la aprobación ficta siempre y cuando, dentro del marco del procedimiento legal, la Entidad incumplió los plazos legales para emitir pronunciamiento respecto de una solicitud de ampliación que previamente ha sido materia de opinión del supervisor. En el presente caso, ello no es aplicable porque la norma señala que las solicitudes de ampliación de plazo presentadas fuera del plazo vigente de ejecución de obra no serán admitidas.

Respecto del reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondientes a dichos días controvertidos, el PRONIED cita el artículo 202 del RLCE, que dispone 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 obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos".

Agrega el PRONIED que las ampliaciones de plazo no fueron admitidas; por tanto, no corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales. Por cuanto su solicitud de ampliación de plazo N° 20 sobre la cual la contratista invoca la "aprobación ficta", habría previamente infringido lo dispuesto en el artículo 201 del RLCE, por causas exclusivamente imputables a la propia contratista.

En ese orden de ideas, el PRONIED considera que en el supuesto negado que se haya configurado la "aprobación ficta" invocada por la contratista, la misma carecería de total validez al ser ésta pasible de nulidad de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 10 de la Ley N° 27444.

En atención al citado dispositivo, sostiene el PRONIED que, a través de la aplicación de una "aprobación ficta", ningún administrado 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 del cual se pueda obtener un derecho que no cumple con los requisitos esenciales de validez para su obtención; siendo ésta la razón por la que el propio sistema normativo se autoprotege, a efectos que vía "aprobación ficta", los contratistas distorsionen y/o dejen sin efecto las normas que

regulan la obtención legítima de un derecho; de allí que la aprobación ficta que alega el consorcio resulta inválida e ineficaz.

Según el PRONIED, la ley sanciona de forma expresa con la "nulidad de oficio" todos aquellos supuestos en donde habiéndose configurado una supuesta "aprobación ficta" se obtengan derechos que no cumplan con los requisitos esenciales de validez que les son legalmente exigibles. En tal sentido, concluye que la solicitud de ampliación de plazo N° 20 no se ajusta a los requisitos legales para su admisión establecidos en el artículo 201 del RLCE; por tanto, no se podría decir que la Ampliación de Plazo N° 20 habría quedado consentida.

En ese sentido, en atención a las consideraciones expuestas, el PRONIED estima que de acuerdo a lo prescrito en el numeral 3 del artículo 10 de la LPAG, las "aprobaciones fictas" invocadas por el Consorcio que buscan ser legalmente ratificadas a través del presente arbitraje, son pasibles de nulidad de pleno derecho, cuya aplicación es solicitada por el PRONIED.

En atención a lo expuesto, queda demostrado que el contratista presentó su solicitud fuera del plazo vigente de ejecución de la obra, motivo por el cual tampoco corresponde el reconocimiento de gastos generales y como consecuencia de ello, resulta impropio considerar ampliado el plazo solicitado.

Las solicitudes de ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22 no han seguido el procedimiento legal establecido en el artículo 201 del RLCE, por lo cual no corresponde que el contratista alegue el consentimiento de dichas ampliaciones.

Es decir, dado que el contratista no ha presentado las solicitudes de ampliación de plazo dentro del plazo legal establecido (1 de junio de 2016), es como si no se hubiera presentado, más aun cuando la norma expresamente no establece ninguna salvedad en modo y plazo para continuar con el procedimiento legal en las condiciones que el Contratista pretendió imponer; por lo que, lógicamente al no activarse el procedimiento legal para conceder una ampliación de plazo, no podría declararse que las solicitudes de ampliaciones de plazo han quedado consentidas.

Tal como la norma señala, opera la aprobación ficta siempre y cuando, dentro del marco del procedimiento legal, la Entidad incumplió los plazos legales para emitir pronunciamiento respecto de una solicitud de ampliación que previamente ha sido materia de opinión del supervisor. En el presente caso, ello no es aplicable porque la norma señala que las solicitudes de ampliación de plazo presentadas fuera del plazo vigente de ejecución de obra no serán admitidas.

Las ampliaciones de plazo no han sido admitidas, por tanto no corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales.

C.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

26. El objeto de la tercera pretensión de la demanda es que se determine "si corresponde o no que se reconozca el consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 20 por 21 días

calendario planteada con la Carta N° 65- 2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016, al haber vencido el plazo legal para pronunciarse respecto a su procedencia sin perjuicio del análisis de traslapes que corresponda, y, asimismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos".

El artículo 201 del RLCE establece que, en caso la Entidad no emitiera pronunciamiento alguno "dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad". Constituyen hechos objetivamente verificados que, respecto a la solicitud de ampliación de plazo N° 20, formulada el 21 de julio de 2016, mediante Carta N° 065-2016/CEN CAÑETE, sí hubo al menos dos pronunciamientos:

- Carta N° 108-2016-MCBT/JES-CSE, de fecha 26 de julio de 2016, mediante la que el Supervisor de Obra informa al CEN que "no se admite las solicitudes de Ampliación de Plazo presentadas por cuanto el plazo contractual de ejecución de obra culminó el 1 de junio de 2016".
- Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, de 10 de agosto de 2016, mediante el cual el Jefe de la Unidad Gerencia de Estudios y Obras señala que "el supervisor ha actuado en total observancia de la norma legal, en la medida que al haber recibido las solicitudes de prórroga y verificado que el plazo contractual ha vencido el 01.06.16, ha procedido a comunicarles que dichos requerimiento no son admisible, posición que es ratificada por la Entidad a través de la presente comunicación". Este Oficio adjunta, además, el Informe N° 220-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EO-MMCT como sustento de lo comunicado en él.

En este caso, si se analiza el contenido material de esos pronunciamientos es el mismo: declarar inadmisible, por extemporánea, la solicitud de ampliación de plazo. Si esos pronunciamientos resultan válidos o no es un asunto que se analizó en el primer punto controvertido. En ese caso, el presente Laudo ampara la primera pretensión de la demanda del CEN en el sentido de que el Oficio N° 2716-2016 es nulo y, por ello, no surte efectos legales; dicha decisión se sustentó en cuestiones puramente formales (falta de competencia del funcionario que suscribe ese documento) y no en temas sustantivos (si era correcto o no determinar que no eran admisibles dichas solicitudes de ampliación de plazo), priorizando el derecho del CEN a un debido procedimiento.

En todo caso, si se aprecia las cuestiones sustantivas, lo concreto es que el artículo 201 no regula a detalle el procedimiento de ampliación de plazo, pues no distingue los supuestos y las competencias específicas para evaluar y eventualmente declarar la admisibilidad o procedencia de las solicitudes de ampliación de plazo, máxime cuando se trata de una relación contractual y no de un procedimiento administrativo puro. El propio OSCE no tiene uniformidad en la forma en que aborda este tema en sus Opiniones. Así, en el caso de la Opinión N° 027-2012/DTN parafrasea el artículo 201 del RLCE, precisando que "toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliación de plazo". No obstante, en la Opinión N° 079-2015/DTN, utiliza otro concepto jurídico: "para que una solicitud de ampliación de plazo de ejecución de obra resulte procedente, el contratista debe, además de efectuar la solicitud dentro del plazo vigente de ejecución de la obra, cumplir con el procedimiento (las condiciones y los plazos) señalado en el primer párrafo del artículo 201 del Reglamento".

En el presente caso, lo que pretende el Demandante es que se declare consentida la solicitud de ampliación de plazo N° 20, por 21 días calendario, además del reconocimiento de gastos generales por efecto de la supuesta aprobación ficta de la ampliación de plazo. El artículo 201 establece que, de no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo de 21 días calendario, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad. Por tanto, la consecuencia del silencio por parte de la Entidad respecto a la ampliación de plazo solicitada es que **se considerará ampliado el plazo**. Esta situación fáctica tiene claras consecuencias jurídicas y económicas previstas en la normativa de contrataciones del Estado y que, en el presente caso, de considerar que la entidad, en efecto, no habría emitido pronunciamiento alguno, habría operado formalmente y de acuerdo al procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado, estrictamente por la falta de pronunciamiento oportuno y válido de parte de la Entidad.

Sin embargo, se emitieron dentro del plazo previsto en el artículo 201 los dos pronunciamientos antes señalados; es decir, el del Supervisor, primero, y el del Jefe de la Unidad Gerencia de Estudios y Obras, segundo. No obstante, el pronunciamiento de la Entidad, que se efectuó dentro del plazo previsto en la normativa, no es válido y resulta ineficaz, toda vez que lo emitió un funcionario que no tenía la competencia para ello. Por tanto, considerando esta ausencia de un pronunciamiento válido de la Entidad, corresponde analizar si se cumplen los supuestos de validez y eficacia para que se entienda "consentida" la ampliación de plazo y que, de ese modo, opere el silencio administrativo positivo.

El artículo 201 señala expresamente que en caso se presente una solicitud esta debe ser oportuna. Así, "En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo". Y el mismo artículo prescribe que "Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo". Es claro, entonces, que como requisito de admisibilidad de toda solicitud de ampliación de plazo se previó que esta fuera formulada "dentro del plazo vigente de ejecución de obra". En el presente caso, el plazo vigente de ejecución venció el 1 de junio de 2016 y la solicitud de ampliación de plazo N° 20 fue presentada el 21 de julio de 2016; es decir, fuera del plazo previsto. Esto ha sido objeto de la decisión relacionada con la segunda pretensión de la demanda, la misma que se ha declarado infundada.

Por tanto, cabe preguntarse si la aprobación ficta de la ampliación de plazo tiene carácter absoluto. Si consideramos que la aprobación ficta de la solicitud de ampliación de plazo por falta de pronunciamiento de la Entidad es producto del denominado "silencio administrativo positivo", tenemos que, "en caso de que 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"⁶. Asimismo, se afirma que los efectos del silencio administrativo positivo "son claramente establecidos por la norma, toda vez que se entenderá automáticamente aprobada la solicitud del

⁶ LATORRE BOZA, Derik. Una mirada iconoclasta y profanadora de la catedral: competencia arbitral para declarar la nulidad de actos administrativos fictos. En Revista Derecho y Sociedad N° 29, p. 99

administrado en los términos solicitados. Pero, dicha ficción es sancionada con nulidad, cuando los derechos que se adquieren por ella son contrarios al ordenamiento jurídico. Y esas normas son completamente concordantes con lo dispuesto en el Artículo 11 del Título Preliminar del Código Civil, que establece claramente que 'La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho'⁷.

En esa línea, debe tenerse en cuenta que, "en el caso del silencio positivo el vencimiento de plazo para que la Administración adopte una decisión supone el otorgamiento de la autorización o licencia solicitada por el particular de modo que la Administración ya no puede resolver en forma expresa en sentido contrario al otorgamiento positivo o revocarlo, **salvo que su contenido se oponga al ordenamiento jurídico** y, en consecuencia, sólo en ese supuesto **la Administración podrá declararlo nulo de pleno derecho** mediante el procedimiento establecido en la ley de procedimientos administrativos para la declaración de oficio de nulidad de resoluciones administrativas que hayan quedado consentidas"⁸. Por tanto, la eficacia de la aprobación ficta de una solicitud de un administrado por el silencio de la Entidad está condicionada a que el contenido de dicha solicitud se encuentre ajustada al ordenamiento jurídico.

Téngase en cuenta que la propia LPAG, prescribe en su artículo 10-3 que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los actos que resulten como consecuencia de la aprobación 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**".

La Entidad afirma que opera la aprobación ficta siempre y cuando, dentro del marco del procedimiento legal, esta haya incumplido los plazos legales para emitir pronunciamiento respecto de una solicitud de ampliación que previamente ha sido materia de opinión del supervisor. En el presente caso, según el razonamiento de la Entidad ello no es aplicable porque la norma señala que las solicitudes de ampliación de plazo presentadas fuera del plazo vigente de ejecución de obra no serán admitidas. Sin embargo, si la decisión de la Entidad era declarar inadmisible la solicitud de ampliación de plazo N° 20, esta debió ser emitida y suscrita por el funcionario competente. Este requisito de competencia no se cumplió; por esa razón, el pronunciamiento de la Entidad resulta nulo. Para efectos formales, la Entidad no emitió un pronunciamiento (al menos uno válido). Por tanto, frente al silencio de la Entidad, operaría la aprobación ficta de la ampliación de plazo. Sin embargo, se ha determinado que dicha "aprobación ficta" resulta ineficaz, toda vez que la solicitud de ampliación de plazo se presentó cuando el plazo vigente de ejecución contractual había vencido.

Ahora bien, en relación con el carácter absoluto o relativo de las consecuencias del silencio administrativo positivo en las contrataciones del Estado, aunque referida a las liquidaciones de Contratos, el OSCE señala que, "si bien con el consentimiento de la liquidación se presume su validez y aceptación, ello no impide que las controversias relativas a dicho consentimiento puedan ser sometidas a arbitraje; más aun cuando dicha presunción podría implicar la aprobación o aceptación (y posterior pago) de liquidaciones

⁷ Ibídem, p. 100

⁸ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración"; en Ius et Veritas Año 7, N° 13, 1996, p. 228

inválidas que, por ejemplo, no se encuentren debidamente sustentadas, incluyan conceptos o trabajos que no forman parte del contrato o que formando parte del contrato no se calcularon con los precios ofertados, incluyan montos manifiestamente desproporcionados, entre otros"; por tanto, para el OSCE "la presunción de validez y aceptación de una liquidación que ha quedado consentida **es una presunción iuris tantum**, en tanto admitiría prueba en contrario, situación que deberá discutirse en un arbitraje, de ser el caso".

