

CARGO

TRIBUNAL ARBITRAL
 EJEMPLAR NO CONFRONTADO CON EL ORIGINAL
 Fecha: 15/01/14 Hora: 3:33pm
RECIBIDO
 NO ES SEÑAL DE CONFORMIDAD

SEC. ARBITRAL: CLAUDIA ELORRIETA
CUADERNO PRINCIPAL

ESCRITO N° 002

SUMILLA: CONTESTACION DE PRETESIONES ADICIONALES

SEÑOR ÁRBITRO ÚNICO JUAN MANUEL FIESTAS CHUNGA:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES, debidamente representada por su Procuradora Pública Municipal **Dra. MARIELA GONZALEZ ESPINOZA**, identificada con DNI N° 09339462, designada mediante Resolución de Alcaldía N° 547-2013-ALC/MM, de fecha 24 de Setiembre de 2013, en el proceso seguido por **CONSORCIO MIRAFLORES**, sobre **OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO y otros**; a usted atentamente digo:

Que, me apersono al presente proceso en mi condición de defensora de los derechos e intereses de la Municipalidad distrital de Miraflores, de acuerdo a lo establecido en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Municipalidades y en concordancia con el artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1068, Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

POR TANTO:

A usted, Señor Arbitro, sírvase tenerme por apersonada al presente proceso.

PRIMER OTROSI DIGO: Que, encontrándonos dentro del plazo concedido por Resolución N° 10 de fecha 18 de noviembre de 2013, al amparo de lo previsto en el Numeral 13 de la Reglas del Proceso Arbitral establecido en el Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 21 de junio del 2013; procedemos a contestar las pretensiones adicionales demandadas; en atención a las consideraciones siguientes:

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

Señor árbitro, atendiendo a lo manifestado en el escrito de acumulación de pretensiones de la demanda, procedemos a contestarla en los términos siguientes:

A. RESPECTO A LA PRETENSIÓN DE INEXIGIBILIDAD E INEJECUTABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

1. Delimitación de la Controversia

Señor árbitro, la demandante alega haber cumplido con levantar oportunamente las observaciones efectuadas por mi representada a los avances del Expediente Técnico, salvo aquellas que no están contempladas en los términos de referencia ni en las bases del contrato, por lo que considera que la resolución del contrato comunicada por la Municipalidad mediante Carta N° 086-2013-GAF/MM de fecha 02 de abril de 2013, deviene en inexigible e inejecutable.

Si bien la demandante no ha precisado cuales son los adicionales, reducciones, ampliaciones y contrataciones complementarias que menciona en su escrito de ampliación de pretensiones, y que supuestamente fueron exigidas por mi representada como pretensiones indispensables para alcanzar la finalidad del contrato; hace referencia a la carta N° 001-2012-OYU-SGOP-GOSP/MM remitida con fecha 26 de octubre de 2013, con la sumilla: *cambios a considerar en el proyecto ampliación del Local de Seguridad Ciudadana de la Avenida Arequipa, Distrito de Miraflores.*

Dicho documento contenía el ANEXO N° 1, que detalla cambios sugeridos por mi representada a efectos de considerar el aprovechamiento al máximo de los espacios disponible en los ambientes, evitar incomodidades al personal, siempre que se respeten las especificaciones técnicas establecidas. Los cambios sugeridos se referían a lo siguiente:

01.- Ampliación del Alero del 04 nivel: (i) medida original del alero: 1.08 x 10.7 metros y (ii) medida requerida: 2.25 x 20.38 metros.

02.- Puntos a considerar en la infra- estructura a realizar: (Internet, teléfono y electricidad): Puntos de electricidad (cableado internos) y video (ducto o canaleta).



Sin embargo, estos cambios se quedaron únicamente en sugerencias pues no se aprobaron adicionales de obra de acuerdo al procedimiento que indica el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 174° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF; por lo que mi representada **no exigió** solo sugirió al contratista se considere realizar algunas modificaciones, lo cual fue rechazado por la misma, y que en definitiva no determinó la resolución del contrato, como expondremos más adelante.

