

TRIBUNAL ARBITRAL
RECIBIDO

11 FEB 2015

SECRETARIO: *Milagros Choe Ca P.*
CUADERNO CAUTELAR
SUMILLA: ABSUELVE TRASLADO

Hora: *04:30pm* Firma: *Guad*
~~SEÑORES ARBITROS DEL TRIBUNAL~~ TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES, debidamente representada por su Procurador Público Municipal (E) **FRANKLIN FLORES DOMÍNGUEZ**, designado mediante Resolución de Alcaldía N° 062-2015-A/MM de fecha 29 de enero de 2015, en los seguidos por **JMK CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.**; sobre **NULIDAD DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO y otros**; a usted atentamente digo:

Que, dentro del plazo otorgado en la Resolución N° 01 de fecha 30 de enero del presente año; **absolvemos el traslado de la solicitud cautelar**; en atención a las consideraciones siguientes:

1. La empresa JMK Contratistas Generales S.A. solicita se admita la medida cautelar de no innovar para que la Municipalidad de Miraflores no ejecute la Carta de Fiel cumplimiento producto de la Resolución del Contrato N° 063-2013, aduciendo como verosimilitud del derecho que la resolución del contrato por parte de mi representada es injustificada y que el peligro en la demora sería un supuesto actuar indebido de mi representada en la emisión de actos administrativos.
2. En principio, cabe señalar que el artículo 687 del Código Procesal Civil, establece que la medida cautelar de prohibición de innovar es de carácter excepcional y tiene por objeto mantener el statu quo de hecho o de derecho existente ante la inminencia de un perjuicio irreparable. Para proteger este objeto se requiere de una repotenciación de la verosimilitud del derecho pues se exige la casi certeza del derecho, grado superior al de la simple verosimilitud; además, el peticionante debe probar el peligro en la demora, ofrecer contracautela y, con exigencia exclusiva, probar la irreparabilidad del perjuicio. En ese sentido, la solicitud cautelar será improcedente si no llega a demostrar de manera fehaciente la existencia de hechos determinantes que perturben la situación de hecho actual, basados en medios probatorios suficientes e idóneos y no simplemente en suposiciones sustentadas en dichos de parte.

3. Señores Árbitros, la verosimilitud en el derecho es una fórmula clásica empleada para acreditar la certeza de que el derecho que se reclama o invoca existe, es real, legal y jurídicamente posible. No deben admitirse dudas en la conclusión del razonamiento, pues de ocurrir ello no concurriría el convencimiento y por tanto, tampoco la certeza.

Un primer factor que podemos identificar para su apreciación, es la base legal del derecho invocado; debe ser aquella que obligue a una determinada actuación, que en este caso se materializa en el artículo 164 inciso 2) del Reglamento, por el cual se impide que la garantía de fiel cumplimiento se ejecute antes de que la controversia de la resolución del contrato se resuelva.

Otro factor identificable, es la confirmación de la alteración del orden natural del derecho invocado, a través de la prueba aportada. Al efecto, la instrumentalidad de la medida cautelar requiere que el derecho se encuentre sustentado documentariamente en títulos ciertos o instrumentos que siendo válidos y legales, acrediten dos cosas: el título que alega el peticionante y que es supuesto de derecho; y la constancia del acto que altera el estado natural del derecho proveniente de dicho título.

Finalmente, otro factor a tomar en cuenta, es la concreción del daño aparente ocurrido; esto es, que sea identificable de manera concreta y directa. No debemos dejar de tener en cuenta, que las medidas cautelares son concretas y obedecen por su naturaleza jurídica al establecimiento de un estado de situaciones debidamente determinado, que sea identificable y realizable.

4. Al respecto, la empresa JMK Contratistas Generales S.A. ha referido que la Municipalidad de Miraflores ha cometido irregularidades en el proceso, citando como ejemplo las últimas anotaciones del cuaderno de obra realizadas por la Supervisión de Obra después de la certificación notarial del 27.06.14, hecho que según ellos, sería una conducta de mala fe que podría repetirse y perjudicarlos con la ejecución de la Carta de Fiel Cumplimiento que obra en custodia de la Subgerencia de Contabilidad y

Finanzas de mi representada. Sin embargo, hemos absuelto oportunamente en nuestro escrito de fecha 04.02.15, que las anotaciones posteriores a la certificación notarial referida responden a la reciente entrega del cuaderno de obra por parte de la contratista (01.07.14) quien se negó en reiteradas oportunidades a permitir que el Supervisor anote las ocurrencias de la obra, como ha quedado plenamente probado en autos.