Tanto en la LPAG como de acuerdo al criterio del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, para que una "aprobación ficta" surta efectos jurídicos, la solicitud del Contratista que quisiera beneficiarse de este silencio con efectos positivos, debería haberse dado conforme al ordenamiento jurídico, cumpliendo los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

Como se ha apreciado a lo largo del análisis de la solicitud de ampliación de plazo N° 20, considerando las circunstancia al momento de formularse la misma e, incluso, las circunstancias al momento presente, se tiene que el plazo vigente de ejecución de obra venció el día 1 de junio de 2016, debiendo precisarse, además, que ninguna de las solicitudes de ampliación de plazo formuladas por el CEN había sido aprobada por el PRONIED; es más, todas las solicitudes de ampliación de plazo, incluyendo las vinculadas, fueron declaradas improcedentes o simplemente no se admitieron. Por tanto, las circunstancias específicas que permiten evaluar las controversias suscitadas y que deben resolverse en el presente arbitraje muestra que la solicitud de ampliación de plazo N° 20 fue presentada cuando ya había vencido el plazo vigente de ejecución de la obra. Por esa razón, dicha solicitud, conforme al artículo 201 del RLCE, no debe admitirse. Y, por consiguiente, habiéndose presentado fuera de plazo, resulta ineficaz la eventual aprobación ficta de la ampliación de plazo, pues el requisito esencial para su admisión e incluso para su procedibilidad es que se haya presentado dentro del plazo vigente de ejecución contractual.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el artículo 5.2 de la LPAG establece que "En ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, obscuro o imposible de realizar". Sobre la base del análisis de las circunstancias que se presentaban al momento de presentarse la solicitud de arbitraje, las mismas que se mantienen hasta hoy, el dotar de eficacia validando un supuesto de "aprobación ficta" cuando la solicitud de ampliación de plazo no cumple con un requisito básico, que es el que se haya presentado dentro del plazo vigente de ejecución del contrato, no resulta posible, legalmente, pues se desvirtúa claramente la presunción iuris tantum de su validez y eficacia.. El Contratista debió prever esto y no presentar su solicitud vencido dicho plazo y bajo la consideración subjetiva (y por tanto incierta) de que en los arbitrajes que se discuten las demás ampliaciones de plazo será ampliado el plazo contractual.

En el ámbito jurídico nacional e internacional, incluyendo los ámbitos del arbitraje comercial internacional y el del arbitraje internacional de inversiones, rige el principio "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", por el que se establece que nadie puede alegar su propia culpa o negligencia en beneficio propio.

La literatura especializada ha señalado que el principio "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", ampliamente reconocido a nivel jurisprudencial y doctrinario, es

un aforismo de origen latino referido a que nadie puede respaldar un derecho en base a su propia torpeza o negligencia, lo cual se corresponde con el deber que reposa en cada titular de derechos de soportar las consecuencias jurídicas de su acción u omisión para defender o desproteger sus intereses⁹. La acción de quien quiere hacer valer su error o torpeza ante el fuero jurisdiccional, constituye un abuso de derecho, conducta proscrita por el artículo 103 de nuestra Constitución.

A nivel nacional, el Tribunal Constitucional ha reconocido la aplicación del principio "nemo auditur propriam turpitudinem allegans" cuando en el fundamento 5 de la sentencia emitida el 04 de marzo de 2013, recaída en el proceso de amparo seguido bajo expediente N° 00394-2013-PA/TC, señaló lo siguiente:

"5. [...] el medio impugnatorio articulado por Corporación Hotelera Metor S.A., Marina International Holding S.A. y Mía Meliá Inversiones Americanas NV, no era el idóneo ni el previsto por la Ley N° 26572, como la propia Sala Civil Suprema lo advirtió. En consecuencia, la sentencia de la Sala Civil Suprema es nula y no puede producir ningún efecto jurídico.

[...] En efecto, el Tribunal Constitucional comparte la tesis de la Sala Civil Suprema, consistente en que es incompetente para resolver el recurso de apelación, pues la Ley N° 26572 establecía que dicha Sala solo conoce y resuelve el recurso de casación, mas no el recurso de apelación. Este error o negligencia de la parte demandada en proponer un medio impugnatorio inadecuado (apelación en vez de casación) no puede perjudicar al recurrente, pues en el Derecho existe el principio 'nemo auditur propriam turpitudinem allegans', según el cual, nadie puede alegar en su favor su propia torpeza o culpa, y por tanto, si la parte demandada no interpuso el recurso previsto legalmente, la sentencia de la Cuarta Sala Civil de Lima queda consentida y adquiere la calidad de cosa juzgada al haber vencido el plazo para interponer el recurso de casación.

El presente Laudo Arbitral no puede avalar el hecho de que el CEN haya presentado su solicitud de ampliación de plazo cuando el plazo vigente de ejecución de la obra ya había vencido; es decir, presentó su solicitud sin cumplir el requisito temporal o de oportunidad previsto en la normativa. En ese sentido, no corresponde declarar consentida la solicitud de ampliación de plazo, pues dicha figura implica que se hayan cumplido los requisitos y en el presente caso la solicitud de ampliación de plazo fue presentada vencido el plazo vigente de ejecución contractual.

Por tanto, no corresponde que se reconozca ni declare el consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 20 por 21 días calendario planteada con la Carta N° 65- 2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016, pues esta fue presentada cuando el plazo vigente de ejecución de obra había vencido; no corresponde, tampoco, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos.

⁹ Venturo León, Sulio. "¿Qué significa la frase «nadie puede alegar a su favor su propia torpeza o culpa»?". Publicado por Legis.pe. En: <https://legis.pe/significa-nadie-puede-alegar-favor-propia-torpeza-culpa/>

D. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 21 planteada mediante Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE del 21 de julio de 2016, fue presentada dentro del plazo contractual, al constituir la última cuantificación parcial de la solicitud de Ampliación de plazo parcial N° 6.

D.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE)

27. El CEN manifiesta que existen, actualmente, 17 solicitudes de ampliación de plazo en controversia, anteriores a las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22; por consiguiente, la entidad no puede afirmar que dichas ampliaciones fueron presentadas fuera de plazo, y menos aún, eximirse de la obligación de resolver según el procedimiento establecido en el artículo 201 del RLCE y el artículo 5 de la LCE

En tal sentido, destaca el CEN que la existencia de controversias respecto al plazo contractual afectará, de manera indefectible, las pretensiones expuestas en el presente arbitraje.

Así, sostiene el Demandante que las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22 fueron presentadas dentro de plazo contractual, conforme a los argumentos antes señalados.

Por otro lado, el CEN alega que el Demandado no aborda en su análisis la existencia de controversias respecto al plazo contractual que, de manera indefectible, afectará a las pretensiones expuestas en la presente.

El Demandante concluye que las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22 fueron presentadas dentro de plazo contractual, conforme a los argumentos antes señalados.

Sostiene el CEN que esta ampliación es la última cuantificación del tema de interruptores termomagnéticos tetrapolares, y se relaciona con las ampliaciones 06, 12 y 19 (que también se encuentran en arbitraje en el Expediente S 215-2016/SNA-OSCE).

En este caso, se realizó una consulta con el Asiento N° 254 del Residente de fecha 21 de abril de 2014, que fue absuelta por el Supervisor con Asiento N° 260. Sin embargo, mediante Carta N° 30-2016/CEN CAÑETE el Consorcio elevó dicha Consulta a la Entidad. Dicha consulta no ha sido respondida. La supervisión reconoció que era necesario que se instalaran interruptores tetrapolares. Esto pone en evidencia deficiencias en el Expediente Técnico. Por tanto, no siendo de responsabilidad del contratista las deficiencias, y tramitación de consultas, se configura la causal del inciso 1 del artículo 200 del RLCE.

La entidad hace su análisis con el calendario contractual a inicio de obra, lo cual es incorrecto ya que el calendario vigente es el acelerado y prueba de ello es que el supervisor utiliza este calendario para las valorizaciones de obra. La entidad no se pronunció sobre la aprobación de la necesidad de tableros e interruptores tetrapolares ya que en el asiento N° 305 del residente del 25 de mayo de 2016 se deja constancia de este hecho, el cual confirma que hay una deficiencia en el expediente técnico. Sin perjuicio de ello, el CEN precisa, en el Informe que adjunta como sustento de su solicitud de ampliación de plazo, que se procedió a su colocación en obra.

D.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)

28. Según el PRONIED, el contratista cuantifica parcialmente la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 06; sin embargo, dicha solicitud fue declarada IMPROCEDENTE mediante Resolución Directoral Ejecutiva N°237-2016- MINEDUNMGI-PRONIED. Por tanto, agrega que, no habría modificación en el plazo de ejecución del contrato de obra. Pese a que dicha decisión ha sido sometida a arbitraje, en modo alguno podría considerarse legalmente válida para cuantificar los días de ampliación en discusión.

La solicitud de Ampliación de Plazo N° 21 fue presentada mediante Carta N° 66-2016-CEN-CAÑETE del 21 de julio de 2016 y el plazo vigente de ejecución de obra terminó el 1 de junio de 2016, lo cual es reconocido por el Contratista en su misma solicitud (folio 00105). El PRONIED manifiesta que el contratista presentó su solicitud fuera del plazo contractual

D.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

29. El objeto de la cuarta pretensión de la demanda es que se determine "si corresponde o no declarar que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 21 planteada mediante Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE del 21 de julio de 2016, fue presentada dentro del plazo contractual, al constituir la última cuantificación parcial de solicitud de Ampliación de plazo parcial N° 6".

El artículo 201 del RLCE, al regular el procedimiento de las ampliaciones de plazo establece, primero, que "el Contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo [...] En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo".

Ese mismo artículo añade que toda solicitud de ampliación de plazo "debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo".

Ahora bien, ambas partes han señalado de manera expresa que el inicio del plazo de ejecución contractual de la obra se dio el 5 de noviembre de 2015, razón por la que el plazo original del Contrato (210 días calendario) vencía el día 1 de junio de 2016. Por tanto, el plazo vigente de ejecución de la obra vencía el 1 de junio de 2016. Esta situación al día de hoy no se ha visto alterada o modificada.

Las solicitud de ampliación de plazo N° 21 fue presentada por el CEN mediante Carta N° 066-2016/CEN CAÑETE el 21 de julio de 2016.

¿Puede afirmarse que esta solicitud de ampliación de plazo fue presentada "dentro del plazo contractual" como señala el CEN, considerando que constituye la cuarta cuantificación del tema de interruptores termomagnéticos tetrapolares, y se relaciona con las ampliaciones 06, 12 y 19 (que también se encuentran en arbitraje en el Expediente S 215-2016/SNA-OSCE).

¿O es que la solicitud de ampliación de plazo N° 21, formulada mediante Carta N° 066-2016/CEN CAÑETE el 21 de julio de 2016, se presentó habiendo vencido el plazo vigente de ejecución contractual (1 de junio de 2016) como señala la Entidad?

Es un hecho no controvertido que el plazo original de ejecución contractual vencía el día 1 de junio de 2016. Por tanto, el plazo vigente de ejecución contractual a ese momento vencía el día 1 de junio de 2016, pues hasta ese momento no se habían aprobado ampliaciones de plazo que variaran el plazo original del contrato y, al momento de emitir el presente Laudo Arbitral, no se ha emitido algún laudo arbitral que haya decidido ampliar el plazo contractual y, por tanto, que se haya modificado el plazo vigente de ejecución de la obra. La literatura especializada ha sido muy clara sobre este particular al señalar que "La ejecución de las prestaciones debe producirse en el plazo pactado, siendo que las actividades a cargo del contratista están organizadas en función de calendarios, cronogramas o planes de trabajo. Así, en el caso de obras, se cuenta con un calendario de avance de obra y un calendario de adquisición de materiales o insumos". Dicho calendario "será tomado en cuenta por las partes para medir el avance de obra permanentemente y será actualizado conforme existan eventos que los justifiquen (por ejemplo: ampliaciones de plazo)"; cuando el contratista requiera la ampliación del plazo contractual "debe probar y convencer a la autoridad que se ha producido alguno de los supuestos tipificados legalmente para ello, esto es, haberse aprobado una prestación adicional a su cargo, incurrir en atrasos o paralizaciones no imputables al contratista [...]. Recién cuando se otorga una ampliación de plazo es que se permite al contratista cumplir con su prestación en un plazo mayor al pactado inicialmente, sin que ello implique que incurra en incumplimiento, o sea pasible de penalidad por mora, lo cual determina, a su vez, que se le reconozca el derecho a los mayores gastos en los que incurra durante ese nuevo plazo [...]"¹⁰.

Ahora bien, la solicitud de ampliación de plazo N° 21 está vinculada, a criterio de ambas partes, con las solicitudes de ampliación de plazo N° 6, 12 y 19, en la medida que se trata de solicitudes que invocan la misma causal (atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista en relación con la consulta respecto a los interruptores termomagnéticos tetrapolares), cuantificada en momentos diferentes.

| Solicitud ampliación plazo | Causal | Pronunciamiento de Entidad |
|--|---|--|
| 6 (20 días calendario) 31 de mayo de 2016 | Po partida de tableros (llave tripolar a tetrapolar) | Improcedente RDE 237-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED |
| 12 (30 días calendario) 1 de junio de 2016 | Po partida de tableros (llave tripolar a tetrapolar). | Improcedente RDE 244-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED |
| 19 (42 días calendario) 30 de mayo de 2016 | Absolución de consulta sobre interruptor termomagnético | Inadmisible |

Como puede apreciarse del cuadro anterior, ninguna de las ampliaciones de plazo solicitadas por la Demandante fue aprobada por la Entidad. Es más, conforme a la información que presentaron las partes, se puede concluir que las solicitudes de ampliación de plazo N° 1 a la 19, previas a las solicitudes que se discuten en el presente

¹⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. La contratación estatal. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, pp. 582, 583

arbitraje, fueron declaradas improcedentes o, simplemente, no fueron admitidas para su trámite. En ese sentido, al momento de presentarse la solicitud de ampliación de plazo N° 21 (21 de julio de 2016), ya el plazo vigente de ejecución contractual había vencido. Hay que recordar con énfasis que el plazo de ejecución contractual vigente, como hecho objetivo aceptado por ambas partes, vencía el 1 de junio de 2016.