No obstante, no podemos olvidar que el contrato N° 088-2012 celebrado con Consorcio Miraflores era bajo la modalidad de concurso oferta, por lo que de acuerdo a la Opinión N° 028-2011/DTN del OSCE:

"2.1.3 (...)cabe señalar que la Entidad podrá ordenar adicionales durante la elaboración del expediente técnico de las obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, siempre que, en este último caso, dichas prestaciones adicionales no modifiquen el alcance de la obra de tal manera que se afecte el monto ofertado por el postor para su ejecución, pues lo contrario implicaría desconocer la naturaleza singular de esta modalidad de ejecución contractual¹ y los alcances de la oferta del postor, además de evidenciar una deficiente determinación del requerimiento, el cual se pretendería subsanar en una oportunidad que no corresponde, e, inclusive, cuando se trate de proyectos de inversión pública, modificar las condiciones que motivaron la declaración de viabilidad por parte del Sistema Nacional de Inversión Pública².

¹ Resulta importante recordar que, de acuerdo con el artículo 40° del Reglamento, para convocar un proceso bajo el sistema de suma alzada, como es el caso de los concurso oferta, las magnitudes y calidades de la prestación deben estar definidas.

² Decreto Supremo N.º 102-2007-2008:

"Artículo 11.- Declaración de viabilidad.-

11.1. La viabilidad de un proyecto es requisito previo a la fase de inversión. Sólo puede ser declarada expresamente, por el órgano que posee tal facultad. Se aplica a un Proyecto de Inversión Pública que a través de sus estudios de preinversión ha evidenciado ser socialmente rentable, sostenible y compatible con los Lineamientos de Política. En ese sentido, la declaración de viabilidad de un proyecto solamente podrá otorgarse, si éste cumple con los requisitos técnicos y legales establecidos por la normatividad del Sistema Nacional de Inversión Pública.

11.2. Dicha declaración obliga a la Unidad Ejecutora a ceñirse a los parámetros bajo los cuales fue otorgada la viabilidad para disponer y/o elaborar los estudios definitivos y para la ejecución del Proyecto de Inversión Pública, bajo responsabilidad de la autoridad que apruebe dichos estudios y del responsable de la Unidad Ejecutora. Asimismo, la declaración de viabilidad obliga a la Entidad a cargo de la operación del proyecto, al mantenimiento de acuerdo a los estándares y parámetros aprobados en el estudio que sustenta la declaración de viabilidad del Proyecto y a realizar las demás acciones necesarias para la sostenibilidad del mismo.

Artículo 13.- Seguimiento

13.1. La Dirección General de Programación Multianual del Sector Público y las Oficinas de Programación e Inversiones se encuentran facultadas para realizar coordinadamente el seguimiento físico y financiero de los Proyectos de Inversión Pública.



(...)

Esto no perjudica que la Entidad pueda ordenar en la etapa de elaboración del expediente técnico prestaciones adicionales relacionadas exclusivamente con los servicios involucrados en el contrato (elaboración del expediente técnico)."

Consecuentemente, la pretensión de inexigibilidad e inejecutabilidad de la Resolución del Contrato N° 088-2012 de fecha 03 de setiembre de 2012, en principio, solo podrá sustentarse si es que Consorcio Miraflores demuestra que el contrato se resolvió por la exigencia de prestaciones adicionales antes de la aprobación del expediente técnico, distintas a las contenidas en el perfil del contrato que equivalgan a un monto superior al monto ofertado por el postor para su ejecución.

2. Condiciones legalmente exigibles

De acuerdo a lo establecido por el artículo 35° del Decreto Legislativo 1017, una vez celebrado el contrato, las partes deben respetar lo establecido por las bases con las modificaciones aprobadas por la entidad durante el proceso de selección. Asimismo, el artículo 29 del mismo cuerpo legal señala que la elaboración de las bases recogerá lo establecido en la Ley de Contrataciones y su reglamento, y otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección, las que serán de obligatoria aplicación.

