

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Nº de Expediente	: I536 - 2016
Demandante	: Consorcio Nexura Internacional S.A.C. y Nexura Internacional S.A.S.
Demandado	: Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción - SENCICO)
Contrato	: Contrato Nº 023-A-2014-SENCICO, para la contratación del servicio de mantenimiento del sistema de control de la contribución del SENCICO.
Monto del Contrato	: S/. 274,333.00
Cuantía de la Controversia	: S/. 195,952.15
Tipo de Proceso de Selección	: Adjudicación Directa Pública
Nº de Proceso de Selección	: 004-2014-SENCICO
Honorarios del Árbitro Único	: S/. 7,080.00
Honorarios de la Secretaría Arbitral	: S/. 4,520.00
Árbitro Único	: Rony Salazar Martínez
Secretario Arbitral	: Danilo Stewart Porras
Fecha de Emisión	: 19 - 05 - 17
Nº de Folios	: 44 folios

Resolución N° 13

Lima, 19 de mayo de 2017

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 07 de noviembre de 2014 CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL S.A.C. Y NEXURA INTERNACIONAL S.A.S. y la MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO (SERVICIO NACIONAL DE CAPACITACIÓN PARA LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN – SENCICO) suscribieron el Contrato N° 023-A-2014-SENCICO, referido al "Servicio de Mantenimiento del Sistema de Control de la Contribución del Sencico".

De acuerdo con la cláusula Décimo Quinta del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

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

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

El Laudo Arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como sentencia.

II. CONFORMACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Con fecha 05 de Septiembre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc, con la presencia de **EL DEMANDANTE** y **EL DEMANDADO**, respectivamente.

En la Audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc se ratificó con su aceptación al cargo para el que fue nombrado.

Por otro lado, en el Acta de Instalación se estableció que conforme al convenio de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato N° 023-A-2014-SENCICO, para la contratación del servicio de mantenimiento del sistema de control de la contribución del SENCICO, suscrito el día 07 de noviembre de 2014 y en aplicación del artículo 216 del Reglamento, el presente arbitraje será Ad Hoc, Nacional y de Derecho.

Asimismo, se estableció que para el proceso arbitral, serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

Finalmente, el Árbitro Único declaró abierto el proceso y otorgó al DEMANDANTE un plazo de veinte (20) días hábiles para la presentación de su demanda.

Mediante Resolución N° 01 notificada al DEMANDANTE el 16 de septiembre de 2016 y al DEMANDADO el 20 de septiembre de 2016, el Árbitro Único resolvió en un PRIMER PUNTO tener por cancelado los anticipos de honorarios arbitrales del Árbitro Único y Secretario Arbitral por parte del demandante, y en un SEGUNDO PUNTO solicitar al demandante, la presentación de los documentos que acrediten el pago de los impuestos de los recibos por honorarios N° E001-73 y E001-65.

Con fecha 30 de septiembre de 2016, el DEMANDADO comunica pago de gastos arbitrales.

Mediante Resolución N° 02 notificada al DEMANDANTE y al DEMANDADO el 05 de octubre de 2016, el Árbitro Único resolvió en un PRIMER PUNTO tener por cancelado los anticipos de honorarios arbitrales del Árbitro Único y Secretario Arbitral por parte del demandado, y en un SEGUNDO PUNTO solicitar al demandado la presentación

de los documentos que acrediten el pago de los impuestos de los recibos por honorarios N° E001-74 y E001-66.

Con fecha 05 de octubre de 2016, el DEMANDADO comunica publicación de datos en el portal del SEACE.

Con fecha 10 de octubre de 2016, el DEMANDADO cumple el mandato requerido en la Resolución N° 02.

Mediante Resolución N° 03 notificada al DEMANDANTE el 12 de octubre de 2016 y al DEMANDADO el 13 de octubre de 2016, el Árbitro Único resolvió en un PRIMER PUNTO reiterar al demandante la presentación de documentos que acrediten el pago de los impuestos de los recibos por honorarios N° E001-73 y E001-65; en un SEGUNDO PUNTO tener por cumplido el registro requerido en el portal del SEACE por parte del demandado, y en un TERCER PUNTO tener por acreditado el pago de los impuestos de los recibos por honorarios referente al Árbitro Único y Secretario Arbitral.

III. PRETENSIONES PLANTEADAS POR EL DEMANDANTE, ASÍ COMO LOS ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LAS SUSTENTAN.

Mediante escrito presentado con fecha 03 de octubre de 2016, EL DEMANDANTE presentó su escrito de demanda formulando las siguientes pretensiones:

3.1. Pretensiones formuladas por Consorcio Nexura Internacional S.A.C. y Consorcio Nexura Internacional S.A.S.

Las pretensiones planteadas se transcriben a continuación:

Primera Pretensión: Que, se sirva dejar sin efecto el documento Carta N° 744-2015/SENCICO-07.05, que no se ajusta a la Ley, y la Carta N° 765-2015/SENCICO-07.05, por el cual comunican la Resolución del Contrato N° 023-A-2014-SENCICO, considerando que existía la voluntad de la Entidad de continuar con la ejecución del citado documento, lo que obligó a la continuidad al Consorcio. La Entidad comunicó al consorcio mediante la Carta 319-2015/SENCICO-07.05, de fecha 24 de junio de 2015, que el mismo culmine al 100% con la ejecución del servicio sin perjuicio de la aplicación de las penalidades, y el vencimiento del plazo contractual, de ello, se desprende que prima sobre todo el interés de la Entidad y no las irregularidades cometidas por los funcionarios públicos.

Segunda Pretensión: Que, se deje sin efecto el documento Carta N° 765-2015/SENCICO-07.05, que resuelve el Contrato N° 023-A-2014-SENCICO, considerando que existía la voluntad de la Entidad de continuar con la ejecución del citado documento, lo que obligó a la continuidad del Consorcio.

Primera Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal: Que, se disponga la vigencia del Contrato N° 023-A-2014-SENCICO.

Tercera Pretensión: Que, se reconozca y ordene a la Entidad "SENCICO", el pago de la deuda pendiente con el Consorcio, considerando que existía la voluntad de la Entidad de Continuar con la ejecución del citado documento, lo que obligó a la continuidad del servicio al Consorcio; la Entidad comunico al Consorcio mediante la Carta 319-2015/SENCICO-07.05, de fecha 24 de junio de 2015, que el mismo culmine al 100% con la ejecución del servicio, sin perjuicio de la aplicación de las penalidades, y el vencimiento del plazo contractual, de ello, se desprende que prima sobre todo el interés de la Entidad y no las irregularidades cometidas por los funcionarios públicos.

Cuarta Pretensión: Que, se reconozca y ordene a la Entidad "SENCICO", el pago de costas y costos del proceso arbitral.

Quinta Pretensión: Que, se reconozca y ordene a la Entidad "SENCICO", la custodia de los montos correspondientes a las Cartas Fianzas ejecutadas en una Cuenta Independiente como medida cautelar de innovar, para salvaguardar los intereses del Consorcio, considerando la Resolución arbitral del Contrato materia de análisis.

Sexta Pretensión: Que, se reconozca y ordene a la Entidad "SENCICO", la devolución de las Cartas Fianzas, que fueron ejecutadas de manera arbitaria.

Séptima Pretensión: Que, se reconozca y ordene a la Entidad "SENCICO", una indemnización de 200,000.00 Soles, por los daños generados.

3.2. Fundamentos de hecho de la demanda:

EL DEMANDANTE sustentó sus pretensiones en los siguientes fundamentos:

1. Con fecha 07 de noviembre de 2014, el Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción – SENCICO y el Consorcio Nexura Internacional S.A.C. y Nexura Internacional S.A.S., suscribieron el Contrato N° 023-A-2014-SENCICO, por el monto de S/. 274,333.00 Soles.

2. Conforme expresa la cláusula cuarta del contrato precedente para efectos del pago correspondiente la Entidad deberá contar con la conformidad del departamento de informática del SENCICO, con el visto bueno del departamento de Orientación y control de aportes.
3. Mediante Carta N° 020-ADP-042014-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONAL SAC, de fecha 10 de junio de 2015, solicita ampliación de plazo del Contrato N° 023-A 2014-SENCICO, derivado del Proceso de Selección ADP 004-2014-SENCICO, bajo el siguiente argumento
 - a) Con fecha 26 de junio de 2015, el Asesor en Sistemas e Informática de SENCICO Javier Guerrero Rodríguez, comunica al Jefe de Departamento de Abastecimiento (e) Abog. Gissela Zapata Flores, que en el Contrato 023-A-2014-SENCICO, venció el día 14 de junio de 2015 y a la fecha el contratista no ha cumplido con los entregables definidos en el numeral 5.2.3 del Término de referencia.
 - b) Con fecha 14 de agosto de 2015, el Asesor en Sistemas e Informática de SENCICO Javier Guerrero Rodriguez comunica al CPC José Rivera Paredes Gerente de Administración y Finanzas, que el plan de trabajo N° 004, no se ajusta a la realidad des estado actual del proyecto.
 - c) Con fecha 23 de noviembre de 2015, el Asesor de sistemas e informática de SENCICO, informa que sostuvieron una reunión con los representantes del Consorcio Nexura Internacional SAS y Nexura Internacional SAC y que presentaron un avance.
 - d) Con fecha 25 de noviembre de 2015, la Lic. Cecilia P. Uriarte Rodríguez, Jefe del Departamento de Abastecimiento (e), del SENCICO, comunica al Consorcio que el plazo de ejecución de la prestación contratada ha vencido legalmente.
 - e) Con fecha 25 de noviembre de 2015, el Jefe del Departamento de Abastecimiento (e), solicita al Consorcio que en plazo de 5 días calendarios cumplan con el 100% del proyecto, bajo apercibimiento de Resolver el Contrato en 100%.
 - f) Con fecha 01 de diciembre de 2015, el Consorcio expone las razones de atraso de SENCICO para remitir la información necesaria para implementar el