Conforme al OSCE (ver Opinión N° 079-2015/DTN) "para que una solicitud de ampliación de plazo de ejecución de obra resulte procedente, el contratista debe, **además de efectuar la solicitud dentro del plazo vigente de ejecución de la obra**, cumplir con el procedimiento (las condiciones y los plazos) señalado en el primer párrafo del artículo 201 del Reglamento".

Conforme al artículo 201 del RLCE, en caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo. Esa misma norma enfatiza que toda solicitud de ampliación de plazo debe formularse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, concluyendo claramente que fuera de ese plazo no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo.

Por tanto, la solicitud de ampliación de plazo N° 21 debió presentarse dentro del plazo vigente de ejecución contractual; es decir, a más tardar el día 1 de junio de 2016, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 201 del RLCE. En tal sentido, conforme al mismo artículo, en caso de que una solicitud de ampliación de plazo no fuera presentada dentro del plazo vigente de ejecución de obra, esta no será admitida. Por tanto, corresponde declarar que la solicitud de ampliación de plazo N° 21 no fue presentada por el Contratista dentro del plazo de ejecución contractual vigente.

30. Ahora bien, el Consorcio plantea que la solicitud de ampliación de plazo N° 21 se habría presentado dentro del **plazo contractual**, considerando que se encuentra vinculada con las solicitudes de ampliación de plazo N° 6, 12 y 19, que si bien no fueron aprobadas por la Entidad, se encuentran controvertidas en arbitraje (Expediente S 215-2016/SNA-OSCE). Además, la ampliación de plazo N° 1 se encuentra controvertida en el arbitraje que se desarrolla en el Expediente S 085-2016/SNA-OSCE.

El Demandante utiliza el concepto más general de "plazo contractual", que no es el que se utiliza en la normativa, específicamente en el artículo 201; si bien dicho concepto no es el más preciso, en este caso este resulta ser más amplio que el de plazo contractual vigente, toda vez que podría incluir eventuales y futuras ampliaciones de plazo, con lo cual el plazo contractual podría resultar mayor al plazo contractual vigente. En ese sentido, tratándose de un arbitraje de derecho, la resolución de las controversias debe efectuarse con cargo a la normativa aplicable, en este caso, específicamente a lo dispuesto en el artículo 201 del RLCE, norma que utiliza el concepto de plazo vigente de ejecución contractual o plazo vigente de ejecución de obra.

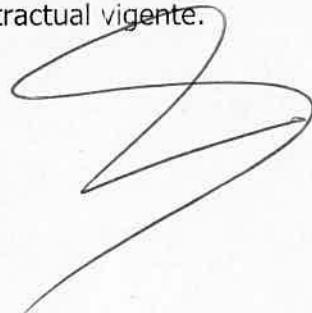
En esa línea, y con la finalidad de tener mayores elementos de juicio, el árbitro único, en la Audiencia Especial realizada el día 6 de marzo de 2018, tomó la decisión de suspender el trámite del presente arbitraje por 60 días calendario, considerando que resultaría relevante conocer previamente la decisión arbitral en los Expedientes N° S 085-2016/SNA-OSCE y S 215-2016/SNA-OSCE. Dicho plazo venció el 6 de mayo de 2018. Sin embargo, dicha suspensión se levantó recién con Resolución N° 13, emitida con fecha 5 de octubre de 2018.

Pese al largo tiempo transcurrido, las partes informaron que los referidos arbitrajes se encuentran en desarrollo y no se han emitido laudos todavía, razón por la que demorar la resolución de las controversias sometidas al presente arbitraje para lograr conocer previamente las decisiones que se tomen en esos arbitrajes ya no resulta posible, pues afecta directamente la celeridad con que debió tramitarse el presente arbitraje, considerando que este se instaló el día 18 de mayo de 2017, siendo que a la fecha se tiene que la tramitación del proceso se ha extendido por más de dos años.

Por tanto, debe resolverse el presente arbitraje considerando las circunstancias que se presentaron al momento de formularse la solicitud de ampliación de plazo (21 de julio de 2016) y cuando esta se resolvió o, en todo caso, se debió resolver (11 de agosto de 2016). En relación con el plazo de ejecución contractual vigente, este es el plazo original, razón por la que el plazo vigente vencía el 1 de junio de 2016.

Por esas consideraciones, no puede asumirse que las solicitudes de ampliación de plazo previas a la solicitud N° 21, dejando sin efecto esas decisiones de la Administración Pública, serán aprobadas por los Tribunales Arbitrales que conocen las controversias que se discuten en los arbitrajes de los Expedientes N° S 085-2016/SNA-OSCE y S 215-2016/SNA-OSCE. A este momento, el alcance de esas decisiones arbitrales resulta incierto y, por tanto, no puede sustentarse la decisión en el presente arbitraje sobre una base de incertidumbre jurídica y práctica, sino que debe considerarse las circunstancias particulares que se presentaban al momento de formular la solicitud de ampliación de plazo N° 21, es decir, al 21 de julio de 2016. Y esto es que el plazo vigente de ejecución contractual (1 de junio de 2016) había vencido a ese momento.

Por tanto, corresponde declarar que la solicitud de ampliación de plazo N° 21 no fue presentada por el Contratista dentro del plazo de ejecución contractual vigente.



E. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar o reconocer el consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 21 por 11 días calendario presentada por el Contratista mediante Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE del 21 de julio de 2016, al haber vencido el plazo legal para pronunciarse respecto a su procedencia, sin perjuicio del análisis de traslapes que corresponda y, asimismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos.

E.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE)

31. El CEN señala que, en el artículo 201 del RLCE, el procedimiento para la tramitación de las solicitudes es en total 21 días calendario, 07 para el informe de la supervisión y 14 días para la resolución de la Entidad.

En ese orden de ideas, el CEN manifiesta que, conforme el plazo legal establecido en esa norma, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 21 por 11 días calendario, presentada mediante Carta N° 066-2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016, quedó consentida ya que la Entidad tuvo hasta el 11 de agosto de 2016 para emitir resolución al respecto.

Señala el CEN que, el Demandado no ha rebatido de manera suficiente, cuáles son los argumentos legales que invalidan los actos de consentimientos de las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22.

Sostiene que, en los medios probatorios presentados en la demanda queda demostrado que la Ampliación de Plazo N° 21 presentada mediante Carta N° 066- 2016/CEN CAÑETE (ANEXO 01-G), de fecha 21 de julio de 2016, quedó consentida el 11 de agosto de 2016.

La normativa de contrataciones del Estado no regula un procedimiento de inadmisibilidad y de devolución de las solicitudes de ampliación de plazo, como lo pretende establecer la Supervisión. Es más, en el caso del Manual de Procedimientos para la Ejecución de Obras del PRONIED, aprobado por Resolución Directoral Ejecutiva N° 060-2015-MINEDU/VMGI/PRONIED, la función del Supervisor en relación con las ampliaciones de plazo se restringe a la emisión de un Informe expresando su opinión y no a la emisión de un pronunciamiento final. Es más, la decisión de la Entidad debe efectuarse mediante Resolución.

Afirma que la Entidad no puede afirmar que la ampliación de plazo N° 21 se presentó fuera de plazo y, menos aún, eximirse de la obligación de resolver según el procedimiento establecido en el artículo 201 del RLCE. Las causales de ampliación de plazo de la solicitud N° 21 se encuentran totalmente relacionadas a anteriores ampliaciones de plazo, las que se encuentran también en arbitraje.

E.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)

32. Al respecto, el PRONIED señala que, el plazo contractual concluyó el 1 de junio de 2016; por tanto, el Demandante presentó su solicitud de ampliación de plazo N° 21 de manera extemporánea.

El PRONIED sustenta su posición en lo dispuesto por el artículo 201 del RLCE y la Opinión N° 027-2012/DTN del OSCE que concluye que "toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliación de plazo".

Entonces, considera el PRONIED que las solicitudes de ampliación de plazo no han seguido el procedimiento legal establecido en el artículo 201 del RLCE; por consiguiente, no corresponde que el Demandante alegue el consentimiento de dichas ampliaciones de plazo.

Explica el Demandado que si una solicitud de ampliación de plazo no ha sido presentada dentro del plazo legal establecido, es como si no se hubiera presentado, más aun cuando la norma expresamente no establece ninguna salvedad en modo y plazo para continuar con el procedimiento legal en las condiciones que el Contratista pretendió imponer; por lo que, al no activarse el procedimiento legal para conceder una ampliación de plazo, no podría declararse que las solicitudes de ampliaciones de plazo han quedado consentidas.

Según el Demandado, opera la aprobación ficta siempre y cuando, dentro del marco del procedimiento legal, la Entidad incumplió los plazos legales para emitir pronunciamiento respecto de una solicitud de ampliación que previamente ha sido materia de opinión del supervisor. En el presente caso, ello no es aplicable porque la norma señala que las solicitudes de ampliación de plazo presentadas fuera del plazo vigente de ejecución de obra no serán admitidas.

Respecto del reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondientes a dichos días controvertidos, el PRONIED cita el artículo 202 del RLCE, que dispone 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 obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos".

Agrega el PRONIED que las ampliaciones de plazo no fueron admitidas; por tanto, no corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales. Por cuanto su solicitud de ampliación de plazo N° 21 sobre la cual la contratista invoca la "aprobación ficta", habría previamente infringido lo dispuesto en el artículo 201 del RLCE, por causas exclusivamente imputables a la propia contratista.

En ese orden de ideas, el PRONIED considera que en el supuesto negado que se haya configurado la "aprobación ficta" invocada por la contratista, la misma carecería de total validez al ser ésta pasible de nulidad de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 10 de la Ley N° 27444.

En atención al citado dispositivo, sostiene el PRONIED que, a través de la aplicación de una "aprobación ficta", ningún administrado 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 del cual se pueda obtener un derecho que no cumple con los requisitos esenciales de validez para su obtención; siendo ésta la razón por la que el propio sistema normativo se autoprotege, a efectos que vía "aprobación ficta", los contratistas distorsionen y/o dejen sin efecto las normas que

regulan la obtención legítima de un derecho; de allí que la aprobación ficta que alega el consorcio resulta inválida e ineficaz.

Según el PRONIED, la ley sanciona de forma expresa con la *"nulidad de oficio" todos aquellos supuestos en donde habiéndose configurado una supuesta "aprobación ficta" se obtengan derechos que no cumplan con los requisitos esenciales de validez que les son legalmente exigibles*. En tal sentido, concluye que la solicitud de ampliación de plazo N° 21 no se ajusta a los requisitos legales para su admisión establecidos en el artículo 201 del RLCE; por tanto, no se puede concluir que la Ampliación de Plazo N° 21 habría quedado consentida.

En ese sentido, en atención a las consideraciones expuestas, el PRONIED estima que de acuerdo a lo prescrito en el numeral 3 del artículo 10 de la LPAG, las "aprobaciones fictas" invocadas por el Consorcio que buscan ser legalmente ratificadas a través del presente arbitraje, son pasibles de nulidad de pleno derecho, cuya aplicación es solicitada por el PRONIED.

En atención a lo expuesto, queda demostrado que el contratista presentó su solicitud fuera del plazo vigente de ejecución de la obra, motivo por el cual tampoco corresponde el reconocimiento de gastos generales y como consecuencia de ello, resulta impropio considerar ampliado el plazo solicitado.

Las solicitudes de ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22 no han seguido el procedimiento legal establecido en el artículo 201 del RLCE, por lo cual no corresponde que el contratista alegue el consentimiento de dichas ampliaciones.

Es decir, dado que el contratista no ha presentado las solicitudes de ampliación de plazo dentro del plazo legal establecido (1 de junio de 2016), es como si no se hubiera presentado, más aun cuando la norma expresamente no establece ninguna salvedad en modo y plazo para continuar con el procedimiento legal en las condiciones que el Contratista pretendió imponer; por lo que, lógicamente al no activarse el procedimiento legal para conceder una ampliación de plazo, no podría declararse que las solicitudes de ampliaciones de plazo han quedado consentidas.

Tal como la norma señala, opera la aprobación ficta siempre y cuando, dentro del marco del procedimiento legal, la Entidad incumplió los plazos legales para emitir pronunciamiento respecto de una solicitud de ampliación que previamente ha sido materia de opinión del supervisor. En el presente caso, ello no es aplicable porque la norma señala que las solicitudes de ampliación de plazo presentadas fuera del plazo vigente de ejecución de obra no serán admitidas.

Las ampliaciones de plazo no han sido admitidas, por tanto no corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales.

E.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

33. El objeto de la quinta pretensión de la demanda es que se determine "si corresponde o no que se reconozca el consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 21 por 11 días

calendario planteada con la Carta N° 665-2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016, al haber vencido el plazo legal para pronunciarse respecto a su procedencia sin perjuicio del análisis de traslapes que corresponda, y, asimismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos”.