En el presente caso se celebró el Contrato N° 088-2012 de fecha 03 de setiembre de 2012 para la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de Obra: "Ampliación del Local de Seguridad Ciudadana de la Avenida Arequipa, Distrito de Miraflores- Lima-Lima", estableciendo entre otros lo siguiente:

- *Cláusula Segunda.* Establece que el monto contractual es de S/. 1'693,998.00 Nuevos Soles, monto que comprende la mano de obra y cumplimiento de la normativa laboral, pagos a entidades de seguridad

13.2. Las Unidades Ejecutoras deben informar a la Oficina de Programación e Inversiones que evaluó el proyecto y a la Dirección General de Programación Multianual del Sector Público, cuando corresponda, cualquier modificación del Proyecto durante la fase de Inversión, que pudiera afectar su viabilidad."

social, Sencico, costo de equipos, maquinarias, herramientas, materiales, fletes, seguros e impuestos; protección y mantenimiento de la obra durante el período de construcción y hasta la entrega de la misma, dirección técnica, gastos generales, utilidad y todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la obra hasta su total terminación y entrega.

- *Cláusula Cuarta.* Establece que las partes integrantes del contrato están conformadas por las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes, además de la garantía de fiel cumplimiento mediante Carta Fianza N° 3117-2012/FG, por el monto total de S/. 169,399.80 (Ciento sesenta y nueve mil trescientos noventa y nueve con 80/100 Nuevos Soles) equivalente al 10% de su propuesta económica, con vigencia al 27 de febrero de 2013.
- *Cláusula Quinta.* Estableció que la vigencia del contrato será a partir del día siguiente de la suscripción del mismo hasta el consentimiento de la liquidación final de la obra, iniciado a partir que se cumplan las condiciones establecidas en el numeral 2 del artículo 4° y el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, entre los cuales se encuentra la entrega del terreno, el mismo que se efectuó el 12 de octubre de 2012. Por ello, resulta un hecho indiscutible que el cronograma de actividades ejecutado y proyectado para la primera etapa del contrato, se inició al día siguiente de la entrega del terreno, esto es, desde el 13 de octubre del 2012.
- *Cláusula Décima.* Estableció que el plazo total del contrato es de 120 días calendario, de los cuales la elaboración del Expediente Técnico debía cumplirse en 30 días calendario, es decir, el 12 de noviembre del 2012 primer día hábil siguiente a la fecha de vencimiento.

Asimismo, al ser los Términos de Referencia parte integrante del Contrato, corresponde acotar que el Literal D) del numeral 1.2 de los Términos de Referencia se estableció un cronograma para la presentación del Expediente Técnico, de acuerdo al siguiente detalle:



Informe de Avance	Expediente Técnico
A los 15 días calendario	A los 30 días calendario

1. Informe único.- Será presentado a los QUINCE (15) días calendario de iniciados el plazo contractual, incluyendo el avance del estudio que incluya la descripción de la problemática y los estudios básicos tal como se indica:

Estudios a presentar	Estado
Arquitectura y Urbanismo	Completo
Anteproyecto de Diseño	Completo
Estudios Geotécnicos	Avance
Diseño de Elementos Estructurales	Avance
Estudio de Mercado	Avance
Partidas a ser utilizadas en el proyecto	Avance

Partiendo que el plazo contractual inicio el 13 de octubre, los estudios de arquitectura y Urbanismo así como el anteproyecto de diseño debieron haberse concluido el sábado 27 de octubre, debiendo por tanto presentarlo el primer día hábil siguiente, que en dicho año recayó el día 29 de octubre.

2. Expediente Técnico.-

Estudios a presentar	A los 30 días calendario
Expediente Técnico (según ítem C)	Completo

Atendiendo a lo manifestado, el plazo para la presentación del expediente Técnico estaba programado para el día 13 de noviembre del 2012.

Sin embargo, el informe de avance por parte del contratista se presentó el 30 de octubre, esto es, un día después al establecido en las bases; y al 13 de noviembre del 2012 el contratista NO CUMPLIÓ CON PRESENTAR EL EXPEDIENTE TÉCNICO COMPLETO; evidenciándose un incumplimiento contractual imputable al contratista.