Proyecto, conforme expresa el numeral 5.2.5 de los RTM, consignados en las bases integradas del proceso de selección materia de análisis,

- g) En atención a ello, quiero precisar que el objeto de nuestra solicitud de ampliación de plazo, se encuentra enmarcada dentro del numeral 2 del artículo 175º del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, por cuanto el retraso de insumos no es imputable a mi representada.
4. El accionar de la Entidad (SENCICO), una vez emitidas las Actas de Reunión entre Sencico y Nexura, según evidencia la propia entidad en el Memorando N° 352-2015-03.01, de fecha 24.06.15; fecha posterior a la fecha de culminación de la ejecución del servicio, y la Carta 319-2015/SENCICO-07.05, corrobora la intención de continuar con la ejecución del servicio, máxime si en el este último documento instan a nexura a proseguir con la ejecución de la prestación materia del contrato.
5. Sobre el particular, cabe precisar que la Entidad sin perjuicio de la aplicación de las penalidades, puede continuar con la ejecución del servicio; ello queda corroborado con la Carta N° 319-2015/SENCICO-07.05, por el cual SENCICO, precisa que prosigamos con la ejecución del servicio, lo cual está amparado en la Ley de Contrataciones del Estado.
6. En razón a ello, no se entiende por qué de manera arbitraria la Entidad luego de 6 meses aproximadamente de coordinaciones entre ambas partes para la entrega del producto solicita, con fecha 25 de noviembre de 2015, solicita al Consorcio que en el plazo de 5 días calendarios cumplan con el 100% del Proyecto, sin precisar si quiera las observaciones correspondientes lo cual vulnera la ley de contrataciones y no permite al contratista saber las razones por las cuales procederán a tal acto resolutivo.
7. Si se tiene que ya le habían aplicado penalidades al Consorcio hasta el 10% máximo y que mediante Carta habían solicitado al Contratista que continúe con la ejecución del servicio según lo establece el Contrato sin perjuicio de haberse vencido el plazo de ejecución contractual, pero estando vigente el plazo de vigencia del Contrato según precisa la propia entidad, al amparo de lo establecido en el artículo 40 de la Ley, hubiese utilizado el mecanismo de resolución por acumulación de penalidades; sin perjuicio de ello, luego de generarse los documentos citados, la Entidad utiliza el mecanismo de incumplimiento total y manda 2 cartas para resolver el Contrato de manera arbitraria.

8. La resolución del contrato, se da cuando en última instancia el supuesto incumplimiento no pueda ser revertido: en el caso materia de la presente demanda, se tiene que Nexura cuenta con el 100% del producto, el mismo que no fue recepcionada por Sencico, por cuanto la citada, genero diversos nuevos requerimientos que generaron dilatación en la entrega y en la emisión de las conformidades, sin considerar que lo entregables ya estaban al 100%. De ello se desprende que en este caso el supuesto incumplimiento si puede ser revertido, por cuanto Sencico decidió que se continúe con la ejecución del servicio, que conlleva a las revisiones de la entidad y las conformidades, las cuales son bastantes dilatorias.
9. De manera arbitral, SENCICO resuelve el contrato, considerando que existía un documento de persistencia de la necesidad de continuar con la ejecución del servicio, como se ha probado; este documento lo genero precisamente el órgano que firmó el contrato, siendo este accionar totalmente válido.
10. Encima de ello, resuelve el contrato de manera arbitraria y vulnerando la Ley de Contrataciones y su Reglamento por cuanto lo resuelve de manera total, cuando existieron penalidades, y es un contrato de ejecución periódica, asimismo bajo el procedimiento de incumplimiento con dos cartas, para ello preciso la diferencia:
 - Incumplimiento: 2 Cartas Notariales
 - Acumulación de Penalidades: 1 Carta Notarial
11. Siendo que la Entidad decidió continuar con ejecución del servicio, Carta 319-2015/SENCICO-07.05, resolvió en tiempo y forma arbitraria el Contrato y ejecuto las fianzas de la misma manera, máxime si el propio asesor en sistemas e informática – SENCICO; OAF/DEP. Informática, mediante Informe N° 263-2015-07, de fecha 14 de agosto de 2015, informo a la Gerente de Administración y Finanzas de la Entidad, que a la fecha el plazo de ejecución contractual ha vencido y que en aras de busca el mayor beneficio para la institución quedamos a su disposición para continuar las reuniones de trabajo pertinentes con dicho proveedor, corresponde al árbitro único amparar nuestro pedido puesto que el mismo subyace a una necesidad de justicia, que a la postre viene generando grandes perjuicios económicos y de prestigio en el Perú y otros países de mi representada.
12. En ese mismo orden de ideas, mediante Carta 475-2015-SENCICO-07.05, del 29 de agosto de 2015, SENCICO comunica al Consorcio que cumplen conforme al contrato, entendiendo el 100% del mismo; considerando que el plazo de ejecución contractual ya había vencido; la Entidad genera la Continuidad. Con ello queda evidenciado lo

señalado en el artículo 40 de la LCE. SENCICO, precisa luego de casi un mes de vencido el Contrato que aplicaran penalidades, y otorgan días para cumplir, evidenciado que se amparan en la necesidad primordial de la necesidad del servicio.

13. Con el Informe N° 263-2015-07.06, de fecha 14 de agosto de 2015, firmado por el Asesor en Sistemas e informática – SENCICO, OAF/DEP. Informática, - Señor Javier Guerrero Rodriguez, dirigido al CPC José Rivera Paredes, se dio a conocer la necesidad del área usuaria y de la institución, de continuar con la ejecución del servicio, para lo cual precisa que siendo 14 de agosto de 2015, está dispuesto a coordinar con el proveedor la ejecución y continuidad del servicio materia del Contrato.
14. De ello, queda claramente evidenciada la no intención de resolver el contrato, y se generó el documento denominado persistencia de la necesidad, que genera la continuidad de la prestación por parte del Contratista máxime si la propia entidad lo ordena.
15. Vencido el plazo de ejecución contractual, y consecuentemente los plazos concretos para la Resolución del Contrato, en junio, y con los documentos citados que corresponden a la persistencia de la continuidad del servicio por parte de la Oficina de Abastecimiento , el Área Usuaria y la Institución, se evidencia que SENCICO, estando fuera de la norma utiliza a su criterio el día 25 de noviembre para solicitar a la Entidad 5 días para cumplir con el 100% del Servicio, este documento fue recibido el día 27 de noviembre de 2015; de esta fecha hacia adelante 5 días, vencen el día 2 de diciembre de 2015, sin perjuicio de ello, con fecha 04 de diciembre comunican la Resolución del Contrato con una Carta no con una Resolución de Última Instancia Administrativa. La Carta de resolución de contrato llega al séptimo día. Conforme señala el artículo 169º se debe dar no más de 5 días, los cuales fueron excedidos en dos días más, incumpliendo de este modo lo señalado en el citado artículo que dice no mayor de 5 días.
16. De la interpretación literal al artículo citado, y lo expuesto en la Carta 765-2015/SENCICO-07.05, se puede evidenciar que no precisa la parte que supuestamente quedar resuelta. Considerando que no precisa, en todo caso, la parte a resolver de manera clara, también incumple el procedimiento de resolución y en consecuencia como dice la norma se debe entender que la Resolución será total, lo cual también es contrario a la realidad.

17. Si se tiene que SENCICO, no preciso de manera clara la parte a resolver y como dice la norma se entenderá que la resolución es total, es un total abuso de autoridad, una arbitrariedad que perjudica a mi representada de manera considerable la Resolución del Contrato de manera total y la ejecución de las Fianzas correspondiente, por cuanto era un servicio por etapas, como señalan las bases del proceso de selección. Máxime si existieron pagos ya realizados y conformidades ya emitidas por parte de SENCICO.
18. De otro lado, conforme se expresa en la Carta N° 020.ADP-042014-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONAL SAC, pagina 2, se corrobora que elaborado el plan de trabajo 2, se realizaron las pruebas con el usuario y se aprobaron los requerimientos según lo planificado.
19. En el presente caso, la jefa de Abastecimiento que resuelve el Contrato no prevé la existencia del documento de persistencia de la necesidad del servicio y el cual solicita la continuidad del mismo al contratista. Estando de esta forma en contra de lo señalado en la Opinión 131-2015/DTN, puesto que no se ha demostrado la imposibilidad de continuar con la ejecución del servicio, máxime si existían los documentos mencionados, que revelan tal intención por parte de SENCICO, de proseguir con lo contratado.
20. La Carta (Carta N° 765-2015/SENCICO-07.05), de Resolución de Contrato fue notificada al Consorcio el día 04 de diciembre de 2015, consecuentemente el plazo para que se consienta el mismo vence el 28 de diciembre de 2015 (15 días hábiles).
21. El Consorcio mediante Carta N° 029-ADP-042015 – CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONALL SAC, de fecha 24 de diciembre de 2015, comunico el inicio de arbitraje. Ello dentro del plazo de los 15 días, no dejando consentir la Resolución del Contrato.
22. En esa misma línea de ideas mediante Oficio N° 468-2015-VIVIENDA/SENCICO-03.01, de fecha 30 de diciembre de 2015, la Asesora Legal Nelly Ramos García, comunica al Procurador Público del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, el inicio del Arbitraje por parte del Consorcio.
23. En consecuencia, en el entendido que las garantías tienen por finalidad asegurar el correcto y oportuno cumplimiento de la obligaciones contractuales, deben extender su cautela económica hasta la aprobación de la liquidación final del contrato y no

antes de tal momento, dado que en este último supuesto la relación jurídica aún sigue vigente, pudiendo generarse algún incumplimiento por parte del contratista.