El artículo 201 del RLCE establece que, en caso la Entidad no emitiera pronunciamiento alguno “dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad”. Constituyen hechos objetivamente verificados que, respecto a la solicitud de ampliación de plazo N° 21, formulada el 21 de julio de 2016, mediante Carta N° 066-2016/CEN CAÑETE, sí hubo al menos dos pronunciamientos:

- Carta N° 108-2016-MCBT/JES-CSE, de fecha 26 de julio de 2016, mediante la que el Supervisor de Obra informa al CEN que “no se admite las solicitudes de Ampliación de Plazo presentadas por cuanto el plazo contractual de ejecución de obra culminó el 1 de junio de 2016”.
- Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, de 10 de agosto de 2016, mediante el cual el Jefe de la Unidad Gerencia de Estudios y Obras señala que “el supervisor ha actuado en total observancia de la norma legal, en la medida que al haber recibido las solicitudes de prórroga y verificado que el plazo contractual ha vencido el 01.06.16, ha procedido a comunicarles que dichos requerimiento no son admisible, posición que es ratificada por la Entidad a través de la presente comunicación”. Este Oficio adjunta, además, el Informe N° 220-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EEO-MMCT como sustento de lo comunicado en él.

En este caso, si se analiza el contenido material de esos pronunciamientos es el mismo: declarar inadmisible, por extemporánea, la solicitud de ampliación de plazo. Si esos pronunciamientos resultan válidos o no es un asunto que se analizó en relación con el primer punto controvertido. En ese caso, el presente Laudo ampara la primera pretensión de la demanda del CEN en el sentido de que el Oficio N° 2716-2016 es nulo y, por ello, no surte efectos legales; dicha decisión se sustentó en cuestiones puramente formales (falta de competencia del funcionario que suscribe ese documento) y no en temas sustantivos (si era correcto o no determinar que no eran admisibles dichas solicitudes de ampliación de plazo), priorizando el derecho del CEN a un debido procedimiento.

En todo caso, si se aprecia las cuestiones sustantivas, lo concreto es que el artículo 201 no regula a detalle el procedimiento de ampliación de plazo, pues no distingue los supuestos y las competencias específicas para evaluar y eventualmente declarar la admisibilidad o procedencia de las solicitudes de ampliación de plazo, máxime cuando se trata de una relación contractual y no de un procedimiento administrativo puro. El propio OSCE no tiene uniformidad en la forma en que aborda este tema en sus Opiniones. Así, en el caso de la Opinión N° 027-2012/DTN parafrasea el artículo 201 del RLCE, precisando que “toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliación de plazo”. No obstante, en la Opinión N° 079-2015/DTN, utiliza otro concepto jurídico: “para que una solicitud de ampliación de plazo de ejecución de obra resulte procedente, el contratista debe, además de efectuar la solicitud dentro del plazo vigente de ejecución de la obra, cumplir con el procedimiento (las condiciones y los plazos) señalado en el primer párrafo del artículo 201 del Reglamento”.

En el presente caso, lo que pretende el Demandante es que se declare consentida la solicitud de ampliación de plazo N° 21, por 11 días calendario, además del reconocimiento de gastos generales por efecto de la supuesta aprobación ficta de la ampliación de plazo. El artículo 201 establece que, de no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo de 21 días calendario, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad. Por tanto, la consecuencia del silencio por parte de la Entidad respecto a la ampliación de plazo solicitada es que **se considerará ampliado el plazo**. Esta situación fáctica tiene claras consecuencias jurídicas y económicas previstas en la normativa de contrataciones del Estado y que, en el presente caso, de considerar que la entidad, en efecto, no habría emitido pronunciamiento alguno, habría operado formalmente y de acuerdo al procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado, estrictamente por la falta de pronunciamiento oportuno y válido de parte de la Entidad.

Sin embargo, se emitieron dentro del plazo previsto en el artículo 201 los dos pronunciamientos antes señalados; es decir, el del Supervisor, primero, y el del Jefe de la Unidad Gerencia de Estudios y Obras, segundo. No obstante, el pronunciamiento de la Entidad, que se efectuó dentro del plazo previsto en la normativa, no es válido y resulta ineficaz, toda vez que lo emitió un funcionario que no tenía la competencia para ello. Por tanto, considerando esta ausencia de un pronunciamiento válido de la Entidad, corresponde analizar si se cumplen los supuestos de validez y eficacia para que se entienda "consentida" la ampliación de plazo y que, de ese modo, opere el silencio administrativo positivo.

El artículo 201 señala expresamente que en caso se presente una solicitud esta debe ser oportuna. Así, "En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo". Y el mismo artículo prescribe que "Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo". Es claro, entonces, que como requisito de admisibilidad de toda solicitud de ampliación de plazo se previó que esta fuera formulada "dentro del plazo vigente de ejecución de obra". En el presente caso, el plazo vigente de ejecución venció el 1 de junio de 2016 y la solicitud de ampliación de plazo N° 21 fue presentada el 21 de julio de 2016; es decir, fuera del plazo previsto. Esto ha sido objeto de la decisión relacionada con la segunda pretensión de la demanda, la misma que se ha declarado infundada.

Por tanto, cabe preguntarse si la aprobación ficta de la ampliación de plazo tiene carácter absoluto. Si consideramos que la aprobación ficta de la solicitud de ampliación de plazo por falta de pronunciamiento de la Entidad es producto del denominado "silencio administrativo positivo", tenemos que, "en caso de que 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"¹¹. Asimismo, se afirma que los efectos del silencio administrativo positivo "son claramente establecidos por la norma, toda vez que se entenderá automáticamente aprobada la solicitud del

¹¹ LATORRE BOZA, Derik. Una mirada iconoclasta y profanadora de la catedral: competencia arbitral para declarar la nulidad de actos administrativos fictos. En Revista Derecho y Sociedad N° 29, p. 99

administrado en los términos solicitados. Pero, dicha ficción es sancionada con nulidad, cuando los derechos que se adquieren por ella son contrarios al ordenamiento jurídico. Y esas normas son completamente concordantes con lo dispuesto en el Artículo 11 del Título Preliminar del Código Civil, que establece claramente que 'La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho'¹².

En esa línea, debe tenerse en cuenta que, "en el caso del silencio positivo el vencimiento de plazo para que la Administración adopte una decisión supone el otorgamiento de la autorización o licencia solicitada por el particular de modo que la Administración ya no puede resolver en forma expresa en sentido contrario al otorgamiento positivo o revocarlo, **salvo que su contenido se oponga al ordenamiento jurídico** y, en consecuencia, sólo en ese supuesto **la Administración podrá declararlo nulo de pleno derecho** mediante el procedimiento establecido en la ley de procedimientos administrativos para la declaración de oficio de nulidad de resoluciones administrativas que hayan quedado consentidas"¹³. Por tanto, la eficacia de la aprobación ficta de una solicitud de un administrado por el silencio de la Entidad está condicionada a que el contenido de dicha solicitud se encuentre ajustada al ordenamiento jurídico.

Téngase en cuenta que la propia LPAG, prescribe en su artículo 10-3 que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los actos que resulten como consecuencia de la aprobación 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**".

La Entidad afirma que opera la aprobación ficta siempre y cuando, dentro del marco del procedimiento legal, esta haya incumplido los plazos legales para emitir pronunciamiento respecto de una solicitud de ampliación que previamente ha sido materia de opinión del supervisor. En el presente caso, según el razonamiento de la Entidad ello no es aplicable porque la norma señala que las solicitudes de ampliación de plazo presentadas fuera del plazo vigente de ejecución de obra no serán admitidas. Sin embargo, si la decisión de la Entidad era declarar inadmisible la solicitud de ampliación de plazo N° 21, esta debió ser emitida y suscrita por el funcionario competente. Este requisito de competencia no se cumplió; por esa razón, el pronunciamiento de la Entidad resulta nulo. Para efectos formales, la Entidad no emitió un pronunciamiento (al menos uno válido). Por tanto, frente al silencio de la Entidad, operaría la aprobación ficta de la ampliación de plazo. Sin embargo, se ha determinado que dicha "aprobación ficta" resulta ineficaz, toda vez que la solicitud de ampliación de plazo se presentó cuando el plazo vigente de ejecución contractual había vencido.

Ahora bien, en relación con el carácter absoluto o relativo de las consecuencias del silencio administrativo positivo en las contrataciones del Estado, aunque referida a las liquidaciones de Contratos, el OSCE señala que, "si bien con el consentimiento de la liquidación se presume su validez y aceptación, ello no impide que las controversias relativas a dicho consentimiento puedan ser sometidas a arbitraje; más aun cuando dicha presunción podría implicar la aprobación o aceptación (y posterior pago) de liquidaciones

¹² Ibídem, p. 100

¹³ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración"; en Ius et Veritas Año 7, N° 13, 1996, p. 228

inválidas que, por ejemplo, no se encuentren debidamente sustentadas, incluyan conceptos o trabajos que no forman parte del contrato o que formando parte del contrato no se calcularon con los precios ofertados, incluyan montos manifiestamente desproporcionados, entre otros"; por tanto, para el OSCE "la presunción de validez y aceptación de una liquidación que ha quedado consentida **es una presunción iuris tantum**, en tanto admitiría prueba en contrario, situación que deberá discutirse en un arbitraje, de ser el caso".

Tanto en la LPAG como de acuerdo al criterio del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, para que una "aprobación ficta" surta efectos jurídicos, la solicitud del Contratista que quisiera beneficiarse de este silencio con efectos positivos, debería haberse dado conforme al ordenamiento jurídico, cumpliendo los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

Como se ha apreciado a lo largo del análisis de la solicitud de ampliación de plazo N° 21, considerando las circunstancia al momento de formularse la misma e, incluso, las circunstancias al momento presente, se tiene que el plazo vigente de ejecución de obra venció el día 1 de junio de 2016, debiendo precisarse, además, que ninguna de las solicitudes de ampliación de plazo formuladas por el CEN había sido aprobada por el PRONIED; es más, todas las solicitudes de ampliación de plazo, incluyendo las vinculadas, fueron declaradas improcedentes o simplemente no se admitieron. Por tanto, las circunstancias específicas que permiten evaluar las controversias suscitadas y que deben resolverse en el presente arbitraje muestra que la solicitud de ampliación de plazo N° 21 fue presentada cuando ya había vencido el plazo vigente de ejecución de la obra. Por esa razón, dicha solicitud, conforme al artículo 201 del RLCE, no debe admitirse. Y, por consiguiente, habiéndose presentado fuera de plazo, resulta ineficaz la eventual aprobación ficta de la ampliación de plazo, pues el requisito esencial para su admisión e incluso para su procedibilidad es que se haya presentado dentro del plazo vigente de ejecución contractual.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el artículo 5.2 de la LPAG establece que "En ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, obscuro o imposible de realizar". Sobre la base del análisis de las circunstancias que se presentaban al momento de presentarse la solicitud de arbitraje, las mismas que se mantienen hasta hoy, el dotar de eficacia validando un supuesto de "aprobación ficta" cuando la solicitud de ampliación de plazo no cumple con un requisito básico, que es el que se haya presentado dentro del plazo vigente de ejecución del contrato, no resulta posible, legalmente, pues se desvirtúa claramente la presunción iuris tantum de su validez y eficacia.. El Contratista debió prever esto y no presentar su solicitud vencido dicho plazo y bajo la consideración subjetiva (y por tanto incierta) de que en los arbitrajes que se discuten las demás ampliaciones de plazo será ampliado el plazo contractual.

En el ámbito jurídico nacional e internacional, incluyendo los ámbitos del arbitraje comercial internacional y el del arbitraje internacional de inversiones, rige el principio "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", por el que se establece que nadie puede alegar su propia culpa o negligencia en beneficio propio.

La literatura especializada ha señalado que el principio "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", ampliamente reconocido a nivel jurisprudencial y doctrinario, es

un aforismo de origen latino referido a que nadie puede respaldar un derecho en base a su propia torpeza o negligencia, lo cual se corresponde con el deber que reposa en cada titular de derechos de soportar las consecuencias jurídicas de su acción u omisión para defender o desproteger sus intereses¹⁴. La acción de quien quiere hacer valer su error o torpeza ante el fuero jurisdiccional, constituye un abuso de derecho, conducta proscrita por el artículo 103 de nuestra Constitución.

A nivel nacional, el Tribunal Constitucional ha reconocido la aplicación del principio "nemo auditur propriam turpitudinem allegans" cuando en el fundamento 5 de la sentencia emitida el 04 de marzo de 2013, recaída en el proceso de amparo seguido bajo expediente N° 00394-2013-PA/TC.

El presente Laudo Arbitral no puede avalar el hecho de que el CEN haya presentado su solicitud de ampliación de plazo cuando el plazo vigente de ejecución de la obra ya había vencido; es decir, presentó su solicitud sin cumplir el requisito temporal o de oportunidad previsto en la normativa. En ese sentido, no corresponde declarar consentida la solicitud de ampliación de plazo, pues dicha figura implica que se hayan cumplido los requisitos y en el presente caso la solicitud de ampliación de plazo fue presentada vencido el plazo vigente de ejecución contractual.

Por tanto, no corresponde que se reconozca ni declare el consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 21 por 11 días calendario planteada con la Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE de fecha 21 de julio de 2016, pues esta fue presentada cuando el plazo vigente de ejecución de obra había vencido; no corresponde, tampoco, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos.