Señor árbitro, pese a que la contratista se encontraba fuera de plazo, mi representada procedió a remitir comunicaciones para levantar determinadas observaciones, pero que en estricto, no afectaban el plazo contractual ni el incumplimiento por parte del CONSORCIO MIRAFLORES; como se aprecia en el Informe Técnico N° 3797-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 23 de noviembre del 2012 elaborado por el Supervisor de Obra, por medio del cual se pone a conocimiento el detalle del cronograma de actividades ejecutado y proyectado para la primera etapa del contrato, conforme se aprecia:

- 1er Avance- Consorcio Miraflores: 29 de octubre del 2012
- 1er Informe de Observaciones Técnicas-Supervisión: 13 de noviembre del 2012, recepcionado por Consorcio Miraflores el 15 de noviembre de 2012.
- 2do Informe de Avance- Consorcio Miraflores: 21 de noviembre del 2012.
- 2do Informe de Observaciones Técnicas- Supervisión: 27 de noviembre del 2012, recepcionado por Consorcio Miraflores el 28 de noviembre de 2012
- Presentación de Expediente Técnico completo: 11 de diciembre del 2012

Es decir, señor árbitro, resulta manifiesta la buena fe de mi representada al no resolver de manera inmediata el contrato, puesto que la finalidad era la conclusión del expediente técnico, que de acuerdo a lo proyectado por el Supervisor, era hasta el 11 de diciembre de 2012.

3. Incumplimiento contractual imputable al Consorcio Miraflores

Sin perjuicio que la contratista se encontraba fuera del plazo para presentar el expediente técnico, mi representada realizó observaciones al informe de avance presentado el 30 de octubre de 2012, conforme a lo establecido en las bases, términos de referencia del contrato y el Reglamento Nacional de Edificaciones, norma técnica obligatoria a nivel nacional.

En ese sentido, de los documentos que obran en nuestro escrito de contestación de fecha 16 de agosto del 2013, se aprecia que las observaciones versaron sobre lo siguiente:



- a) Mediante Carta N° 475-2012-SGOP-GSOP/MM recepcionado con fecha 15 de noviembre del 2012, se remitió el Informe N° 3629-2012-OYU/SGOSP-GOSP/MM con las observaciones al primer avance, referidas entre otros, a las deficiencias en los estudios arquitectónicos y de diseño, que debieron ser presentados en forma completa el 29 de octubre.

Dichas observaciones no versaban en manera total por la ampliación del Alero del 04 nivel ni por la infra- estructura a realizar respecto a Internet, teléfono y electricidad ni a los Puntos de electricidad (cableado internos) y video (ducto o canaleta) contenidos en la Carta N° 001-2012-OYU-SGOP-GOSP/MM; sino sobre aspectos contemplados en el Capítulo III de los términos de referencia del contrato y en el Reglamento Nacional de Edificaciones. Si bien dicho documento considera puntos complementarios como el ascensor, kitchenette, y la elevación del techo del 4to nivel, estos no fueron aprobados como adicionales de obra ni tampoco correspondía que fueran observados por el contratista al encontrarse fuera de plazo contractual. Pese a ello, dicha parte remite la Carta N° 09-2012-CVONSORCIO MIRAFLORES, sin levantar las observaciones acotadas.

- b) Mediante Carta N° 501-2012-SGOP-GOSP/MM de fecha 28 de noviembre del 2012 y recepcionada por la demandante el 30 de noviembre del 2012, se comunicó el 2do Informe de Observaciones al avance del Expediente Técnico, contenido en el Informe N° 3830-2012/OYU-SGOP/GOSP/MM de fecha 28 de noviembre de 2012; el cual fue subsanado parcialmente por la demandante mediante Carta N° 10-2012-CONSORCIO MIRAFLORES de fecha 03 de diciembre del 2012.