24. No obstante, una vez acaecida la aprobación de la liquidación final del contrato, es obligación de la Entidad devolver al contratista a su solo requerimiento de la garantía constituida salvo requerimiento la garantía constituida salvo que se encontraran pendientes de pago saldos determinados en la liquidación a favor de la entidad, incurriendo los funcionarios en responsabilidad por su negligencia o actuación dolosa en perjuicio del contratista.
25. De otro lado, cabe señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo N° 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, las garantías de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta se ejecutarán, en su totalidad, solo cuando la resolución por la cual la entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida.
26. Sumado a ello, es de precisar que la entidad SENCICO, luego de 166 días calendarios posteriores al vencimiento del contrato comunica al Consorcio que en 5 días más cumpla con el 100% del Proyecto y luego de 8 días calendarios comunican la resolución del contrato, incumpliendo la norma de contrataciones la cual precisa que el plazo es no mayor a 5 días, para requerir el cumplimiento de determinado servicio.

3.3. **Medida Cautelar**

Por la presente se solicita como Medida Cautelar de Innovar, la restitución de los fondos de las Cartas Fianzas Ejecutadas en una cuenta independiente, para salvaguardar los intereses del consorcio, considerando que la ejecución de las mismas perjudica el ámbito comercial del Consorcio, por consideraciones de manera arbitraria su acción.

Sobre el particular, preciso lo siguiente:

La finalidad de la medida cautelar solicitada, es darle la seguridad al Consorcio de la medida, que lo ordenado en el Laudo va a ser cumplido o ejecutado oportunamente, es decir que no solo se va a obtener una mera declaración como Laudo, sino que la misma sea efectivizada. Se puede decir que la finalidad de la medida cautelar es ser auxiliar, subsidiaria de los procesos de cognición o de ejecución, buscar la satisfacción del derecho del pretensor o la reparación del daño producido.

La medida cautelar va a "asegurar el cumplimiento de lo que se ha de decidir".

3.4. Medios Probatorios ofrecidos por el DEMANDANTE:

En calidad de medios probatorios, el DEMANDANTE ofreció las siguientes pruebas:

- Contrato derivado del Proceso ADP 004-2015-SENCICO
- Conformidades parciales
- Carta por la cual se solicita ampliación de plazos
- Carta N° 026-ADP-042015-Conorcio
- Carta N° 744-2015-SENCICO-07.05
- Carta N° 765-2015-SENCICO-07.05
- Memorando N° 352-2015-03.01-SENCICO
- Carta N° 319-2015/SENCICO-07.05 de fecha 24.06.15
- Carta N° 021-ADP-042014-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONAL SAC de fecha 11.08.15
- Informe N° 263-2015-07.06 de fecha 14.08.15
- Carta N° 029-ADP-042015-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONAL SAC de fecha 24.12.15
- Oficio N° 468-2015-VIVIENDA/SENCICO-03.01, de fecha 30.12.15
- Oficio N° 017-2016-VIVIENDA-PP de fecha 08.01.16
- Carta N° 217-2015/SENCICO-07.05
- Carta N° 265-2016/SENCICO-07.05

3.5. Admisión de la demanda presentada por Consorcio Nexura Internacional:

Con fecha 20 de octubre de 2016, el DEMANDANTE cumple con adjuntar los documentos correspondientes, acreditando el pago de impuestos.

Que, mediante Resolución N° 04 notificada al DEMANDANTE y al DEMANDADO el 25 de octubre de 2016, el Árbitro Único resolvió en un PRIMER PUNTO admitir a trámite la demanda presentada por el contratista y téngase por ofrecidos los medios probatorios que se indican y por señalado su domicilio procesal; en un SEGUNDO PUNTO corrió traslado de la demanda, para que en el plazo de veinte (20) días hábiles de notificado cumple con contestar y de considerarlo conveniente formule reconvenCIÓN, asimismo deberá enviar el soporte magnético del escrito de contestación y en un TERCER PUNTO tener por acreditado el pago de los impuestos de los recibos por honorarios, referente al Árbitro Único y Secretario Arbitral.

IV. PRETENSIONES PLANTEADAS POR LA ENTIDAD ASÍ COMO LOS ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LAS SUSTENTAN.

Con fecha 23 de noviembre de 2016, el DEMANDADO dentro del plazo CONTESTO LA DEMANDA que motiva el presente proceso arbitral solicitando que la misma sea declarada infundada, conforme a los siguientes documentos:

4.1. Excepción de Caducidad:

En primer lugar, debemos indicar que con la prescripción y la caducidad el ordenamiento jurídico busca salvaguardar el orden social, limitando el derecho de las personas de exigir la solución de controversias, en el sentido de no dejarlas abiertas o inciertas indefinidamente; sin embargo, son dos figuras de naturaleza distinta:

"Desde el punto de vista estructura, podemos afirmar que la prescripción constituye un límite del ejercicio del derecho subjetivo. Todo derecho debe ser ejercido dentro de un periodo de plazo razonable, puesto que esa antisocial y contrario al fin o función para los que ha sido concedido, el ejercicio retrasado o la inercia. El titular tiene la carga de un ejercicio tempestivo de su derecho.

Así las cosas, en razón de la inacción del titular del derecho que pudieron hacerlo valer no lo hace, éste pierde la facultad de exigirlo compulsivamente".

En la caducidad, si bien se mantiene la decisión de preservar el orden social evitando reclamos indefinidos, aquí el Derecho considera como algo de interés general establecer plazos no sólo para accionar sino también respecto del mismo derecho, pues, como señala Vidal Ramírez, en la caducidad el orden público es más acentuado que en la prescripción, puesto que su elemento más importante es el plazo previsto en la Ley de cada caso en que se origine un derecho susceptible de caducidad.

Por ello, el árbitro está obligado a determinar en primer lugar el Derecho aplicable a la situación de hecho que se le presenta, considerando en primer lugar la Constitución, luego la Ley, y luego normas de menor jerarquía. Incluso el árbitro, en razón de ser profesional en Derecho, y como tal conocedor de la Ley y demás fuentes de Derecho, está obligado a aplicar la Ley (en sentido amplio). En este entorno de Derecho, la presente excepción de caducidad propuesta no solo es una oposición a que el árbitro se pronuncie sobre las pretensiones del Contratista, sino que además es un aviso que se le da acerca de una carencia de competencia.

En el caso de autos, se evidencia que el Consorcio demandante – a pesar de no haber señalado como pretensión en el petitorio de su demanda – pretende cuestionar la ampliación de plazo que le fue denegada mediante Carta N° 319-2015/SENCICO-07.05 de fecha 24.06.16 – notificada en la misma fecha (ver numerales 8 al 10 del escrito de demanda); por tanto, en salvaguarda de nuestro derecho corresponde deducir la presente excepción.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el primer párrafo del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, precisa las causales específicas que, de verificarse, autorizan al contratista a solicitar la ampliación del plazo en los contratos de bienes y servicios, observándose que estas también se originan por atrasos y/o paralizaciones ajenas a la voluntad del contratista. Ahora bien, el segundo párrafo de artículo 175° del referido reglamento dispone que: "El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

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

El último párrafo del citado artículo 175° establece que cualquier controversia relacionada con la solicitud de ampliación de plazo podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de la decisión de la Entidad. Así la decisión de la Entidad de no otorgar la ampliación de plazo y por consiguiente los efectos que de ella se desprendan, podrá ser sometidos a conciliación y/o arbitraje por el contratista.

En razón de ello, el consorcio accionante contaba con un plazo de quince (15) días naturales hábiles siguientes a la comunicación de la decisión de la Entidad, para someter a arbitraje la controversia relacionada con la solicitud de ampliación de plazo; el mismo que venció el 15 de julio de 2015, sin que dicho contratista haya comunicado su decisión someter la misma a arbitraje; circunstancia por la cual, deberá concluirse que la denegatoria de ampliación de plazo se encuentra consentida.

El demandante recién con fecha 24.12.15 remitió la Carta N° 029-ADP-042015-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONAL SAC de fecha 24.12.15, esto es, fuera del plazo de caducidad para peticionarla. En esa línea, se advierte que el consorcio accionante no ha observado que si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha devenido en caduco, entonces la pretensión en estricto no tiene fundamento jurídico por lo que ya no puede ser intentada.