¹⁴ Venturo León, Sulio. "¿Qué significa la frase «nadie puede alegar a su favor su propia torpeza o culpa»?". Publicado por Legis.pe. En: <https://legis.pe/significa-nadie-puede-alegar-favor-propia-torpeza-culpa/>

F. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 22 planteada mediante Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE del 26 de julio de 2016, fue presentada por el Contratista dentro del plazo contractual al constituir la última cuantificación parcial de la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 11.

F.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE)

34. El CEN manifiesta que existen, actualmente, 17 solicitudes de ampliación de plazo en controversia, anteriores a las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22; por consiguiente, la entidad no puede afirmar que dichas ampliaciones fueron presentadas fuera de plazo, y menos aún, eximirse de la obligación de resolver según el procedimiento establecido en el artículo 201 del RLCE y el artículo 5 de la LCE.

En tal sentido, destaca el CEN que la existencia de controversias respecto al plazo contractual afectará, de manera indefectible, las pretensiones expuestas en el presente arbitraje.

Así, sostiene el Demandante que las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22 fueron presentadas dentro de plazo contractual, conforme a los argumentos antes señalados.

Por otro lado, el CEN alega que el Demandado no aborda en su análisis la existencia de controversias respecto al plazo contractual que, de manera indefectible, afectará a las pretensiones expuestas en la presente.

El Demandante concluye que las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22 fueron presentadas dentro de plazo contractual, conforme a los argumentos antes señalados.

Sostiene el CEN que la solicitud de ampliación de plazo N° 22 es la última cuantificación en relación del cambio de material de los juegos infantiles, y se relaciona con las ampliaciones 11 y 18 (que también se encuentran en arbitraje en el Expediente S 215-2016/SNA-OSCE).

En este caso, la Entidad varió el material de juegos infantiles, por lo que correspondía incorporar juegos de madera, lo que debía dar lugar a un adicional. Señala el CEN que la Entidad no cumplió con tramitar la aprobación del adicional, pese a lo que el Contratista ejecutó dicha partida “para evitar mayores perjuicios al Estado”.

F.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)

35. Según el PRONIED, el contratista cuantifica parcialmente la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 11; sin embargo, dicha solicitud fue declarada IMPROCEDENTE mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 243-2016- MINEDUNMGI-PRONIED. Por tanto, agrega que, no habría modificación en el plazo de ejecución del contrato de obra, pese a que dicha decisión ha sido sometida a arbitraje, en modo alguno podría considerarse legalmente válida para cuantificar los días de ampliación en discusión.

La solicitud de Ampliación de Plazo N° 22 fue presentada mediante Carta N°066-2016-CEN-CAÑETE del 26 de julio de 2016 y el plazo vigente de ejecución de obra terminó el 1 de junio de 2016, lo cual es reconocido por el Contratista en su misma solicitud (Folio 000033).

En ese sentido, tal como se demostró en el proceso, al contratista no se le aprobó ninguna ampliación de plazo en sede administrativa, así como tampoco en sede arbitral; en consecuencia, el plazo vigente de ejecución de obra sigue siendo el 1 de junio de 2016, situación que el mismo contratista ha reconocido en audiencias y a lo largo del proceso.

F.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

36. El objeto de la sexta pretensión de la demanda es que se determine "si corresponde o no declarar que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 22 planteada mediante Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE del 26 de julio de 2016, fue presentada dentro del plazo contractual, al constituir la última cuantificación parcial de solicitud de Ampliación de plazo parcial N° 11".

El artículo 201 del RLCE, al regular el procedimiento de las ampliaciones de plazo establece, primero, que "el Contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo [...] En caso que el hecho invocado pudiera superar el **plazo vigente de ejecución contractual**, la **solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo**".

Ese mismo artículo añade que toda solicitud de ampliación de plazo "debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo".

Ahora bien, ambas partes han señalado de manera expresa que el inicio del plazo de ejecución contractual de la obra se dio el 5 de noviembre de 2015, razón por la que el plazo original del Contrato (210 días calendario) vencía el día 1 de junio de 2016. Por tanto, el plazo vigente de ejecución de la obra vencía el 1 de junio de 2016. Esta situación al día de hoy no se ha visto alterada o modificada.

Las solicitud de ampliación de plazo N° 22 fue presentada por el CEN mediante Carta N° 066-2016/CEN CAÑETE el 26 de julio de 2016.

¿Puede afirmarse que esta solicitud de ampliación de plazo fue presentada "dentro del plazo contractual" como señala el CEN, considerando que constituye la última cuantificación del tema de interruptores termomagnéticos tetrapolares, y se relaciona con las ampliaciones 11 y 18 (que también se encuentran en arbitraje en el Expediente S 215-2016/SNA-OSCE).

¿O es que la solicitud de ampliación de plazo N° 22, formulada mediante Carta N° 066-2016/CEN CAÑETE el 26 de julio de 2016, se presentó habiendo vencido el plazo vigente de ejecución contractual (1 de junio de 2016) como señala la Entidad?



Es un hecho no controvertido que el plazo original de ejecución contractual vencía el día 1 de junio de 2016. Por tanto, el plazo vigente de ejecución contractual a ese momento vencía el día 1 de junio de 2016, pues hasta ese momento no se habían aprobado ampliaciones de plazo que variaran el plazo original del contrato y, al momento de emitir el presente Laudo Arbitral, no se ha emitido algún laudo arbitral que haya decidido ampliar el plazo contractual y, por tanto, que se haya modificado el plazo vigente de ejecución de la obra. La literatura especializada ha sido muy clara sobre este particular al señalar que “La ejecución de las prestaciones debe producirse en el plazo pactado, siendo que las actividades a cargo del contratista están organizadas en función de calendarios, cronogramas o planes de trabajo. Así, en el caso de obras, se cuenta con un calendario de avance de obra y un calendario de adquisición de materiales o insumos”. Dicho calendario “será tomado en cuenta por las partes para medir el avance de obra permanentemente y será actualizado conforme existan eventos que los justifiquen (por ejemplo: ampliaciones de plazo)”; cuando el contratista requiera la ampliación del plazo contractual “debe probar y convencer a la autoridad que se ha producido alguno de los supuestos tipificados legalmente para ello, esto es, haberse aprobado una prestación adicional a su cargo, incurrir en atrasos o paralizaciones no imputables al contratista [...]”. Recién cuando se otorga una ampliación de plazo es que se permite al contratista cumplir con su prestación en un plazo mayor al pactado inicialmente, sin que ello implique que incurra en incumplimiento, o sea posible de penalidad por mora, lo cual determina, a su vez, que se le reconozca el derecho a los mayores gastos en los que incurra durante ese nuevo plazo [...]”¹⁵.

Ahora bien, la solicitud de ampliación de plazo N° 22 está vinculada, a criterio de ambas partes, con las solicitudes de ampliación de plazo N° 11 y 18, en la medida que se trata de solicitudes que invocan la misma causal (atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista en relación con el cambio de materiales para los juegos infantiles), cuantificada en momentos diferentes.

| Solicitud ampliación plazo | Causal | Pronunciamiento de Entidad |
|---|--|--|
| 11 (31 días calendario) 1 de junio de 2016 | Po partida de juegos infantiles (cambio de materiales de PVC a madera) | Improcedente RDE 243-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED |
| 18 (31 días calendario) 30 de junio de 2016 | Solución técnica y legal para ejecución de juegos infantiles | Inadmisible |

Como puede apreciarse del cuadro anterior, ninguna de las ampliaciones de plazo solicitadas por la Demandante fue aprobada por la Entidad. Es más, conforme a la información que presentaron las partes, se puede concluir que las solicitudes de ampliación de plazo N° 1 a la 19, previas a las solicitudes que se discuten en el presente arbitraje, fueron declaradas improcedentes o, simplemente, no fueron admitidas para su trámite. En ese sentido, al momento de presentarse la solicitud de ampliación de plazo N° 22 (26 de julio de 2016), ya el plazo vigente de ejecución contractual había vencido. Hay que recordar con énfasis que el plazo de ejecución contractual vigente, como hecho objetivo aceptado por ambas partes, vencía el 1 de junio de 2016.

Conforme al OSCE (ver Opinión N° 079-2015/DTN) “para que una solicitud de ampliación de plazo de ejecución de obra resulte procedente, el contratista debe, **además de**

¹⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. La contratación estatal. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, pp. 582, 583

efectuar la solicitud dentro del plazo vigente de ejecución de la obra, cumplir con el procedimiento (las condiciones y los plazos) señalado en el primer párrafo del artículo 201 del Reglamento”.

Conforme al artículo 201 del RLCE, en caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo. Esa misma norma enfatiza que toda solicitud de ampliación de plazo debe formularse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, concluyendo claramente que fuera de ese plazo no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo.

Por tanto, la solicitud de ampliación de plazo N° 22 debió presentarse dentro del plazo vigente de ejecución contractual; es decir, a más tardar el día 1 de junio de 2016, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 201 del RLCE. En tal sentido, conforme al mismo artículo, en caso de que una solicitud de ampliación de plazo no fuera presentada dentro del plazo vigente de ejecución de obra, esta no será admitida. Por tanto, corresponde declarar que la solicitud de ampliación de plazo N° 22 no fue presentada por el Contratista dentro del plazo de ejecución contractual vigente.

37. Ahora bien, el Consorcio plantea que la solicitud de ampliación de plazo N° 22 se habría presentado dentro del **plazo contractual**, considerando que se encuentra vinculada con las solicitudes de ampliación de plazo N° 11 y 18, que si bien no fueron aprobadas por la Entidad, se encuentran controvertidas en arbitraje (Expediente S 215-2016/SNA-OSCE). Además, la ampliación de plazo N° 1 se encuentra controvertida en el arbitraje que se desarrolla en el Expediente S 085-2016/SNA-OSCE.

El Demandante utiliza el concepto más general de “plazo contractual”, que no es el que se utiliza en la normativa, específicamente en el artículo 201; si bien dicho concepto no es el más preciso, en este caso este resulta ser más amplio que el de plazo contractual vigente, toda vez que podría incluir eventuales y futuras ampliaciones de plazo, con lo cual el plazo contractual podría resultar mayor al plazo contractual vigente. En ese sentido, tratándose de un arbitraje de derecho, la resolución de las controversias debe efectuarse con cargo a la normativa aplicable, en este caso, específicamente a lo dispuesto en el artículo 201 del RLCE, norma que utiliza el concepto de plazo vigente de ejecución contractual o plazo vigente de ejecución de obra.

En esa línea, y con la finalidad de tener mayores elementos de juicio, el árbitro único, en la Audiencia Especial realizada el día 6 de marzo de 2018, tomó la decisión de suspender el trámite del presente arbitraje por 60 días calendario, considerando que resultaría relevante conocer previamente la decisión arbitral en los Expedientes N° S 085-2016/SNA-OSCE y S 215-2016/SNA-OSCE. Dicho plazo venció el 6 de mayo de 2018. Sin embargo, dicha suspensión se levantó recién con Resolución N° 13, emitida con fecha 5 de octubre de 2018.

Pese al largo tiempo transcurrido, las partes informaron que los referidos arbitrajes se encuentran en desarrollo y no se han emitido laudos todavía, razón por la que demorar la resolución de las controversias sometidas al presente arbitraje para lograr conocer previamente las decisiones que se tomen en esos arbitrajes ya no resulta posible, pues afecta directamente la celeridad con que debió tramitarse el presente arbitraje, considerando que este se instaló el día 18 de mayo de 2017, siendo que a la fecha se tiene que la tramitación del proceso se ha extendido por más de dos años.

Por tanto, debe resolverse el presente arbitraje considerando las circunstancias que se presentaron al momento de formularse la solicitud de ampliación de plazo (21 de julio de 2016) y cuando esta se resolvió o, en todo caso, se debió resolver (16 de agosto de 2016). En relación con el plazo de ejecución contractual vigente, este es el plazo original, razón por la que el plazo vigente vencía el 1 de junio de 2016.

Por esas consideraciones, no puede asumirse que las solicitudes de ampliación de plazo previas a la solicitud N° 21, dejando sin efecto esas decisiones de la Administración Pública, serán aprobadas por los Tribunales Arbitrales que conocen las controversias que se discuten en los arbitrajes de los Expedientes N° S 085-2016/SNA-OSCE y S 215-2016/SNA-OSCE. A este momento, el alcance de esas decisiones arbitrales resulta incierto y, por tanto, no puede sustentarse la decisión en el presente arbitraje sobre una base de incertidumbre jurídica y fáctica, sino que debe considerarse las circunstancias particulares que se presentaban al momento de formular la solicitud de ampliación de plazo N° 22, es decir, al 26 de julio de 2016. Y esto es que el plazo vigente de ejecución contractual (1 de junio de 2016) había vencido a ese momento.

Por tanto, corresponde declarar que la solicitud de ampliación de plazo N° 22 no fue presentada por el Contratista dentro del plazo vigente de ejecución contractual.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'S' or a similar character, is placed here.

G. SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar o reconocer el consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 22 por 21 días calendario presentada por el Contratista mediante Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE del 26 de julio de 2016, al haber vencido el plazo legal para pronunciarse respecto a su procedencia, sin perjuicio del análisis de traslapes que corresponda, y, asimismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos.

G.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE)

38. El CEN señala que, en el artículo 201 del RLCE, el procedimiento para la tramitación de las solicitudes es en total 21 días calendario, 07 para el informe de la supervisión y 14 días para la resolución de la Entidad

En ese orden de ideas, el CEN manifiesta que, conforme el plazo legal establecido en esa norma, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 22 por 21 días calendario, presentada mediante Carta N° 066-2016/CEN CAÑETE de fecha 26 de julio de 2016, quedó consentida ya que la Entidad tuvo hasta el 16 de agosto de 2016 para emitir resolución al respecto.