El informe del Supervisor precisa que no se ha cumplido con levantar las observaciones del primer informe, las cuales son implícitas al desarrollo arquitectónico para este tipo de proyectos, conforme a los términos de referencia del Contrato. Asimismo, agrega que el contratista no adjuntó la totalidad de los documentos solicitados en las bases de licitación (ítem 1:2



D) tales como: el anteproyecto del diseño (incompleto), diseño estructural (incompleto), y las partidas a ser utilizadas en el proyecto en función a las especialidades; las mismas que debieron haberse completado al 29 de octubre de 2012.

- c) Mediante Carta N° 509-2012-SGOP-GOSP/MM de fecha 06 de diciembre y recepcionada el 07 de diciembre del 2012, se puso en conocimiento de la demandante que NUEVAMENTE el proyecto de obra se encontraba observado, requiriéndoles que cumplan con levantar las observaciones técnicas en forma global mas no parcialmente.

En efecto, el Informe N° 3909-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 05 de diciembre del 2012, reitera que falta adjuntar la totalidad de los documentos señalados en las Bases de la Licitación y levantar las observaciones señaladas en los informes anteriores; precisando que NO se recibirán nuevos informes, puesto que estos, solo dilatan la entrega final del Expediente Técnico.

Como quiera que la contratista ya se encontraba fuera de plazo contractual, en lugar de presentar el Expediente Técnico completo y definitivo en la fecha dispuesta por mi representada (11 de diciembre del 2012); presentó mediante Carta N° 05-2013-CONSORCIO MIRAFLORES de fecha 31 de enero del 2013, el levantamiento a las observaciones técnicas, nuevamente respecto al 2do Informe; por lo que resulta evidente entonces, que la demandante se encontraba FUERA DEL PLAZO PARA CULMINAR EL EXPEDIENTE TÉCNICO, y por tanto habría incurrido en la causal de incumplimiento de contrato.

No obstante, es menester señalar que este último informe de la contratista tampoco absolvió las observaciones técnicas señaladas anteriormente. Tanto es así que en el Informe Técnico N° 438-2013-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 06 de febrero del 2013, el Supervisor precisa que a dicha fecha el plazo para ejecutar la primera etapa había vencido, y que aún existen



planos faltantes, diseño estructural, estudio de mercado y relación de partidas.

d) Posteriormente, se elaboró el Informe Técnico N° 558-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 22 de febrero del 2013, donde se deja constancia que el avance del Expediente Técnico presentado por la demandante, no contiene todos los componentes solicitados en la primera fase del proyecto ni están técnicamente bien sustentados, lo cual según indica, demuestra que los proyectistas no tienen la capacidad para ejecutar este tipo de proyectos, puesto que no se cumplió con presentar por ejemplo:

- Ejemplar del Estudio de Mercado (Capítulo III, Ítem C y Volumen IA de los Términos de Referencia)
- Los diseños estructurales se inician con el metrado de cargas, memoria de cálculos, etc, los cuales no se encuentran en el último informe de levantamiento de observaciones (Capítulo III: ítem 1.2: 3, 5 y 7 de los Términos de Referencia).
- Los planos de vigas no indican los métodos de programas usados para los cálculos (Capítulo III: Ítem C y Volumen IB de los Términos de Referencia).
- Los reforzamientos que plantean desde la primera planta no adjuntan las justificaciones del uso de determinadas técnicas. (Capítulo III: Ítem C de los Términos de Referencia).

(*)Adicionalmente, los puntos observados rigen en todo proyecto de ingeniería según el Reglamento Nacional de Edificaciones.

Consecuentemente, atendiendo que habían transcurrido más de 100 días desde el inicio del Contrato sin que el Expediente Técnico haya sido aprobado, por causa imputable al contratista, se cursó la Carta Notarial N° 021-SGLCP-GAF/MM de fecha 22 de febrero del 2013, requiriéndoles que en un plazo de quince (15) días calendario, cumplan con subsanar las observaciones descritas en el Informe Técnico N° 558-CECL-SGOP-GOSP/MM, conforme a lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobada por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.