Por dichas consideraciones, su Despacho deberá admitir la presente excepción al encontrarse ajustada a derecho, y en el momento procesal correspondiente deberá declararla fundada en todos sus extremos, al advertir que el contratista pretende cuestionar – en los fundamentos de hechos de su demanda – una prestación (denegatoria de ampliación de plazo) que a todas luces ha caducado.

4.2. Fundamentos de hecho de la contestación de demanda:

Los fundamentos fácticos se transcriben a continuación:

Con fecha 20.10.14, el Comité especial otorgó la buena pro de la adjudicación directa pública N° 004-2014-SENCICO para la contratación del servicio de mantenimiento del sistema de control de la Contribución del SENCICO al Consorcio conformado por la empresa Nexura Internacional S.A.C. y la empresa Nexura Internacional S.A.S.

Con fecha 07.11.14, se suscribió el Contrato N° 023-A-2014-SENCICO, por la suma ascendente a S/. 274,333.00 soles, teniendo como plazo de ejecución contractual 210 días calendarios, el mismo que iniciaría a partir del séptimo día, contado a partir del día siguiente de la firma del contrato. Dicho plazo contractual vencía el 14.06.15.

Con Memorando N° 221-2014-07.06 de fecha 29.12.14, el Encargado de Sistema e Informática de SENCICO (en calidad de área usuaria), comunicó que el consorcio accionante presentó el plan de trabajo con posterioridad al plazo establecido en el Contrato.

A través de la Carta N° 362-2014-VIVIENDA/SENCICO-07.05 de fecha 23.12.14, el Departamento de Abastecimiento de SENCICO comunicó al representante común del consorcio demandante la aplicación de la penalidad por retraso generado en la presentación del Plan de Trabajo.

A través de la Carta N° 020-ADP-042014-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL S.A.S. – NEXURA INTERNACIONAL S.A.C. de fecha 10.06.15, el representante común

del consorcio accionante solicitó ampliación de plazo para culminar con la prestación de sus servicios.

Con Carta N° 319-2015/SENCICO-07.05 de fecha 24.06.14, el Jefe de Departamento de Abastecimiento de SENCICO comunicó al consorcio la no aprobación de su solicitud de ampliación de plazo y prestación adicional del contrato materia del presente proceso.

Mediante Memorando N° 141-2015-07.06 de fecha 26.06.15, el Encargado de Sistemas e informática de SENCICO comunicó que el contratista no cumplió con presentar los entregables definidos en los numerales 5.2.3 del término de referencia.

A través de la Carta N° 475-2015/SENCICO-07.05 de fecha 26.08.15, SENCICO requirió al representante común la subsanación de las observaciones acotadas en el informe N° 263-2015-07.06, bajo apercibimiento de adoptar las medidas legales pertinentes.

Mediante Carta N° 744-2015/SENCICO-07.05 de fecha 04.12.15, se le otorgó al contratista el plazo de cinco (05) días calendario para culminar el 100% de la prestación, bajo apercibimiento de resolver el contrato, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 168° y 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Con Carta Notarial N° 765-2015/SENCICO-07.05 de fecha 04.12.15, la Entidad procedió comunicar al consorcio la resolución del Contrato N° 023-A-2014-SENCICO, dado que éste no cumplió con culminar el 100% de la prestación objeto de la contratación.

1. Sobre la Primera, Segunda Pretensión y Primera Accesoria a la Segunda Pretensión de la demanda:

En primer lugar, y antes de proceder a contrarrestar los argumentos señalados por el consorcio demandante, debemos precisar que tanto en la primera como en la segunda pretensión, el referido consorcio pretende cuestionar un mismo documento, es decir, la Carta N° 765-2015/SENCICO-07.05, a través del cual se da por resuelto el contrato materia de controversia.

De esta manera, a efectos de mantener un orden en la exposición de los motivos que contradicen la demanda interpuesta, corresponde referirnos a la primera, segunda pretensión y primera pretensión accesoria a la segunda pretensión como si fuera una sola.

Asimismo, debemos señalar que en el desarrollo de los fundamentos que contradicen la primera y segunda pretensión del consorcio demandante, no haremos referencia a su solicitud de ampliación de plazo denegada, por cuanto no es materia de pretensión en el presente proceso arbitral, más aún, su cuestionamiento ha caducado, conforme lo señalado en la excepción deducida.

Siguiendo esa línea, cabe señalar que el Árbitro no puede pronunciarse sobre pretensiones que no han sido planteadas en la demanda ni en la reconvención, pues ello está prohibido por el principio de congruencia, conforme al cual el órgano jurisdiccional no puede ir más allá del petitorio. En consecuencia, "por el principio de congruencia procesal el juez no puede emitir una sentencia ultra petita, extra petita ni citra petita (más allá del petitorio, diferente del petitorio o con omisión del petitorio), so riesgo de incurrir en vicio procesal, el cual puede ser motivo de nulidad". En el mismo sentido, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha señalado en la Casación N° 1260-2001-LIMA que "el término congruencia debe entenderse como la conformidad o correspondencia entre lo resuelto y lo pretendido, por lo que todo fallo no arreglado a ello, vulnera el Principio e Congruencia Procesal, siendo que el denominado fallo "extra petita", es aquel que se configura cuando se concede algo diferente a lo pedido".

El contratista manifiesta que la Entidad decidió que se continúe con la ejecución de servicio, más aun precisa que esta manifestó la no intención de resolver el contrato. En otras palabras, al consorcio demandante le resulta sorprendente que "la Entidad le haya resuelto el contrato – luego de evidenciarse un incumplimiento". En esa línea, deberá tenerse en cuenta que el consorcio accionante no ha aportado material probatorio alguno que acredite que la Entidad le requirió o la instó a seguir con la ejecución del servicio, por el contrario, llama poderosamente la atención que ésta presente documentos administrativos internos – dirigidos a funcionarios de la Entidad.

Asimismo, no deberá escapar del elevado criterio de su despacho, que el consorcio accionante ha citado opinión N° 027-2014/DTN de OSDE, que no resulta aplicable al caso de autos, por cuanto la misma se encuentra dirigida a la potestad que tiene el contratista para resolver el contrato – en los casos de obligaciones esenciales, no encontrándose dirigida a que la Entidad promueva la continuidad de la ejecución del contrato a pesar que el contratista incumple con sus obligaciones contractuales.

Con los fundamentos anteriores, no cabe duda que el consorcio demandante pretende escapar de su incumplimiento contractual; incumpliendo que no se dio solo en la ejecución del servicio, sino desde la suscripción del contrato materia de

controversia. Aunado a ello, no está demás señalar que el contratista a lo largo de su demanda ha reconocido de manera expresa una serie de incumplimientos por su parte.

2. Sobre la Tercera pretensión de la demanda:

De lo señalado en la demanda interpuesta, se evidencia que el contratista no ha fundamentado la presente pretensión, ergo, no ha precisado las razones por las cuales su despacho deberá declarar infundada esta pretensión. Adicionalmente, el contratista no ha sustentado – con medio probatorio alguno – cuál es el monto que supuestamente se le adeuda.

3. Sobre la Cuarta Pretensión de la demanda:

De acuerdo con el artículo 73º, inciso 1) del Decreto Legislativo N° 1071, "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 de arbitraje serán de cargo de la parte vencida, si estima que el prorrateo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente arbitraje, el Consorcio demandante no ha presentado fundamento alguno que sustente las pretensiones de su demanda, ni ha tenido una conducta procesal acorde con los principios que inspiran el arbitraje, haciendo incurrido en un conjunto de omisiones e interpretaciones segadas de la normativa de contrataciones del Estado.

4. Sobre la quinta Pretensión de la demanda:

El contratista solicita como medida cautelar de innovar, la restitución de los fondos de las Cartas Fianzas ejecutadas en una cuenta independiente, al haber considerado que las mismas fueron ejecutadas de manera arbitraria, habiendo omitido señalar que éste no cumplió con renovar dicha garantía antes de vencimiento.

El artículo 164º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece los supuestos en los que la Entidad puede solicitar la ejecución de estas garantías; entre estos, cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

Como se aprecia, la Entidad podrá solicitar la ejecución de las garantías otorgadas por el Contratista cuando este no haya cumplido con renovarlas antes de la fecha de vencimiento, contrario sensu, cuando el contratista haya cumplido con su obligación

de renovar una garantía oportunamente, es decir, antes de vencimiento, la Entidad no deberá solicitar la ejecución de dicha garantía.

Estando a ello, mediante Memorando N° 171-2015-07.05 de fecha 07.03.16, el Jefe de Departamento de SENCICO solicitó la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento presentada por el contratista, debido a que éste no cumplió con renovar dicha garantía antes de su vencimiento, en atención a lo señalado en el artículo 164º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

De esta manera, al evidenciarse que la Entidad procedió a ejecutar la mencionada garantía – en aplicación de lo dispuesto en la normativa aplicable (artículo 164º del citado reglamento), resultaría un imposible jurídico conceder al demandante la medida cautelar de no innovar.

5. Sobre la Sexta Pretensión de la demanda:

El contratista solicita que "el Árbitro Único reconozca y ordene a la Entidad "SENCICO" la devolución de las Cartas Fianzas, que fueron ejecutadas de manera arbitraria.