Señala el CEN que, el Demandado no ha rebatido de manera suficiente, cuáles son los argumentos legales que invalidan los actos de consentimientos de las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22.

Sostiene que, en los medios probatorios presentados en la demanda queda demostrado que la Ampliación de Plazo N° 22 presentada mediante Carta N° 066- 2016/CEN CAÑETE (ANEXO 01-F), de fecha 26 de julio de 2016, quedó consentida el 11 de agosto de 2016.

La normativa de contrataciones del Estado no regula un procedimiento de inadmisibilidad y de devolución de las solicitudes de ampliación de plazo, como lo pretende establecer la Supervisión. Es más, en el caso del Manual de Procedimientos para la Ejecución de Obras del PRONIED, aprobado por Resolución Directoral Ejecutiva N° 060-2015-MINEDU/VMGI/PRONIED, la función del Supervisor en relación con las ampliaciones de plazo se restringe a la emisión de un Informe expresando su opinión y no a la emisión de un pronunciamiento final. Es más, la decisión de la Entidad debe efectuarse mediante Resolución.

Afirma que la Entidad no puede afirmar que la ampliación de plazo N° 22 se presentó fuera de plazo y, menos aún, eximirse de la obligación de resolver según el procedimiento establecido en el artículo 201 del RLCE. Las causales de ampliación de plazo de la solicitud N° 22 se encuentran totalmente relacionadas a anteriores ampliaciones de plazo, las que se encuentran también en arbitraje.

G.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)

39. Al respecto, el PRONIED señala que el plazo contractual concluyó el 1 de junio de 2016; por tanto, el Demandante presentó su solicitud de ampliación de plazo N° 22 de manera extemporánea

El PRONIED sustenta su posición en lo dispuesto por el artículo 201 del RLCE y la Opinión Nº 027-2012/DTN del OSCE que concluye que "toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliación de plazo".

Entonces, considera el PRONIED que las solicitudes de ampliación de plazo no han seguido el procedimiento legal establecido en el artículo 201 del RLCE; por consiguiente, no corresponde que el Demandante alegue el consentimiento de dichas ampliaciones de plazo.

Explica el Demandado que si una solicitud de ampliación de plazo no ha sido presentada dentro del plazo legal establecido, es como si no se hubiera presentado, más aun cuando la norma expresamente no establece ninguna salvedad en modo y plazo para continuar con el procedimiento legal en las condiciones que el Contratista pretendió imponer; por lo que, al no activarse el procedimiento legal para conceder una ampliación de plazo, no podría declararse que las solicitudes de ampliaciones de plazo han quedado consentidas.

Según el Demandado, opera la aprobación ficta siempre y cuando, dentro del marco del procedimiento legal, la Entidad incumplió los plazos legales para emitir pronunciamiento respecto de una solicitud de ampliación que previamente ha sido materia de opinión del supervisor. En el presente caso, ello no es aplicable porque la norma señala que las solicitudes de ampliación de plazo presentadas fuera del plazo vigente de ejecución de obra no serán admitidas.

Respecto del reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondientes a dichos días controvertidos, el PRONIED cita el artículo 202 del RLCE, que dispone 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 obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos".

Agrega el PRONIED que las ampliaciones de plazo no fueron admitidas; por tanto, no corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales, toda vez que su solicitud de ampliación de plazo Nº 22, sobre la cual la contratista invoca la "aprobación ficta", habría previamente infringido lo dispuesto en el artículo 201 del RLCE, por causas exclusivamente imputables a la propia contratista.

En ese orden de ideas, el PRONIED considera que en el supuesto negado que se haya configurado la "aprobación ficta" invocada por la contratista, la misma carecería de total validez al ser ésta pasible de nulidad de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 10 de la LPAG.

En atención al citado dispositivo, sostiene el PRONIED que, a través de la aplicación de una "aprobación ficta", ningún administrado 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 del cual se pueda obtener un derecho que no cumple con los requisitos esenciales de validez para su obtención; siendo ésta la razón por la que el propio sistema normativo se autoprotege, a efectos que vía "aprobación ficta", los contratistas distorsionen y/o dejen sin efecto las normas que

regulan la obtención legítima de un derecho; de allí que la aprobación ficta que alega el consorcio resulta inválida e ineficaz.

Según el PRONIED, la ley sanciona de forma expresa con la *"nulidad de oficio"* todos aquellos supuestos en donde habiéndose configurado una supuesta "aprobación ficta" se obtengan derechos que no cumplan con los requisitos esenciales de validez que les son legalmente exigibles. En tal sentido, concluye que la solicitud de ampliación de plazo N° 21 no se ajusta a los requisitos legales para su admisión establecidos en el artículo 201 del RLCE; por tanto, no se puede concluir que la Ampliación de Plazo N° 22 habría quedado consentida.

En ese sentido, en atención a las consideraciones expuestas, el PRONIED estima que de acuerdo a lo prescrito en el numeral 3 del artículo 10 de la LPAG, las "aprobaciones fictas" invocadas por el Consorcio que buscan ser legalmente ratificadas a través del presente arbitraje, son pasibles de nulidad de pleno derecho, cuya aplicación es solicitada por el PRONIED.

En atención a lo expuesto, queda demostrado que el contratista presentó su solicitud fuera del plazo vigente de ejecución de la obra, motivo por el cual tampoco corresponde el reconocimiento de gastos generales y como consecuencia de ello, resulta impropio considerar ampliado el plazo solicitado.

Las solicitudes de ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22 no han seguido el procedimiento legal establecido en el artículo 201 del RLCE, por lo cual no corresponde que el contratista alegue el consentimiento de dichas ampliaciones.

Es decir, dado que el contratista no ha presentado las solicitudes de ampliación de plazo dentro del plazo legal establecido (1 de junio de 2016), es como si no se hubiera presentado, más aun cuando la norma expresamente no establece ninguna salvedad en modo y plazo para continuar con el procedimiento legal en las condiciones que el Contratista pretendió imponer; por lo que, lógicamente al no activarse el procedimiento legal para conceder una ampliación de plazo, no podría declararse que las solicitudes de ampliaciones de plazo han quedado consentidas.

Tal como la norma señala, opera la aprobación ficta siempre y cuando, dentro del marco del procedimiento legal, la Entidad incumplió los plazos legales para emitir pronunciamiento respecto de una solicitud de ampliación que previamente ha sido materia de opinión del supervisor. En el presente caso, ello no es aplicable porque la norma señala que las solicitudes de ampliación de plazo presentadas fuera del plazo vigente de ejecución de obra no serán admitidas.

Las ampliaciones de plazo no han sido admitidas, por tanto no corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales.

G.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

40. El objeto de la séptima pretensión de la demanda es que se determine "si corresponde o no que se reconozca el consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 22 por 21 días

calendario planteada con la Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE de fecha 26 de julio de 2016, al haber vencido el plazo legal para pronunciarse respecto a su procedencia sin perjuicio del análisis de traslapes que corresponda, y, asimismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos”.

El artículo 201 del RLCE establece que, en caso la Entidad no emitiera pronunciamiento alguno “dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad”. Constituyen hechos objetivamente verificados que, respecto a la solicitud de ampliación de plazo N° 22, formulada el 26 de julio de 2016, mediante Carta N° 066-2016/CEN CAÑETE, sí hubo al menos dos pronunciamientos:

- Carta N° 110-2016-MCBT/JES-CSE, de fecha 1 de agosto de 2016, mediante la que el Supervisor de Obra informa al CEN que “no se admite las solicitudes de Ampliación de Plazo presentadas por cuanto el plazo contractual de ejecución de obra culminó el 1 de junio de 2016”.
- Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, de 10 de agosto de 2016, mediante el cual el Jefe de la Unidad Gerencia de Estudios y Obras señala que “el supervisor ha actuado en total observancia de la norma legal, en la medida que al haber recibido las solicitudes de prórroga y verificado que el plazo contractual ha vencido el 01.06.16, ha procedido a comunicarles que dichos requerimiento no son admisible, posición que es ratificada por la Entidad a través de la presente comunicación”. Este Oficio adjunta, además, el Informe N° 220-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-EO-MMCT como sustento de lo comunicado en él.

En este caso, si se analiza el contenido material de esos pronunciamientos es el mismo: declarar inadmisible, por extemporánea, la solicitud de ampliación de plazo. Si esos pronunciamientos resultan válidos o no es un asunto que se analizó en el primer punto controvertido. En ese caso, el presente Laudo ampara la primera pretensión de la demanda del CEN en el sentido de que el Oficio N° 2716-2016 es nulo y, por ello, no surte efectos legales; dicha decisión se sustentó en cuestiones puramente formales (falta de competencia del funcionario que suscribe ese documento) y no en temas sustantivos (si era correcto o no determinar que no eran admisibles dichas solicitudes de ampliación de plazo), priorizando el derecho del CEN a un debido procedimiento.

En todo caso, si se aprecia las cuestiones sustantivas, lo concreto es que el artículo 201 no regula a detalle el procedimiento de ampliación de plazo, pues no distingue los supuestos y las competencias específicas para evaluar y eventualmente declarar la admisibilidad o procedencia de las solicitudes de ampliación de plazo, máxime cuando se trata de una relación contractual y no de un procedimiento administrativo puro. El propio OSCE no tiene uniformidad en la forma en que aborda este tema en sus Opiniones. Así, en el caso de la Opinión N° 027-2012/DTN parafrasea el artículo 201 del RLCE, precisando que “toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliación de plazo”. No obstante, en la Opinión N° 079-2015/DTN, utiliza otro concepto jurídico: “para que una solicitud de ampliación de plazo de ejecución de obra resulte procedente, el contratista debe, además de efectuar la solicitud dentro del plazo vigente de ejecución de la obra, cumplir con el procedimiento (las condiciones y los plazos) señalado en el primer párrafo del artículo 201 del Reglamento”.

En el presente caso, lo que pretende el Demandante es que se declare consentida la solicitud de ampliación de plazo N° 22, por 21 días calendario, además del reconocimiento de gastos generales por efecto de la supuesta aprobación ficta de la ampliación de plazo. El artículo 201 establece que, de no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo de 21 días calendario, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad. Por tanto, la consecuencia del silencio por parte de la Entidad respecto a la ampliación de plazo solicitada es que **se considerará ampliado el plazo**. Esta situación fáctica tiene claras consecuencias jurídicas y económicas previstas en la normativa de contrataciones del Estado y que, en el presente caso, de considerar que la entidad, en efecto, no habría emitido pronunciamiento alguno, habría operado formalmente y de acuerdo al procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado, estrictamente por la falta de pronunciamiento oportuno y válido de parte de la Entidad.

Sin embargo, se emitieron dentro del plazo previsto en el artículo 201 los dos pronunciamientos antes señalados; es decir, el del Supervisor, primero, y el del Jefe de la Unidad Gerencia de Estudios y Obras, segundo. No obstante, el pronunciamiento de la Entidad, que se efectuó dentro del plazo previsto en la normativa, no es válido y resulta ineficaz, toda vez que lo emitió un funcionario que no tenía la competencia para ello. Por tanto, considerando esta ausencia de un pronunciamiento válido de la Entidad, corresponde analizar si se cumplen los supuestos de validez y eficacia para que se entienda "consentida" la ampliación de plazo y que, de ese modo, opere el silencio administrativo positivo.

El artículo 201 señala expresamente que en caso se presente una solicitud esta debe ser oportuna. Así, "En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo". Y el mismo artículo prescribe que "Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo". Es claro, entonces, que como requisito de admisibilidad de toda solicitud de ampliación de plazo se previó que esta fuera formulada "dentro del plazo vigente de ejecución de obra". En el presente caso, el plazo vigente de ejecución venció el 1 de junio de 2016 y la solicitud de ampliación de plazo N° 22 fue presentada el 26 de julio de 2016; es decir, fuera del plazo previsto. Esto ha sido objeto de la decisión relacionada con la segunda pretensión de la demanda, la misma que se ha declarado infundada.

Por tanto, cabe preguntarse si la aprobación ficta de la ampliación de plazo tiene carácter absoluto. Si consideramos que la aprobación ficta de la solicitud de ampliación de plazo por falta de pronunciamiento de la Entidad es producto del denominado "silencio administrativo positivo", tenemos que, "en caso de que 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 aquel¹⁶. Asimismo, se afirma que los efectos del silencio administrativo positivo "son claramente establecidos por la norma, toda vez que se entenderá automáticamente aprobada la solicitud del

¹⁶ LATORRE BOZA, Derik. Una mirada iconoclasta y profanadora de la catedral: competencia arbitral para declarar la nulidad de actos administrativos fictos. En Revista Derecho y Sociedad N° 29, p. 99

administrado en los términos solicitados. Pero, dicha ficción es sancionada con nulidad, cuando los derechos que se adquieren por ella son contrarios al ordenamiento jurídico. Y esas normas son completamente concordantes con lo dispuesto en el Artículo 11 del Título Preliminar del Código Civil, que establece claramente que 'La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho'¹⁷.