- e) Mediante Informe Técnico N° 817-2013-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 18 de marzo del 2013, el Supervisor informa que persiste el incumplimiento en el levantamiento de las observaciones del proyecto, referido netamente a las bases y al perfil del proyecto, incumpliendo con subsanar las observaciones comunicadas mediante Carta N° 049-2013-SGOP/GOSP/MM (Informe Técnico N° 438-CECL-SGOP-GOSP/MM), referidas al: Resumen Ejecutivo, Estudio de Impacto Ambiental, Estudio de Mercado, Memoria de Cálculos de Diseños, Planilla de Metrados, Análisis de precios unitarios, Presupuestos, Cronogramas de Ejecución, entre otros.
- f) Que, estando que el plazo contractual había vencido por más de 128 días, sin que la demandante haya cumplido con presentar debidamente el Expediente Técnico, conforme a los requisitos señalados en las Bases y en los Términos de Referencia, se procedió a cursar la carta Notarial N° 086-2013-GAF/MM de fecha 02 de abril del 2013, **RESOLVIENDO EL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES**, en aplicación de la cláusula décimo sexta del Contrato N° 088-2012; del inciso c) del artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1017; y del inciso 1) del artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.



Señor Árbitro, no se trata pues, como pretende hacer creer la demandante, de observaciones correspondientes a adicionales de obra, o de requerimientos que no se encuentren contempladas en las Bases; sino estrictamente de un incumplimiento contractual atribuible a la contratista, quien no solo no cumplió con presentar el Expediente Técnico completo al 13 de noviembre del 2012, sino que incumplió con levantar las observaciones que posteriormente mi representada efectuó por el incumplimiento de requisitos contractualmente exigibles para la aprobación final del Expediente Técnico (sustentados en las Bases y Términos de Referencia), que de no haberse exigido causarían un perjuicio a nuestra entidad, porque pueden producir fallas en la estructura del inmueble, entre otras consecuencias de mayor envergadura.

Por lo expuesto, la demandante no ha podido probar los siguientes hechos:

- (i) El cumplimiento del plazo contractual para la presentación del Expediente Técnico.
- (ii) Que mi representada haya exigido el cumplimiento de adicionales de obra, determinantes a la finalidad del contrato, antes de la aprobación del Expediente Técnico.
- (iii) Que los adicionales de obra hayan variado el valor de la obra ofertada por la contratista.

Por tanto, señor Árbitro, la pretensión respecto a al inexigibilidad e inejecutabilidad del contrato debe ser declarada INFUNDADA, por no encontrarse acorde a derecho.

B. RESPECTO A LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA POR LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE

1. En principio, debe tener presente que nuestro ordenamiento civil define el lucro cesante como la ganancia que se haya dejado de obtener por consecuencia del hecho del que se es responsable, esto es, es la pérdida de un incremento patrimonial neto que se haya dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento contractual por el deudor o bien del acto ilícito que se imputa a un tercero.

La prueba de la pretensión del lucro cesante no está referida a un hecho acontecido sino a un hecho que podría haber acontecido y que no se produjo; de ello se derivará una consecuencia esencial: el objeto de la prueba no podrá ser nunca de forma directa la propia ganancia frustrada sino otros hechos que sean indicativos de que la misma se habría realmente producido. Para ello, la carga de la acreditación del lucro le corresponde al que lo reclama, al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión.

Por otro lado, se entiende por daño emergente la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, esto es, es el egreso patrimonial que la parte alega haber sufrido por causa de la resolución del contrato N° 088-2012. Por



consiguiente, para poder hablar de responsabilidad civil contractual, es preciso que la parte demandada demuestre el daño que fue causado.

En el presente caso, el demandante afirma que mi representada le exigió para la aprobación del expediente técnico, incluya ítems que no se encontraban especificados en el contrato, en las bases ni en los términos de referencia; sin embargo, como bien hemos expuesto líneas arriba, dichas afirmaciones resultan ser falsas, mas aun porque el incumplimiento contractual es atribuible al propio demandante.