No obstante ello, luego de analizar la demanda interpuesta, se aprecia que el contratista no ha fundamentado la presente pretensión; sin embargo, y a efectos de contradecir la sexta pretensión de la demanda, debemos reiterar lo señalado en los numerales 58 y 59 del presente escrito, en el extremo que la normativa de contrataciones del Estado ha considerado como facultad de la Entidad la ejecución de aquellas garantías que no hayan sido renovadas ante su vencimiento.

6. Sobre la Séptima Pretensión de la demanda:

El consorcio demandante solicita que "el Árbitro Único reconozca y ordene a la Entidad SENCICO, una indemnización de S/. 200,000.00 soles, por los daños generados.

Sin embargo no ha fundamentado las razones por las cuales le debería corresponder la suma indicada, ergo, no ha precisado cual es el sustento técnico y jurídico que determinen la procedencia de dicha pretensión.

Asimismo, deberá tenerse presente que no basta una inducción lógica y sentido común para sustentar el daño ocasionado, por cuanto para determinar un monto indemnizatorio, se requiere la existencia de evidencia probatorio que causa convicción a los árbitros. En efecto, en la demanda arbitral no se ha presentado

elementos probatorios que puedan sustentar la existencia de daño que pueda ser objeto de resarcimiento.

La Ley de Arbitraje establece expresamente en su artículo 39º que dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación de la demanda, el demandante deberá alegar los hechos que se funda, la naturaleza y la circunstancias de la controversia y las pretensiones que formulada y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planeado en la demanda. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

En tal sentido, vuestro Despacho deberá concluir que con la demanda y medios probatorios anexados a la misma no se ha acreditado fehacientemente el quantum de los daños y perjuicios reclamados, ni los daños objetivamente causados; elementos indispensables de la figura jurídica exigida por la naturaleza de los daños y perjuicios; por tal motivo, no corresponde que se ampare la presente pretensión.

4.3. Medios Probatorios ofrecidos por el DEMANDADO:

En calidad de medios probatorios, EL DEMANDADO ofreció las siguientes pruebas:

- Carta N° 319-2015/SENCICO-07.05 de fecha 24.06.15
- Carta N° 029-ADP-042015-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAC de fecha 24.12.15
- Carta N° 326-2014-VIVIENDA/SENCICO-07.05 de fecha 05.12.14
- Carta N° 002-ADP-2014-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONAL SAC
- Memorando N° 221-2014-07.06 de fecha 29.12.14
- Carta N° 362-2014-VIVIENDA/SENCICO-07.05 de fecha 23.12.14
- Memorando N° 062-2015-07.06 de fecha 23.03.15
- Carta N° 020-ADP-042014-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONAL SAC de fecha 10.06.15
- Carta N° 319-2015/SENCICO-07.05 de fecha 24.06.15
- Memorando N° 141-2015-07.06 de fecha 26.06.15
- Carta N° 020-ADP-042014-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONAL SAC de fecha 21.07.15

- Carta N° 021-ADP-042014-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONAL SAC de fecha 11.08.15
- Informe N° 263-2015-07.06 de fecha 14.08.15
- Carta N° 475-2015/SENCICO-07.05 de fecha 26.08.15
- Carta N° 023-ADP-04-2014-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONAL SAC de fecha 10.09.15
- Informe N° 463-2015-07.06 de fecha 23.11.15
- Carta Notarial N° 744-2015/SENCICO-07.05 de fecha 25.11.15
- Carta N° 026-ADP-042015-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONAL SAC de fecha 02.12.15
- Carta Notarial N° 765-2015/SENCICO-07.05 de fecha 04.12.15
- Memorando N°171-2015-07.05 de fecha 07.03.16

4.4. Admisión de la Contestación de la Demanda presentada por el DEMANDADO:

Que, mediante Resolución N° 05 notificada el 25 de noviembre de 2016 al DEMANDANTE y el 28 de noviembre del mismo año al DEMANDADO, el Árbitro Único resolvió en un PRIMER PUNTO tener por contestada la demanda, y por ofrecidos los medios probatorios, asimismo téngase por delegada la representación a favor de los letrados; en un SEGUNDO PUNTO tener por presentada la excepción de caducidad y se corrió traslado al demandante para que dentro del término de 10 días exprese lo conveniente a su derecho, y en un TERCER PUNTO solicitar al demandante y al demandado, para que dentro del plazo de 5 días hábiles de notificado, cumplan con remitir el soporte magnético del escrito de demanda y contestación de demanda.

Con fecha 09 de diciembre de 2016, el DEMANDANTE cumplió con contestar la excepción y con contestar la demanda.

Que, mediante Resolución N° 06 notificada el 14 de diciembre de 2016 al DEMANDANTE y al DEMANDADO, el Árbitro Único resolvió en un PRIMER PUNTO tener por absuelto el traslado de la excepción de caducidad deducida por el demandado y tener presente los argumentos del escrito de visto; en un SEGUNDO PUNTO tener por presentado el archivo digital de la contestación de la demanda por parte del demandado; en un TERCER PUNTO requerir por última vez al demandante el envío del archivo digital o soporte magnético de la demanda arbitral, bajo percibimiento de tener presente su conducta procesal al momento de resolver; en un CUARTO PUNTO otorgar a las partes el plazo de 5 días hábiles de notificada la presente resolución, a fin de que formulen sus

propuestas de puntos controvertidos y en un QUINTO PUNTO citar a las partes a la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos y seguidamente a la Audiencia de Ilustración de Hechos para el día jueves 29 de diciembre de 2016 a horas 1:00 pm en la sede arbitral.

Con fecha 21 de diciembre de 2016, el DEMANDANTE y el DEMANDADO cumplieron con presentar su propuesta de puntos controvertidos.

V. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 29 de diciembre de 2016, se reunió, el doctor Rony Salazar Martínez, en su calidad de Árbitro Único, con el propósito de realizar la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos e Ilustración de Hechos.

Las partes que participaron en dicha diligencia:

- Se hizo presente en representación del Consorcio Nexura Internacional S.A.C., la abogada Milagros del Rocío Guzmán Gutarra, identificada con Reg. CAL N° 65778.
- Se hizo presente en representación del Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción – SENCICO, el abogado Josue Jefferson De La Torre Bramon, identificado con Reg. CAL N° 060401.

Dentro de esta diligencia, se llevó a cabo la Resolución N° 07, la misma que resuelve en un PRIMER PUNTO tener por cumplido el envío del archivo digital de la demanda arbitral y en un SEGUNDO PUNTO tener por presentado las propuestas de puntos controvertidos por parte del demandante y demandado.

Asimismo, el Árbitro Único ante la formulación de excepción de caducidad por parte del demandado, reserva su pronunciamiento, dejando constancia que dicha excepción puede ser resuelta antes o conjuntamente con el laudo arbitral.

Del mismo modo, se deja constancia que habiéndose propiciado el dialogo entre las partes concurrentes, el Árbitro propicio en todo momento el intercambio de opiniones conducentes a un acuerdo conciliatorio, manifestando éstas su intención de continuar con el desarrollo del proceso. Sin perjuicio de ello, el Árbitro Único deja constancia que en cualquier momento anterior al laudo, las partes podrán llegar a un acuerdo que les permita solucionar las controversias materias

del presente proceso, para lo cual y de ser el caso, se estará dispuesto por el artículo 50º del Decreto Legislativo 1071.

5.1. Sobre la fijación de Puntos Controvertidos

De los escritos presentados por las partes, se establecen los puntos controvertidos de este proceso, señalándose los siguientes:

Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no dejar sin efecto el documento Carta N° 744-2015/SENCICO-07.05 que no se ajusta a Ley, y la Carta N° 765-2015/SENCICO-07.05, por el cual comunican la Resolución del Contrato N° 023-A-2014-SENCICO.

Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no disponer la vigencia del Contrato N° 023-A-2014-SENCICO.

Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no reconocer y ordenar a SENCICO, el pago de la deuda con el Consorcio generado por la continuidad de la ejecución del servicio, conforme a la Carta N° 319-2015/SENCICO-07.05 de fecha 24 de junio de 2015.

Cuarto Punto Controvertido:

Determinar a quién corresponde asumir el pago de costas y costos del presente proceso arbitral.

Quinto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no reconocer y ordenar a SENCICO, una indemnización de 200,000.00 nuevos soles, por los daños generados.

5.2. Sobre la Admisión de Medios Probatorios:

El Árbitro Único, atendiendo a los puntos controvertidos establecidos en el numeral precedente y al escrito de demanda y contestación, considera admitir como medios probatorios, lo siguiente:

- Por el CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL S.A.C.
 - Se admiten los medios probatorios del acápite IX, denominado "MEDIOS PROBATORIOS DE LA PRETENSIÓN" signados con los numerales 1.1 al 1.15.
- Por el SERVICIO NACIONAL DE CAPACITACIÓN PARA LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN - SENCICO
 - Se admiten los medios probatorios del acápite III denominado "MEDIOS PROBATORIOS" signados con los numerales 1 al 18.