En esa línea, debe tenerse en cuenta que, "en el caso del silencio positivo el vencimiento de plazo para que la Administración adopte una decisión supone el otorgamiento de la autorización o licencia solicitada por el particular de modo que la Administración ya no puede resolver en forma expresa en sentido contrario al otorgamiento positivo o revocarlo, **salvo que su contenido se oponga al ordenamiento jurídico** y, en consecuencia, sólo en ese supuesto **la Administración podrá declararlo nulo de pleno derecho** mediante el procedimiento establecido en la ley de procedimientos administrativos para la declaración de oficio de nulidad de resoluciones administrativas que hayan quedado consentidas"¹⁸. Por tanto, la eficacia de la aprobación ficta de una solicitud de un administrado por el silencio de la Entidad está condicionada a que el contenido de dicha solicitud se encuentre ajustada al ordenamiento jurídico.

Téngase en cuenta que la propia LPAG, prescribe en su artículo 10-3 que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los actos que resulten como consecuencia de la aprobación 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**".

La Entidad afirma que opera la aprobación ficta siempre y cuando, dentro del marco del procedimiento legal, esta haya incumplido los plazos legales para emitir pronunciamiento respecto de una solicitud de ampliación que previamente ha sido materia de opinión del supervisor. En el presente caso, según el razonamiento de la Entidad ello no es aplicable porque la norma señala que las solicitudes de ampliación de plazo presentadas fuera del plazo vigente de ejecución de obra no serán admitidas. Sin embargo, si la decisión de la Entidad era declarar inadmisible la solicitud de ampliación de plazo N° 20, esta debió ser emitida y suscrita por el funcionario competente. Este requisito de competencia no se cumplió; por esa razón, el pronunciamiento de la Entidad resulta nulo. Para efectos formales, la Entidad no emitió un pronunciamiento (al menos uno válido). Por tanto, frente al silencio de la Entidad, operaría la aprobación ficta de la ampliación de plazo. Sin embargo, se ha determinado que dicha "aprobación ficta" resulta ineficaz, toda vez que la solicitud de ampliación de plazo se presentó cuando el plazo vigente de ejecución contractual había vencido.

Ahora bien, en relación con el carácter absoluto o relativo de las consecuencias del silencio administrativo positivo en las contrataciones del Estado, aunque referida a las liquidaciones de Contratos, el OSCE señala que, "si bien con el consentimiento de la liquidación se presume su validez y aceptación, ello no impide que las controversias relativas a dicho consentimiento puedan ser sometidas a arbitraje; más aun cuando dicha presunción podría implicar la aprobación o aceptación (y posterior pago) de liquidaciones

¹⁷ Ibídem, p. 100

¹⁸ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración"; en Ius et Veritas Año 7, N° 13, 1996, p. 228

inválidas que, por ejemplo, no se encuentren debidamente sustentadas, incluyan conceptos o trabajos que no forman parte del contrato o que formando parte del contrato no se calcularon con los precios ofertados, incluyan montos manifiestamente desproporcionados, entre otros"; por tanto, para el OSCE "la presunción de validez y aceptación de una liquidación que ha quedado consentida **es una presunción iuris tantum**, en tanto admitiría prueba en contrario, situación que deberá discutirse en un arbitraje, de ser el caso".

Tanto en la LPAG como de acuerdo al criterio del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, para que una "aprobación ficta" surta efectos jurídicos, la solicitud del Contratista que quisiera beneficiarse de este silencio con efectos positivos, debería haberse dado conforme al ordenamiento jurídico, cumpliendo los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

Como se ha apreciado a lo largo del análisis de la solicitud de ampliación de plazo N° 22, considerando las circunstancia al momento de formularse la misma e, incluso, las circunstancias al momento presente, se tiene que el plazo vigente de ejecución de obra venció el día 1 de junio de 2016, debiendo precisarse, además, que ninguna de las solicitudes de ampliación de plazo formuladas por el CEN había sido aprobada por el PRONIED; es más, todas las solicitudes de ampliación de plazo, incluyendo las vinculadas, fueron declaradas improcedentes o simplemente no se admitieron. Por tanto, las circunstancias específicas que permiten evaluar las controversias suscitadas y que deben resolverse en el presente arbitraje muestra que la solicitud de ampliación de plazo N° 22 fue presentada cuando ya había vencido el plazo vigente de ejecución de la obra. Por esa razón, dicha solicitud, conforme al artículo 201 del RLCE, no debe admitirse. Y, por consiguiente, habiéndose presentado fuera de plazo, resulta ineficaz la eventual aprobación ficta de la ampliación de plazo, pues el requisito esencial para su admisión e incluso para su procedibilidad es que se haya presentado dentro del plazo vigente de ejecución contractual.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el artículo 5.2 de la LPAG establece que "En ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, obscuro o imposible de realizar". Sobre la base del análisis de las circunstancias que se presentaban al momento de presentarse la solicitud de arbitraje, las mismas que se mantienen hasta hoy, el dotar de eficacia validando un supuesto de "aprobación ficta" cuando la solicitud de ampliación de plazo no cumple con un requisito básico, que es el que se haya presentado dentro del plazo vigente de ejecución del contrato, no resulta posible, legalmente, pues se desvirtúa claramente la presunción iuris tantum de su validez y eficacia.. El Contratista debió prever esto y no presentar su solicitud vencido dicho plazo y bajo la consideración subjetiva (y por tanto incierta) de que en los arbitrajes que se discuten las demás ampliaciones de plazo será ampliado el plazo contractual.

En el ámbito jurídico nacional e internacional, incluyendo los ámbitos del arbitraje comercial internacional y el del arbitraje internacional de inversiones, rige el principio "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", por el que se establece que nadie puede alegar su propia culpa o negligencia en beneficio propio.

La literatura especializada ha señalado que el principio "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", ampliamente reconocido a nivel jurisprudencial y doctrinario, es

un aforismo de origen latino referido a que nadie puede respaldar un derecho en base a su propia torpeza o negligencia, lo cual se corresponde con el deber que reposa en cada titular de derechos de soportar las consecuencias jurídicas de su acción u omisión para defender o desproteger sus intereses¹⁹. La acción de quien quiere hacer valer su error o torpeza ante el fuero jurisdiccional, constituye un abuso de derecho, conducta proscrita por el artículo 103 de nuestra Constitución.

A nivel nacional, el Tribunal Constitucional ha reconocido la aplicación del principio "nemo auditur propriam turpitudinem allegans" cuando en el fundamento 5 de la sentencia emitida el 04 de marzo de 2013, recaída en el proceso de amparo seguido bajo expediente N° 00394-2013-PA/TC.

El presente Laudo Arbitral no puede avalar el hecho de que el CEN haya presentado su solicitud de ampliación de plazo cuando el plazo vigente de ejecución de la obra ya había vencido; es decir, presentó su solicitud sin cumplir el requisito temporal o de oportunidad previsto en la normativa. En ese sentido, no corresponde declarar consentida la solicitud de ampliación de plazo, pues dicha figura implica que se hayan cumplido los requisitos y en el presente caso la solicitud de ampliación de plazo fue presentada vencido el plazo vigente de ejecución contractual.

Por tanto, no corresponde que se reconozca ni declare el consentimiento de la Ampliación de Plazo N° 22 por 21 días calendario planteada con la Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE de fecha 26 de julio de 2016, pues esta fue presentada cuando el plazo vigente de ejecución de obra había vencido; no corresponde, tampoco, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichos días controvertidos.



¹⁹ Venturo León, Sulio. "¿Qué significa la frase «nadie puede alegar a su favor su propia torpeza o culpa»?". Publicado por Legis.pe. En: <https://legis.pe/significa-nadie-puede-alegar-favor-propia-torpeza-culpa/>

H. OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no otorgar 21 días calendario por la Ampliación de Plazo total, correspondiente a las Ampliaciones de Plazo N° 20, 21 y 22, y, asimismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondientes.

H.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE)

41. Sostiene el Demandante que, en las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 cumplió con todos los requisitos establecidos para una solicitud de ampliación de plazo en el artículo 201 del RLCE, conforme se ha sustentado y consta en los medios probatorios anexos a la demanda (anexo 01- f, g y h), cumple con el contenido señalado en el cuarto párrafo del numeral 2.2. de la Opinión N° 027-2012/DTN del OSCE

Asimismo, concluye el Demandante en que siendo procedentes las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22, corresponde el reconocimiento de los mayores gastos generales.

H.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)

42. Considera el PRONIED que no corresponde reconocer al Contratista el pago por los mayores gastos generales de las Ampliaciones de Plazo N° 20, 21, 22, por cuanto estas fueron presentadas fuera del plazo de ejecución de las obras, es decir después del 1 de junio de 2016.

H.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

43. El objeto de la octava pretensión de la demanda es que se determine "si corresponde o no otorgar 21 días calendario por la Ampliación de Plazo total, correspondiente a las Ampliaciones de Plazo N° 20, 21 y 22, y, asimismo, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondientes".

Esta pretensión está estrechamente vinculada con la segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima pretensiones. De ese modo, hay que señalar que, al resolver las pretensiones segunda, cuarta y sexta, se ha declarado que las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 fueron presentadas cuando el plazo vigente de ejecución del contrato había vencido y, por tanto, no se cumplía con un requisito central para que se aprobara una solicitud de ampliación de plazo. Y es que el análisis de las controversias discutidas en el presente arbitraje debe efectuarse considerando las circunstancias que se presentaron al momento de formularse las solicitudes de ampliación de plazo (21 y 26 de julio de 2016) y cuando estas se resolvieron o, en todo caso, debieron resolverse (11 y 16 de agosto de 2016). En relación con el plazo de ejecución contractual vigente, este es el plazo original, razón por la que el plazo vigente vencía el 1 de junio de 2016.

Asimismo, hay que considerar que al resolver las pretensiones tercera, quinta y séptima, se ha decidido que no corresponde que se reconozca ni declare el consentimiento de las solicitudes de ampliación de Plazo N° 20, 21 y 22, formuladas mediante Cartas N° 65 y

66-2016/CEN CAÑETE de fechas 21 y 26 de julio de 2016, pues dichas solicitudes fueron presentadas cuando el plazo vigente de ejecución de obra había vencido; asimismo se precisó que no corresponde, tampoco, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichas solicitudes de ampliación de plazo.

Por tanto, habiéndose declarado infundadas la segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima pretensiones de la demanda y no existiendo fundamento para otorgar 21 días calendario por la Ampliación de Plazo total, correspondiente a las Ampliaciones de Plazo Nº 20, 21 y 22, y, tampoco, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondientes, debe declararse improcedente esta pretensión.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'SANTOS' or a similar name, is located in the bottom right corner of the page.

I. NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar la reprogramación del cronograma de obra, modificándose la fecha de culminación del plazo de ejecución de la Obra objeto del Contrato N° 168-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED LICITACIÓN PÚBLICA N° 16-2015-MINEDU/UE 108-1, Ejecución de la Obra "Mejoramiento del servicio educativo en los niveles inicial, primaria y secundaria de la IE N° 20188 - IEI N° 627 San Vicente de Cañete - Cañete - Lima, extendiéndose en los días calendarios otorgados en las Ampliaciones antes señaladas.

I.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE)

44. El CEN afirma que al haberse producido el consentimiento de las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22, corresponder que el cronograma de obra se reprograme, lo que daría lugar a una modificación de la fecha de culminación de la obra por 21 días calendario.

I.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)

45. Sobre el particular, el PRONIED señala que durante la ejecución de la obra se tramitaron 13 ampliaciones de plazo, las que han sido declaradas improcedentes. Por tanto, al no haberse otorgado ninguna ampliación de plazo, no corresponde modificar el cronograma de obra.

I.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

46. El objeto de la novena pretensión de la demanda es que se determine "si corresponde o no ordenar la reprogramación del cronograma de obra, modificándose la fecha de culminación del plazo de ejecución de la Obra objeto del Contrato N° 168-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED LICITACIÓN PÚBLICA N° 16-2015-MINEDU/UE 108-1, Ejecución de la Obra "Mejoramiento del servicio educativo en los niveles inicial, primaria y secundaria de la IE N° 20188 - IEI N° 627 San Vicente de Cañete - Cañete - Lima, extendiéndose en los días calendarios otorgados en las Ampliaciones antes señaladas".

Esta pretensión está estrechamente vinculada con la segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima pretensiones. De ese modo, hay que señalar que, al resolver las pretensiones segunda, cuarta y sexta, se ha declarado que las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 fueron presentadas cuando el plazo vigente de ejecución del contrato había vencido y, por tanto, no se cumplía con un requisito central para que se aprobara una solicitud de ampliación de plazo. Y es que el análisis de las controversias discutidas en el presente arbitraje debe efectuarse considerando las circunstancias que se presentaron al momento de formularse las solicitudes de ampliación de plazo (21 y 26 de julio de 2016) y cuando estas se resolvieron o, en todo caso, debieron resolverse (11 y 16 de agosto de 2016). En relación con el plazo de ejecución contractual vigente, este es el plazo original, razón por la que el plazo vigente vencía el 1 de junio de 2016.

Asimismo, hay que considerar que al resolver las pretensiones tercera, quinta y séptima, se ha decidido que no corresponde que se reconozca ni declare el consentimiento de las solicitudes de ampliación de Plazo N° 20, 21 y 22, formuladas mediante Cartas N° 65 y

66-2016/CEN CAÑETE de fechas 21 y 26 de julio de 2016, pues dichas solicitudes fueron presentadas cuando el plazo vigente de ejecución de obra había vencido; asimismo se precisó que no corresponde, tampoco, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichas solicitudes de ampliación de plazo.

Por tanto, habiéndose declarado infundadas la segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima pretensiones de la demanda y no existiendo fundamento para ordenar la reprogramación del cronograma de obra, debe declararse improcedente esta pretensión.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'S' or a similar character, is positioned in the upper right quadrant of the page.

J. DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar el pago al Contratista de los Mayores Gastos Generales por las Ampliaciones de Plazo N° 20, N° 21 y N° 22, las cuales deben ser calculadas de acuerdo al IPC (Índice de Precio al Consumidor) involucrados, según cada ampliación de plazo otorgada y al análisis de traslapes de las mismas, siendo el cálculo aproximado de S/ 63,000.00 sin IGV.

J.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE)

47. El CEN indica que, debido a que el Demandado no ha abordado el análisis de fondo no ha podido pronunciarse respecto al cálculo del mismo, para lo cual es necesario establecer las fechas de ocurrencia de la causal, de conformidad con el artículo 203 del RLCE.

J.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)

48. Manifiesta el Demandando que, considerando lo establecido en el artículo 202 del RLCE, las ampliaciones de plazo traen como consecuencia el pago de los mayores gastos generales; pero al haber sido presentadas las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22 de forma extemporánea, estas no han sido admitidas; por lo que, tampoco, corresponde el pago de los mayores gastos generales que pretende la Demandante.

J.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

49. El objeto de la décima pretensión de la demanda es que se determine "si corresponde o no ordenar el pago al Contratista de los Mayores Gastos Generales por las Ampliaciones de Plazo N° 20, 21 y 22, las cuales deben ser calculadas de acuerdo al IPC (Índice de Precio al Consumidor) involucrados, según cada ampliación de plazo otorgada y al análisis de traslapes de las mismas, siendo el cálculo aproximado de S/ 63,000.00 sin IGV".

Esta pretensión está estrechamente vinculada con la segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, octava y novena pretensiones. De ese modo, hay que señalar que, al resolver las pretensiones segunda, cuarta y sexta, se ha declarado que las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 fueron presentadas cuando el plazo vigente de ejecución del contrato había vencido y, por tanto, no se cumplía con un requisito central para que se aprobara una solicitud de ampliación de plazo. Y es que el análisis de las controversias discutidas en el presente arbitraje debe efectuarse considerando las circunstancias que se presentaron al momento de formularse las solicitudes de ampliación de plazo (21 y 26 de julio de 2016) y cuando estas se resolvieron o, en todo caso, debieron resolverse (11 y 16 de agosto de 2016). En relación con el plazo de ejecución contractual vigente, este es el plazo original, razón por la que el plazo vigente vencía el 1 de junio de 2016. Por ello, las pretensiones octava y novena se declaran improcedentes también.

Asimismo, hay que considerar que al resolver las pretensiones tercera, quinta y séptima, se ha decidido que no corresponde que se reconozca ni declare el consentimiento de las solicitudes de ampliación de Plazo N° 20, 21 y 22, formuladas mediante Cartas N° 65 y 66-2016/CEN CAÑETE de fechas 21 y 26 de julio de 2016, pues dichas solicitudes fueron

presentadas cuando el plazo vigente de ejecución de obra había vencido; asimismo se precisó que no corresponde, tampoco, el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales correspondiente a dichas solicitudes de ampliación de plazo.

Por tanto, habiéndose declarado infundadas la segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima pretensiones de la demanda, e improcedentes la octava y novena pretensiones, además de que no existe fundamento para ordenar el pago al Contratista de los Mayores Gastos Generales por las Ampliaciones de Plazo N° 20, 21 y 22, corresponde declarar infundada la décima pretensión.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and curves, positioned in the upper right quadrant of the page.

K. DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no se ordene a la Entidad el reembolso al Contratista de todos los gastos y costos derivados del presente arbitraje.

K.1. POSICIÓN DEL CEN (DEMANDANTE)

50. El Demandante señala que previno a la Entidad sobre la ilegalidad de su actuación, obligándolo a acudir al presente proceso arbitral.

Solicita que se tenga presente que, con ocasión de la tramitación de la Ampliaciones de Plazo N° 04 a la N° 22 se emitieron las Cartas N° 063-2016-CEN CAÑETE del 11 de julio de 2016 (ANEXO 04 - G) y N° 067-2016/CEN CAÑETE del 04 de agosto de 2016 (ANEXO 04 - H), en las cuales se indicó la necesidad de emitir pronunciamiento conforme al artículo 201 del RLCE.

K.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)

51. Solicita el Demandado que se condene al CEN a asumir el íntegro de los gastos arbitrales y todo aquel costo en el que incurran las partes.

K.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

52. La demandante solicita que se determine si corresponde o no ordenar a la Entidad el reembolso al Contratista de todos los gastos y costos derivados del presente arbitraje.

Conforme al artículo 73 de la Ley de Arbitraje, en su inciso 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, la misma norma señala que podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Atendiendo a que, dentro de los límites razonables, ambas partes tenían derecho a interponer las acciones que crean pertinentes y a que, dentro del arbitraje, su comportamiento ha sido adecuado, el Árbitro Único estima pertinente que los gastos del arbitraje sean prorrateados, correspondiendo que cada parte asuma en partes iguales los gastos que demandó el presente arbitraje.



L. DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad del acto administrativo ficto que aprueba las solicitudes de Ampliación de Plazo N° 20, N° 21 y N° 22 de conformidad a lo establecido en el numeral 3 del artículo 10º de la Ley N° 27444.

L.1. POSICIÓN DE PRONIED (RECONVINIENTE)

53. En relación a esta pretensión, el PRONIED solicita se declare la nulidad del acto administrativo ficto que, supuestamente, aprueba las solicitudes de ampliaciones de plazo N°20, 21 y 22 de conformidad a lo establecido en el numeral 3 del Artículo 10 de la LPAG.

El PRONIED señala que el CEN solicitó en su escrito de demanda que se reconozca que las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22 quedaron consentidas, por el no pronunciamiento de la Entidad. Dicho acto administrativo es considerado por el Demandante como aprobado de manera ficta.

En mérito a lo antes expuesto, el CEN presentó sus solicitudes de ampliación de plazo de manera extemporánea, ya que el plazo contractual tenía vigencia hasta el 1 de junio de 2016.

Para una mayor apreciación de lo señalado, el PRONIED presenta el siguiente cuadro, en el cual se aprecia las fechas y los documentos, mediante los cuales el Demandante solicita las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22.

| Ampliaciones de Plazo | Presentación de la Solicitud de Ampliación de Plazo | |
|------------------------|---|-----------------------------|
| | Fecha | Carta |
| Ampliación de plazo 20 | 21 de julio de 2016 | Carta N° 65-2016/CEN-CAÑETE |
| Ampliación de plazo 21 | 21 de julio de 2016 | Carta N° 66-2016/CEN-CAÑETE |
| Ampliación de plazo 22 | 26 de julio de 2016 | Carta N° 66-2016/CEN-CAÑETE |

El PRONIED sostiene que las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22, fueron presentadas después de la vigencia del plazo contractual, es decir después del 1 de junio de 2016; por tanto, la aprobación tácita de las citadas ampliaciones de plazo es nula por no cumplir con este requisito, ello bajo el amparo de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 10 de la LPAG.

En ese orden de ideas, el PRONIED considera que en el supuesto que se haya configurado la "aprobación ficta" invocada por la contratista, la misma carecería de total validez al ser

ésta pasible de nulidad de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 10 de la LPAG.

Argumenta el PRONIED que, en atención al citado dispositivo, 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 de validez para su obtención; siendo, entonces, ésta la razón por la que el propio sistema normativa se autoprotege, a efectos que vía "aprobación ficta" los contratistas distorsionen y/o dejen sin efecto las normas que regulan la obtención legítima de un derecho; de allí que la aprobación ficta que alega el consorcio resulta inválida e ineficaz.

Según el PRONIED, la 'ley' sanciona de forma expresa con la 'nulidad de oficio' todos aquellos supuestos en donde habiéndose configurado una supuesta "aprobación ficta" se obtengan derechos que no cumplan con los requisitos esenciales de validez que les son legalmente exigibles.

L.2. POSICIÓN DEL CEN (RECONVENIDO)

54. El CEN no absuelve la primera pretensión principal de la reconvención, pues formula una excepción de caducidad.

L.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

55. Considerando que la tercera, quinta y séptima pretensiones han sido declaradas infundadas en el presente Laudo Arbitral, lo que implica que la supuesta aprobación ficta invocada por el CEN por falta de pronunciamiento de la Entidad respecto a sus solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 no resulte eficaz, carece de objeto emitir un pronunciamiento respecto a la primera pretensión de la reconvención.



M. DECIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Como consecuencia de lo anterior, determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad no pague los Mayores Gastos Generales solicitados por el Contratista respecto a las Ampliaciones de Plazo N° 20, N° 21 y N° 22.

M.1. POSICIÓN DE PRONIED (RECONVINIENTE)

56. En la presente pretensión el PRONIED solicita se declare que, no corresponde que la Entidad pague los mayores gastos generales solicitados por el contratista respecto a las ampliaciones de plazo N° 20, 21 y 22.

Indica el Reconviniente que el presupuesto para el reconocimiento de los mayores gastos generales es la aprobación de las ampliaciones de plazo; sin embargo, en mérito a los argumentos expuestos en la primera pretensión reconvencional, el Reconviniente solicita que la su pretensión accesoria sea declarada FUNDADA.

M.2. POSICIÓN DE PRONIED (DEMANDADA)

57. El CEN no absuelve la primera pretensión principal de la reconvención, pues formula una excepción de caducidad.

M.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

58. Considerando que la tercera, quinta y séptima pretensiones han sido declaradas infundadas en el presente Laudo Arbitral, lo que implica que la supuesta aprobación ficta invocada por el CEN por falta de pronunciamiento de la Entidad respecto a sus solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 no resulte eficaz, carece de objeto emitir un pronunciamiento respecto a la primera pretensión de la reconvención.



V. DECISIÓN

POR LAS CONSIDERACIONES ANTES EXPUESTAS, SE RESUELVE:

1. Declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad deducida por la Demandante en relación con las pretensiones formuladas en vía de reconvención por la Demandada.
2. Declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda y, por tanto, nulo el Oficio N° 2716-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO, de fecha 10 de agosto de 2016, mediante el cual la entidad, a través de un funcionario incompetente, declaró inadmisibles las solicitudes de Ampliación de Plazo N° 20, 21 y 22.
3. Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda y, por tanto, que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 20, presentada mediante Carta N° 65-2016/CEN CAÑETE, de fecha 21 de julio de 2016, fue presentada cuando el plazo vigente de ejecución contractual había vencido.
4. Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda y, por tanto, que no corresponde que se reconozca el consentimiento de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 20, presentada con Carta N° 65-2016/CEN CAÑETE y tampoco el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales reclamados.
5. Declarar **INFUNDADA** la cuarta pretensión de la demanda y, por tanto, que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 21, presentada mediante Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE, de fecha 21 de julio de 2016, fue presentada cuando el plazo vigente de ejecución contractual había vencido.
6. Declarar **INFUNDADA** la quinta pretensión de la demanda y, por tanto, que no corresponde que se reconozca el consentimiento de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 21, presentada con Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE y tampoco el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales reclamados.
7. Declarar **INFUNDADA** la sexta pretensión de la demanda y, por tanto, que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 22, presentada mediante Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE, de fecha 26 de julio de 2016, fue presentada cuando el plazo vigente de ejecución contractual había vencido.
8. Declarar **INFUNDADA** la séptima pretensión de la demanda y, por tanto, que no corresponde que se reconozca el consentimiento de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 22, presentada con Carta N° 66-2016/CEN CAÑETE y tampoco el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales reclamados.
9. Declarar **IMPROCEDENTE** la octava pretensión de la demanda y, por tanto, que no corresponde otorgar 21 días calendario por las solicitudes de ampliación de plazo N° 20, 21 y 22 y tampoco el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales reclamados.
10. Declarar **IMPROCEDENTE** la novena pretensión de la demanda y, por tanto, que no corresponde ordenar la reprogramación del cronograma de obra, modificándose la fecha de culminación del plazo de ejecución de la obra del Contrato N° 168- 2015.

MINEDU/VMGI-PRONIED LICITACIÓN PÚBLICA N° 16-2015- MINEDU/UE 108-1, EJECUCIÓN DE OBRA: " MEJORAMIENTO DEL SERVICIO EDUCATIVO EN LOS NIVELES INICIAL, PRIMARIA Y SECUNDARIA DE LA IE N° 20188 - IEI N° 627 SAN VICENTE DE CAÑETE - CAÑETE - LIM A, extendiéndose éste en los días calendarios otorgados en las ampliaciones antes señaladas.

11. Declarar **INFUNDADA** la décima pretensión de la demanda y, por tanto, que no corresponde que se ordene pago al Consorcio Educativo Nacional de los Mayores Gastos Generales por la Ampliación de Plazo N° 20, 21 y 22, las cuales deben ser calculadas que de acuerdo con el IPC (Índice de Precio al Consumir) involucrados, según cada ampliación de plazo otorgada y al análisis de traslapes de las mismas, siendo el cálculo aproximado para la presente demanda de S/ 63 000.00 (Sesenta y Tres Mil con 00/100 Soles) sin IGV.
12. Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento respecto a la primera pretensión principal de la reconvención, considerando lo resuelto en los numerales 3, 5 y 7 de la parte resolutiva del presente Laudo Arbitral.
13. Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento respecto a la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reconvención, considerando lo resuelto en los numerales 3, 5 y 7 de la parte resolutiva del presente Laudo Arbitral.
14. En relación con los gastos del arbitraje, se determina que ambas partes, por igual, deben asumir las costas y costos de este proceso.



Derik Roberto Latorre Boza
Árbitro Único