2. Nuestra jurisprudencia establece que para que haya daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputado al deudor, sino que éste produzca un perjuicio a quien lo alega (Exp. N° 1026-95-Lima). El perjuicio como condición principal y obligatoria a toda pretensión indemnizatoria, es inexistente en el presente caso, puesto que no se ha ACREDITADO Y DETERMINADO EL DAÑO con ningún medio probatorio, no siendo suficiente para tal fin, la simple invocación del concepto de indemnización por daños y perjuicios.



La parte demandante simplemente se limita a plantear que debe pagársele el monto de S/.60,830.00 (Sesenta mil ochocientos treinta con 00/100 Nuevos Soles), por lucro cesante y s/. 35,000.00 (Treinta y cinco mil con 00/100 Nuevos Soles) por daño emergente; sin explicar, ni sustentar y menos aún probar, cómo se ha producido el daño, y que éste daño resulte atribuible a mi representada.

3. No puede escapar a su criterio entonces, que el contrato no se resolvió por la exigencia de requerir información no contemplada en las partes integrantes del contrato, sino por la consecuencia derivada del incumplimiento de la demandante de presentar dentro de los plazos legales, el avance y el expediente técnico completo, al dejar de levantar adecuadamente las observaciones elevadas comunicadas por mi representada. Consecuentemente, de acuerdo a lo señalado en el

Artículo 1327° del Código Civil, aplicable supletoriamente, "El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario".

4. Señor árbitro, teniendo en cuenta que el demandante no ha cumplido con acreditar de modo fehaciente ninguno de los extremos de su pretensión indemnizatoria, a través del ofrecimiento y actuación de los medios probatorios idóneos; no corresponde que solicite el pago de la indemnización por incumplimiento de obligaciones que reclama, pues no está probada la materialización, ni la cuantificación del supuesto daño que alega.

Sobre el particular, resulta pertinente señalar que el Artículo 188° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, refiriéndose a los medios probatorios, establece lo siguiente:

"Artículo 188.- Finalidad.-

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones."

Agrega el Artículo 200° del precitado Cuerpo Normativo, lo siguiente:

"Artículo 200.- Improbanza de la pretensión.-

Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada."

Es decir, según los precitados dispositivos legales, desde el punto de vista procesal resulta obligatorio probar los hechos que alegan las partes a través de los medios probatorios. Por tal motivo, atendiendo que no existe ningún nexo causal que vincule a mi representada con la pretensión indemnizatoria incoada y al no producir certeza los hechos que sustentan la pretensión, su demanda debe insoslayablemente ser declarada infundada.



C. RESPECTO A LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA POR GASTOS FINANCIEROS

Que, es importante mencionar que ninguno de los cambios sugeridos por medio de la Carta N° 001-2012-OYU-SGOP-GOSP/MM remitida con fecha 26 de octubre de 2013, ha tenido una significancia tal que implique la afectación de la finalidad del contrato ni del monto ofertado por el contratista. En efecto, dichos cambios únicamente fueron sugeridos, y no determinaron en ningún caso, la demora o incumplimiento del demandante para presentar el avance del expediente técnico, que incluía los estudios de arquitectura y Urbanismo, y los estudios de diseño COMPLETOS, que no fueron presentados. Asimismo, tampoco determinaron el incumplimiento de la presentación el expediente técnico completo al 13 de noviembre del 2012, ya que es evidente con los medios de prueba aportados en autos, que este no se presentó por deficiencias en la elaboración del mismo por parte del contratista.

En ese sentido, la Garantía de fiel cumplimiento es un requisito indispensable para garantizar la ejecución del contrato, la cual será renovada hasta la liquidación final de la obra. Como en el presente caso se resolvió el contrato por causa imputable al contratista, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala:

"2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado (...)"

Por los hechos expuestos, corresponde que en aplicación de las normas incoadas, se declare INFUNDADA la presente pretensión.



D. RESPECTO A LA PRETENSIÓN DEL PAGO DE COSTAS Y COSTOS ARBITRALES

Señor árbitro, en el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de las costas y costos del arbitraje; no obstante, considerando los hechos expuestos, y que mi representada actuó conforme a derecho, al comunicar la resolución del contrato por el incumplimiento tardío o defectuoso del expediente técnico por parte de la demandante CONSORCIO MIRAFLORES, corresponde que la presente pretensión se declare INFUNDADA.