5.3. De la Ilustración de Hechos:

En este Acto, el Árbitro Único deja constancia, que el objeto de la audiencia es posibilitar que las partes expongan sus hechos, teniendo como marco legal las pretensiones planteadas en el presente proceso, con derecho de réplica, duplica y respuestas a las interrogantes planteadas por el árbitro único.

Asimismo, el Árbitro Único, se reserva el derecho a resolver la medida cautelar con la emisión de resolución posterior.

VI. ESCRITOS, ALEGATOS E INFORME ORAL

Que, mediante Resolución N° 08 notificada el 01 de marzo de 2017 al DEMANDANTE y el 03 de marzo de 2017 al DEMANDADO, el Árbitro Único resolvió en un PUNTO ÚNICO improcedente la medida cautelar de innovar, solicitada por el demandante.

Que, mediante Resolución N° 09 notificada el 30 de marzo de 2017 al DEMANDANTE y al DEMANDADO, el Árbitro Único resolvió en un PRIMER PUNTO tener por concluida la etapa probatoria del presente proceso, en un SEGUNDO PUNTO disponer la exclusión de la Audiencia de Pruebas, por no tener medio probatorio por actuar; y en un TERCER PUNTO otorgar a las partes el plazo de 10 días hábiles, para que presenten sus alegatos escritos, y se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 18 de abril de 2017 a horas 1:00 pm en la sede arbitral.

Que, mediante Resolución N° 10 notificada el 10 de abril de 2017 al DEMANDANTE y al DEMANDADO, el Árbitro Único resolvió reprogramar la Audiencia de Informes Orales para el día 20 de abril de 2017 a horas 1:00 pm en la sede arbitral.

Con fecha 17 de abril de 2017, el DEMANDADO cumplió con presentar sus alegatos escritos.

De la Audiencia de Informes Orales

Con fecha 20 de abril de 2017, se realizó la Audiencia de Informes Orales.

Las partes que participaron en dicha diligencia:

- Se hizo presente en representación del Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción – SENCICO, el abogado Josue Jefferson De La Torre Bramon, identificado con Reg. CAL N° 060401.
- Se dejó constancia de la inasistencia del CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL S.A.C., pese a estar debidamente notificada, conforme a los cargos de notificación obrantes en el expediente.

Dentro de esta diligencia, se expidió la Resolución N° 11, la misma que resuelve en un PRIMER PUNTO tener presente los alegatos en la oportunidad correspondiente, con conocimiento de la parte contraria y en un SEGUNDO PUNTO dejar constancia que el demandante no presentó sus alegatos escritos.

Asimismo, en dicha diligencia, el Árbitro Único dejó constancia, que el objeto de la audiencia es posibilitar que las partes informen oralmente sus respectivas posiciones, teniendo como marco legal las pretensiones planteadas en el presente proceso.

En consecuencia, el Árbitro Único concedió el uso de la palabra al representante de SENCICO, a fin que sustente sus posiciones, de tal manera se formuló preguntas relacionadas con la materia controvertida, las mismas que fueron absueltas por la parte asistente, culminando de esa manera la audiencia.

Por otro lado, no habiendo actuación arbitral pendiente de realizar, el Árbitro Único estima pertinente fijar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, con prórroga de treinta (30) días hábiles adicionales de ser el caso.

Con fecha 28 de abril de 2017, se notificó al DEMANDANTE el Acta de Informes Orales, la misma que contiene la Resolución N° 11, junto al escrito de fecha 17 de abril de los corrientes presentado por el demandado.

Que, mediante Resolución N° 12 notificada el 28 de abril de 2017 al DEMANDANTE y el 02 de mayo del 2017 al DEMANDADO, el Árbitro Único resuelve en un PUNTO ÚNICO señalar como nueva sede arbitral, la oficina ubicada en la Avenida Arequipa N° 340 – Oficina 507 – Lima.

VII. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo establecido en el CONTRATO, así como lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1071; ii) que, el DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho de acción y al debido proceso; iii) que, de igual manera, el DEMANDADO fue debidamente emplazada, ejerciendo plenamente su derecho a la defensa y; iv) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, pudiendo incluso ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

De igual manera, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Árbitro Único respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que fundamenta su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 1071, Ley que norma el arbitraje en nuestro país, el Árbitro Único tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, siempre que la valoración se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que "...la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes..." (Sentencia de fecha 30/11/87)¹

Siendo ello así, el Árbitro Único pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

IX. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo establecido en el CONTRATO, así como lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1071; ii) que, EL DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho de acción y al debido proceso; iii) que, de igual manera, LA ENTIDAD fue debidamente emplazada, ejerciendo plenamente su derecho a la defensa y; iv) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, pudiendo incluso ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

De igual manera, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Arbitro Único respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que fundamenta su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada, tomando de igual manera los mismos criterios para resolver la reconvenCIÓN.

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 1071, Ley que norma el arbitraje en nuestro país, el Árbitro Único tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, siempre que la valoración se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.

Siendo ello así, el Árbitro Único pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

X. NORMATIVA APLICABLE

En este punto, corresponde analizar al Árbitro Único la normativa aplicable al caso materia de controversia.

Sobre este aspecto, tratando la pretensión sobre incumplimiento de obligaciones contractuales, así como el pago de una indemnización por daños y perjuicios por inejecución y el reembolso de costas y costos, este Árbitro Único deja constancia que la ley aplicable al fondo de la controversia es la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, al haberse suscrito los contratos bajo el marco normativo antes señalado. En caso de existir un vacío en las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado o en su Reglamento, será de aplicación supletoria las disposiciones contenidas en el derecho público aplicable y en su defecto las normas del derecho común.

XI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Posición de la entidad SENCICO

Que la demandada en su contestación de demanda, deduce la excepción de caducidad, debido a la iniciación de arbitraje por parte del demandante, mencionando el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Por lo tanto se alega que la normativa de contrataciones con el Estado no solo determina que todas las discrepancias que surjan entre las partes con relación a la

ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje, sino que además establece un plazo de quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión, para efectos de que las partes puedan solicitar el sometimiento de estas a cualquiera de los mecanismos de solución de controversias antes indicados.

Asimismo señala que el Consorcio accionante contaba con un plazo de quince (15) días naturales hábiles siguientes a la comunicación de la decisión de la Entidad, para someter a arbitraje la controversia relacionada con la solicitud de ampliación de plazo; el mismo que venció el 15 de julio de 2015, sin que dicha contratista haya comunicado su decisión de someter la misma a arbitraje; circunstancia por la cual, deberá concluirse que la denegatoria de ampliación de plazo se encuentra consentida.

Además menciona que el demandante recién con fecha 24 de diciembre de 2015 remitió la Carta Nº 029-ADP-042015-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS – NEXURA INTERNACIONAL SAC de fecha 24 de diciembre de 2015, esto es, fuera del plazo de caducidad para peticionarla. En esa línea, se advierte que el consorcio accionante no ha observado que si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha devenido en caduco, entonces la pretensión en estricto no tiene fundamento jurídico por lo que ya no puede ser intentada.

Posición del CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAC Y NEXURA INTERNACIONAL SAS

Que con 09 de diciembre de 2016 la demandante, es decir la contratista absuelve la contestación de la demandada, alegando que la excepción de caducidad planteado por SENCICO, versa sobre un hecho no planteado como pretensión de la demanda.

Además que SENCICO solamente pretende dilatar el proceso, cuestionando un aspecto procedural que no ha sido materia de pretensión en la demanda y que solo fue mencionado como antecedente del proceso y como sustento para probar, que la institución instó al Consorcio a continuar con las prestaciones del servicio.

Posición del Árbitro Único

A continuación, el Arbitro Único procederá con el análisis de la excepción formulada por SENCICO, como se conoce la Entidad dedujo excepción de caducidad contra la demanda arbitral interpuesta por el Consorcio, en base a lo regulado en el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto

Supremo N° 184-2008-EF. En tal sentido SENCICO establece que el inicio del arbitraje debe solicitarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de la carta N ° 319 –2015/SENCICO-07.05 de fecha 24 de junio de 2015, en la cual se comunicó al Consorcio la no aprobación de su solicitud de ampliación de plazo.

Al respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente:

El artículo 52.2 de la Ley de Contrataciones con el Estado, 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 de la 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. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros."* Nótese, en ese sentido, que el plazo propiamente dicho en el que quedaría caduco el derecho de recurrir al arbitraje, ha sido previsto de modo expreso, por ello no corresponde a una interpretación abierta, entonces no carece de un plazo específico de vigencia.

Ahora si bien es cierto el plazo de caducidad se encuentra previsto en la Ley de Contrataciones con el Estado aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017, aplicable en el presente caso. Por un lado la Entidad basa su excepción en el plazo de caducidad señalado en el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008- EF, establece lo siguiente en el último párrafo: *"(...) cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión."*

Pero se debe considerar lo establecido en el artículo 215 del citado reglamento que señala lo siguiente: *"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, 177º, 199º, 201º, 209º, 210º y 211º o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley."*

Entonces de lo antes mencionado es aplicable lo regulado en el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más aun cuando la pretensión principal de la demanda del Consorcio es la Resolución del Contrato N° 023-A-2014-

SENCICO. Por lo tanto se debe considerar lo establecido en el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que dispone lo siguiente:

"Artículo 170.- Efectos de la resolución

(...)Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida."

Entonces habiéndose verificado la sucesión de los hechos obrantes en autos, en donde se demuestra que SENCICO comunico al Consorcio la resolución del Contrato mediante la Carta Notarial N° 765-2015/SENCICO-07.05 de fecha 04 de diciembre de 2015; el Consorcio dentro del plazo de quince días hábiles señalado por el Reglamento, comunico el día 24 de diciembre de 2015 la solución de controversia por la vía arbitral, mediante la Carta N° 029-ADP-042015-CONSORCIONEXURAINTERNACIONAL SAS-NEXURAINTERNACIONAL SAC. En ese sentido de lo antes mencionado se concluye que el CONSORCIO solicito la solución de controversia por el motivo de la Resolución del Contrato N° 023-A-2014-SENCICO, y que dicho supuesto tiene un plazo de caducidad determinado en el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Por lo tanto el inicio del arbitraje para la solución de controversia debido a la Resolución del Contrato N° 023-A-2014-SENCICO, está dentro del plazo del artículo antes citado. Es así que se tiene por entendido que el CONSORCIO no consintió la Resolución del Contrato, ya que está de por medio la Carta N° 029-ADP-042015 CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL SAS-NEXURA INTERNACIONAL SAC, el cual dio origen al presente proceso arbitral. Asimismo no es cierto lo mencionado por SENCICO, respecto a la caducidad de recurrir a la solución de controversia, en cuanto a la ampliación de plazo del Contrato señalado en el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez que dicho suceso ha sido con anterioridad a la Resolución de Contrato.

De lo antes mencionado, ha quedado claramente establecido que el CONSORCIO está dentro del plazo para recurrir a la solución de controversia por la Resolución del Contrato, lo cual ha sucedido al momento de plantear la primera pretensión de su demanda.

En conclusión, el Arbitro Único considera que la excepción de caducidad deducida por SENCICO debe declararse infundada.

**DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DEJAR SIN EFECTO EL DOCUMENTO
CARTA N°744-2015/SENCICO-07.05 QUE NO SE AJUSTA A LEY, Y LA
CARTA N° 765-2015/SENCICO-07.05, POR EL CUAL COMUNICAN LA
RESOLUCION DEL CONTRATO N° 023-A-2014-SENCICO**

Que, el presente proceso arbitral se deriva del Contrato N° 023-A-2014-SENCICO referido a la "Servicio de Mantenimiento del Sistema de Control de la Contribución del Sencico"

En virtud de lo establecido en la Ley Contrataciones del Estado y su Reglamento; este proceso arbitral es de Derecho.

Es necesario establecer las causales y el procedimiento establecido para la resolución de contratos.

Para poder verificar si el Consorcio ha cumplido a cabalidad con el Contrato N° 023-A-2014-SENCICO, el Arbitro Único tendrá que analizar los componentes del mencionado Contrato, haciendo énfasis en la Cláusula Quinta sobre el Plazo y Condiciones de Ejecución Contractual. Es por eso que es necesario poder evaluar dicha cláusula y así verificar si ha existido o no incumplimiento por parte del CONSORCIO.

Además si estamos ante una Resolución de Contrato, tenemos que considerar lo regulado en el inciso c del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, dispone a letra lo siguiente:

"Artículo 40.- Resolución de contrato por incumplimiento

En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista.

El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y esta no haya subsanado su incumplimiento."

Asimismo sobre el particular, el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, dispone a letra lo siguiente:

"Artículo 44º.- Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

En caso de resolución de contrato de obra y de existir saldo de obra por ejecutar, la Entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra Entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra para que manifiesten su intención de realizar el saldo de la misma. El procedimiento será establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

De no proceder ninguno de los mecanismos antes mencionados, se deberá convocar el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el Valor Referencial respectivo."

En el presente caso, la resolución del CONTRATO se produjo, en opinión de SENCICO por incumplimiento de obligaciones por parte del CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL S.A.C.

De ahí que, para efectos de establecer si la resolución del CONTRATO realizada por SENCICO, es eficaz o no, corresponde establecer si se cumplió con el procedimiento establecido para ello. Por lo tanto se debe mencionar lo establecido en el artículo 167 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que dispone a letra lo siguiente:

"Artículo 167º.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de

algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.”

Sobre el particular, el artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dispone a letra lo siguiente:

“Artículo 168º.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. *Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
2. *Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
3. *Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.”

De las disposiciones citadas, se advierte que la Entidad puede resolver el contrato cuando el contratista haya incumplido injustificadamente las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, siempre que previamente haya requerido el cumplimiento de estas y el contratista no haya subsanado tal incumplimiento.

Ahora bien, el artículo 169 del Reglamento establece el procedimiento que debe observar la Entidad para resolver el contrato; así, la Entidad debe requerir al contratista el cumplimiento de sus obligaciones inejecutadas mediante carta notarial, otorgando un plazo no mayor a cinco (5) días para ello, bajo apercibimiento de resolver el contrato. El plazo otorgado al contratista puede alcanzar hasta quince (15) días cuando el monto contractual o la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación lo requieran.

Sobre el particular, el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dispone a letra lo siguiente:

"Artículo 169º.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sostificación de la contratación, la entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento."

En efecto, el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, regula el procedimiento en caso que la resolución de contrato se deba a causas de incumplimiento de obligaciones.

En dicho artículo se establece la figura del requerimiento previo como requisito para que proceda la resolución del CONTRATO. En efecto, el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que "Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato".

De lo anterior se colige que no basta con verificar el incumplimiento de una de las partes, sino que además para que proceda el acto resolutorio, será necesario que previamente la parte afectada requiera el cumplimiento de las obligaciones, otorgando un plazo que no podrá exceder a cinco (5) días.

En ese sentido, queda claro para el Arbitro Único, que: (i) El incumplimiento contractual por una de las partes, no habilita *per se* la facultad para resolver el CONTRATO, pues será necesario el requerimiento previo de cumplimiento de obligaciones y en caso de persistir dicho incumplimiento, la resolución de contrato queda habilitada; (ii) Cuando se produzca la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora o de otras penalidades consignadas en el contrato o, una situación de incumplimiento irreversible, no será necesario requerir previamente el cumplimiento de obligaciones y; (iii) Que, una vez acaecida la causal de resolución, la resolución del contrato será una facultad de la parte afectada, pudiendo incluso optar por no resolver el contrato.

En ese orden de ideas y de las normas desarrollas, se desprende que la **resolución contractual se enviste de formalidades imperativas** (previos requerimientos), salvo las excepciones que regula el Reglamento.

En ese sentido, se ha comprobado en forma fehacientemente que SENCICO, ha cumplido con el procedimiento de la resolución de contrato, al acreditarse la existencia de "requerimiento previo" mediante la Carta Notarial N° 744-2015/SENCICO-07.05 de fecha 25 de noviembre de 2015.

Respecto al plazo que estable dicho documento "cinco (05) días" es entendido por interpretación del árbitro único, que dicho plazo se encuentra dentro de los alcances del Art. 169 del Reglamento. Verificando el cumplimiento del requerimiento previo para resolver EL CONTRATO, corresponde analizar sobre el incumplimiento de la prestación por parte del Consorcio.

Al respecto y analizando los documentos, se puede apreciar que el Contrato N° 023-A-2014-SENCICO, en su Clausula Quinta DEL PLAZO DE EJECUCION DE LA PRESTACION señala textualmente lo siguiente:

"CLAUSULA QUINTA.- DEL PLAZO DE LA EJECUCION DE LA PRESTACION

El plazo de ejecución del presente contrato es de doscientos (210) días calendarios (07 meses), el que inicia a partir del séptimo día, contados a partir del día siguiente de la firma del contrato y rige hasta que el funcionario competente de la conformidad de la última prestación a cargo de EL CONTRATISTA y se efectúe el pago correspondiente, el citado plazo incluye lo siguiente:

PLAN DE TRABAJO:

EL CONTRATISTA deberá presentar un plan de trabajo en un máximo de 03 días calendario contados a partir del día siguiente de la firma del contrato, a partir de una reunión inicial con el personal del área usuaria del sistema, donde se determinaran los requerimientos iniciales priorizados para el inicio del servicio de mantenimiento.

Definición de las fechas de reuniones de levantamiento de información respecto a los requerimientos iniciales priorizados.

Definición y aprobación del calendario de actividades."

En ese sentido, obra en autos el informe N° 263-2015-07.06 de fecha 14 de agosto de 2015 y el informe N° 463-2015-07.06 de fecha 23 de noviembre de 2015, en dichos informes se establecen que el Consorcio no cumplió con lo estipulado en el contrato, ya que no se ajustaba a la realidad el actual estado del proyecto. El Consorcio absolvio dichos informes mediante la Carta N° 023-ADO-04-2014-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL S.A.S – NEXURA INTERNACIONAL S.A.C. y la Carta N° 026-ADP-04-2015-CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL S.A.S. – NEXURA INTERNACIONAL S.A.C.