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA CONTESTACIÓN:

Señor Presidente, además de las disposiciones invocadas en la presente contestación, amparamos nuestra contestación en los siguientes dispositivos legales:

2.1. Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

- Señor Árbitro, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento señalan taxativamente los casos por los cuales es procedente reconocer el pago de los gastos generales; para dicho efecto, pasamos a exponer que requisitos ha incumplido la demandante y por lo cual no es procedente su pretensión:

a) Artículo 174 del Reglamento.-

"Para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determinará por acuerdo entre las partes.

Igualmente, podrá disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.



En caso de adicionales o reducciones, el contratista aumentará o reducirá de forma proporcional las garantías que hubiere otorgado, respectivamente.

Los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deberán ser comunicados por la Entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública."

b) Artículo 169 del Reglamento.- 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 sofisticación 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..."

c) El OSCE ha publicado la **OPINIÓN N° 028-2011/DTN**, en el cual, opina lo siguiente:

"Podrá ordenarse prestaciones adicionales durante la elaboración del



expediente técnico de las obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, siempre que dichas prestaciones adicionales no modifiquen el alcance de la obra de tal manera que se afecte el monto ofertado por el poster para su ejecución. Asimismo, una vez elaborado el expediente técnico definitivo y ante situaciones imprevistas no contempladas en el proyecto, podrá ordenarse prestaciones adicionales si se advierte que el contratista debe ejecutar en la obra menores o mayores prestaciones a las proyectadas, con las limitaciones impuestas por la Ley(...)"

- Asimismo es pertinente señalar que la Municipalidad de Miraflores ha seguido el procedimiento para resolver el contrato, basado en el incumplimiento injustificado del contratista, como se aprecia:

Artículo 168.- 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.

Artículo 169.- 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 la satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

2.2. **Código Civil, aplicable de manera supletoria:**

Artículo 188.- Finalidad



Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Artículo 200.- Improbanza de la pretensión

Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

Artículo 1985°.- Contenido de la Indemnización

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (...)"

III. MEDIOS PROBATORIOS DE LA CONTESTACIÓN:

Señor Árbitro, ofrecemos como medios probatorios

1. El mérito del escrito de demanda y sus anexos de fecha 05 de julio de 2013
2. El mérito del escrito de ampliación de pretensiones del demandante y sus anexos.
3. El mérito del escrito de contestación de la demanda de fecha 16 de agosto del 2013 y sus anexos.

POR TANTO:

A usted, señor Árbitro, pido tener por contestada la ampliación de pretensiones, tramitarla de acuerdo a ley; y oportunamente declarar infundada la demanda en todos sus extremos.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Acompaño al presente, 1) copia de la Resolución de Alcaldía Nro. 547-2013-ALC/MM, de fecha 24 de Setiembre de 2013, mediante la cual se designa a la Procuradora Pública; 2) copia simple del DNI de la suscrita, y 3) CD conteniendo la información del escrito de contestación a la ampliación de pretensiones de la demanda.



TERCER OTROSÍ DIGO: Que, en uso de las facultades conferidas por el Numeral 5 del Artículo 37° del Reglamento del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N° 1068, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2008-JUS; **RATIFICO LA DELEGACIÓN DE REPRESENTACIÓN** a los abogados Olga Adriana Pérez Uceda, José Epímaco Ventura Salazar, Karla Margot Astudillo Maguiña, Luis Orlando Ayala Lizano y Janet Rosario Espinoza Mejía, y **AMPLIO** respecto a la Dra. Raquel Francisca de la Cruz Costa; a efectos que conjunta o indistintamente asistan y/o participen en las diligencias que resulten necesarias, ejerciendo todo acto procesal necesario para la defensa de los derechos e intereses de mi representada.

Lima, 14 de enero de 2014

 **MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES**
MARIELA GONZALEZ ESPINOZA
Procuradora Pública Municipal
Reg. CAL 22917