Ante estas respuestas por parte del Consorcio con las Cartas Notariales antes mencionadas, no pudo levantar las subsanaciones señaladas en los informes remitidos por SENCICO, más aun si de por medio está presente el Memorando N° 221-2014-07.06 en la cual se indicó que el Consorcio presento el plan de trabajo con posterioridad al plazo establecido en el numeral 6 del Capítulo III de las

Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Mínimos de las Bases Integradas en la ADP N° 004-2014-SENCICO. Es así teniendo en cuenta que el arbitraje es de derecho, importa al árbitro único, la valoración de las pruebas aportadas en el proceso y la aplicación imperativa de los procedimientos que establece la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, por lo tanto se ha demostrado el incumplimiento por parte del Consorcio y el debido procedimiento que ha realizado SENCICO al momento de resolver el Contrato, cumpliendo con lo establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En atención a lo antes expuesto, el Arbitro Único estima pertinente desestimar la pretensión formulada por el CONSORCIO y como consecuencia de ello, declara la eficacia de la Carta N° 744-2015/SENCICO-07.05 y la Carta N° 765-2015/SENCICO-07.05, en las cuales comunican la Resolución del Contrato, al haberse comprobado fehacientemente el incumplimiento por parte del Consorcio.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DISPONER LA VIGENCIA DEL CONTRATO N° 023-2014-SENSICO

En referencia a la resolución de este punto controvertido se aprecia que un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las obligaciones esenciales de la Entidad.

En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.

Por lo tanto de lo resuelto en el anterior punto controvertido el Arbitro Único ha establecido que la resolución del Contrato fue por causas del incumplimiento de obligaciones por parte del Consorcio. Además se debe considerar que de acuerdo al análisis realizado respecto al plazo de ejecución del Contrato, se concluye que la fecha límite para el cumplimiento del objeto del Contrato vencía indefectiblemente el "24.06.15". En ese sentido dentro del plazo aludido el Consorcio se encontraba en la obligación de cumplir su prestación, sin embargo no fue cumplida, es por ello que el requerimiento de parte de SENCICO de fecha 25 de noviembre de 2015 (Carta Notarial N° 744-2015/SENCICO-07.05) en la cual se le otorga al Consorcio el plazo de cinco (05) días calendario para culminar el 100% de la prestación, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Y ante la falta de remediar las observaciones señaladas por SENCICO, el Consorcio no pudo realizarlo. Por lo tanto dentro de lo regulado en el artículo antes mencionado, SENCICO procedió a resolver el Contrato mediante la Carta Notarial N° 765-2015/SENCICO-07.05 de fecha 04 de diciembre de 2015, es así que tiene plena validez y eficacia jurídica y concurre con el incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales por parte del Consorcio, siendo ello así y verificándose el incumplimiento dentro del plazo otorgado por SENCICO; válidamente se encuentra resuelto el CONTRATO N° 023-A-2014-SENCICO referido al "Servicio de Mantenimiento del Sistema de Control de la Contribución del SENCICO".

En atención a lo antes expuesto, el Arbitro Único estima pertinente desestimar la pretensión formulada por el CONSORCIO y como consecuencia de ello, declara la eficacia de la resolución del Contrato N° 023-A-2014-SENCICO referido al "Servicio de Mantenimiento del Sistema de Control de la Contribución del SENCICO".

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO RECONOCER Y ORDENAR A SENCICO, EL PAGO DE LA DEUDA CON EL CONSORCIO, GENERADO POR LA CONTINUIDAD DE LA EJECUCIÓN DEL SERVICIO, CONFORME A LA CARTA N° 319-2015/SENCICO-07.05 DE FECHA 24 DE JUNIO DE 2015.

Que de acuerdo a lo resuelto en los anteriores puntos controvertido se ha establecido el incumplimiento injustificado de obligaciones por parte del Consorcio. En consecuencia de conformidad con el artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, cuando el contratista incumpla las obligaciones a su cargo, la Entidad debe cursarle carta notarial requiriendo el cumplimiento dentro del plazo que otorgue para estos efectos, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Lo cual en el presente caso se ha realizado mediante la Carta Notarial N° 744-2015/SENCICO-07.05, pese al requerimiento de SENCICO, el Consorcio no cumplió con ejecutar las

obligaciones a su cargo, por lo tanto esta resolvió el Contrato cursando la Carta Notarial N° 765-2015/SENCICO-07.05.

Al respecto, es importante señalar que el documento que contiene la decisión de resolver el contrato y el sustento de esta decisión debe ser aprobado por la autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. Ello, por cuanto la resolución del contrato debe sustentarse en las causas objetivas previstas por la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo a la Entidad la fundamentación de la aplicación de alguna de dichas causales al caso específico, a fin de que el contratista tome conocimiento de ello y puede decidir si somete dicha resolución a conciliación o arbitraje. Es así que en el presente caso SENCICO ha cumplido con los presupuestos exigidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones al momento de resolver el contrato por causas imputables al Contratista.

Por lo tanto la resolución del Contrato ha sido de acuerdo a Ley, es así que la Resolución de Contrato por parte de SENCICO resulta eficaz y valido al estar de acuerdo a derecho, es decir cumpliendo con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

En consecuencia al existir incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Contratista, los cuales se han desarrollados en los anteriores puntos controvertidos y al cumplir la entidad con los presupuestos de resolución de Contrato; no cabría algún reconocimiento de algún pago de deuda, en atención a lo antes expuesto, el Arbitro Único estima pertinente desestimar la pretensión formulada por el CONSORCIO.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO RECONOCER Y ORDENAR A SENSICO, UNA INDEMNIZACION DE 200,000.00 NUEVOS SOLES, POR LO DAÑOS GENERADOS.

La responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: una de ellas es la reparación de daños y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así el artículo 1321º del Código Civil señala lo siguiente: "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa libre". Debe tenerse en cuenta que, para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: primero debe existir un contrato válidamente celebrado, el mismo que debe ser eficaz y que, en el presente caso

efectivamente existe. Segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño. Tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.

El Arbitro Único, luego de un análisis de la presente pretensión, ha concluido lo que el CONSORCIO pretende es evidentemente una indemnización por los daños y perjuicios que supuestamente le ocasionó SENCICO por la justificada Resolución del Contrato N° 023-A-2014-SENCICO por causas de incumplimiento de obligaciones que genero el CONSORCIO.

En esa línea, el artículo 1331º del Código Civil, señala lo siguiente: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

Entonces, quien tiene la carga de la prueba según el artículo 1331º del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual.

Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar si se le provocó un daño por alguna inejecución contractual es el Demandante o Contratista.

Por otro lado en el presente proceso arbitral se ha acreditado que existe el incumplimiento de obligaciones por parte del Consorcio, es así que la entidad resolvió el Contrato cumpliendo con el procedimiento establecido en el Artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; entonces la resolución del Contrato ha sido de acuerdo a Ley, es así que la Resolución de Contrato por parte de SENCICO resulta eficaz y valido al estar de acuerdo a derecho.

En ese sentido, el Arbitro Único estima pertinente desestimar la pretensión formulada.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO A LA PARTE VENCIDA DEL ARBITRAJE Y/O SU DISTRIBUCIÓN A LOS LITIGANTES EN PROPORCIONES IGUALES, CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 56 DE LA LEY DE ARBITRAJE.

Que, con relación a este punto controvertido, es pertinente señalar que de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo No 1071, el

Arbitro Único se pronunciará en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal.

De igual manera, el artículo 70 del Decreto Legislativo No 1071, precisa lo siguiente:

“Artículo 70.- Costos

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

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

Por su parte, el inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo No 1071, señala lo siguiente:

“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

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

Dentro de este marco, el Arbitro Único ha apreciado que durante la prosecución del proceso arbitral, ambas partes asumieron los honorarios profesionales del árbitro y secretario arbitral, conforme a la distribución del Acta de Instalación del Árbitro Único y en su oportunidad debida.

En tal sentido, aun cuando el laudo resulta favorable a una de las partes, siendo facultad del Árbitro Único, establecer la condena de costas y costos del proceso, el Árbitro Único estima pertinente disponer que cada parte asuma con los gastos en los que han incurrido en soportar la tramitación del presente proceso arbitral.

CUESTIONES FINALES

Finalmente, estando a los considerandos precedentes y siendo que el Arbitro Único no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y dejando que a través del presente laudo, el Arbitro Único se pronuncia sobre todas las pretensiones formuladas por las partes.

FALLO ARBITRAL:

Por las consideraciones antes expuestas el **ARBITRO UNICO, LAUDA:**

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de caducidad.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la PRIMERA PRETENSION de la demanda, determinada como primer punto controvertido, por lo tanto se declara la eficacia la Carta N° 744-2015/SENCICO-07.05 y la Carta N° 765-2015/SENCICO-07.05 y por RESUELTO el CONTRATO N° 023-A-2014-SENCICO referido al “Servicio de Mantenimiento del Sistema de Control de la Contribución del SENCICO”.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la SEGUNDA PRETENSION de la demanda, determinada como segundo punto controvertido.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la TERCERA PRETENSION de la demanda, determinada como tercer punto controvertido.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la SEPTIMA PRETENSION de la demanda, determinada como quinto punto controvertido.

SEXTO: DISPONER que cada una de las partes asuma los gastos generados en el presente proceso.

PROCESO ARBITRAL AD HOC
CONSORCIO NEXURA INTERNACIONAL S.A.C. Y NEXURA INTERNACIONAL S.A.S.
SERVICIO NACIONAL DE CAPACITACIÓN PARA LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN - SENCICO



RONY SALAZAR MARTINEZ
Árbitro Único