Es decir, la supuesta inconducta no resulta atribuible a mi representada sino directamente a la contratista, quien omitió la obligación contenida en el artículo 194 del Reglamento de la Ley de Contrataciones por el cual se establece que:

"El original de dicho cuaderno debe permanecer en la obra, bajo custodia del residente, no pudiendo impedirse el acceso al mismo.

Si el contratista no permite el acceso al cuaderno de obra al inspector o supervisor, impidiéndole anotar las ocurrencias, será causal de aplicación de multa del cinco por mil (5/1000) del monto de la valorización por cada día de dicho impedimento.

Concluida la ejecución de la obra, el original quedará en poder de la Entidad". (El subrayado es nuestro)

5. Asimismo, los demás argumentos de verosimilitud del derecho alegados por el solicitante son los siguientes:
- a. Desestiman que el 28.02.14 es la fecha de culminación de obra, pese a que ha sido confirmada por Laudo Arbitral notificado con fecha 21.01.15. Para ellos es el 21.03.14.
 - b. Partiendo de lo anterior, no reconocen que el último día para subsanar las observaciones vencía el 03.06.14 sino que consideran es el 07.06.14.
 - c. Aducen que el Supervisor de obra se ausentó desde el 23.05.14 porque según afirman "tenía otro contrato en otra obra y sus prestaciones para la obra de Miraflores, estaba sujeto a su disponibilidad".
 - d. Consideran que la interposición de la Tacha contra las anotaciones efectuadas por el Supervisor después de la remisión del cuaderno de obra es un medio de prueba suficiente para determinar una ilegalidad de parte de la Municipalidad de Miraflores.

e. Niegan y se oponen a las observaciones contenidas en el Acta de Recepción de Obra con Observaciones realizada el 14.04.14

Es evidente que estos argumentos se refieren a tratar de desvirtuar los hechos que derivaron a la resolución del contrato por falta de levantamiento de las observaciones y por haber incurrido en el máximo de penalidades, pero no prueban una supuesta conducta de la Municipalidad de Miraflores que derive en la posibilidad que se ejecute de manera inminente la carta de garantía de manera irregular y antes que se resuelva el presente arbitraje.

Es así que la verosimilitud del derecho no se puede probar con alegaciones de fondo de la controversia principal y de la tacha ya que aún se encuentran pendientes de resolver, lo que en otras palabras significa que aún no se ha determinado la veracidad de sus alegaciones ni probado su derecho.

6. Contrariamente a lo manifestado por el peticionante, mi representada ha protegido la "situación de hecho" al negar la solicitud de ampliaciones de plazo y el pago de mayores costos a la Supervisión a la espera del Laudo Arbitral del presente proceso, lo que ha derivado en un arbitraje de derecho actualmente en trámite con Exp. 1657-2014.

En efecto, mediante Carta N° 21-2014-GOSP/MM de fecha 19.08.14 contestamos el apercibimiento de resolución del Contrato N° 085-2013 por parte del Consorcio Superior Maukayata, precisando que ninguna de las solicitudes antes mencionadas ha cumplido el procedimiento establecido en los artículos 175 y 191 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Consecuentemente, se resolvió el contrato y con fecha 17.12.2014 la Supervisión interpuso reconvención a nuestra demanda arbitral, solicitando entre otros, se reconozca el pago de mayores costos de supervisión después del vencimiento del contrato de obra (28.02.14).

Como es de su conocimiento, el artículo 192° del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala que "En caso de atrasos en la ejecución de la obra

por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso producirá una extensión de los servicios de inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista de la ejecución de obra asumirá el pago del monto equivalente al de los servicios indicados, lo que se hará efectivo deduciendo dicho monto de la liquidación del contrato de ejecución de obra. Durante la ejecución de la obra dicho costo será asumido por la Entidad". (El subrayado es nuestro)

Por tanto, resulta evidente que si hubiéramos tenido la intención de realizar alguna actuación irregular que perjudique a la empresa solicitante no estaríamos en un proceso arbitral con el Consorcio Superior Maukayata quien solicita un pago que solo se podría descontar de la liquidación de obra una vez resuelto la controversia del presente proceso, y que en el peor de los casos se pagaría con el monto de la Carta Fianza, de corresponder.

6. Nuestro accionar es concordante con el artículo 164 inciso 2) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por el cual **"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" (El resaltado es nuestro)

Esta exigencia legal IMPIDE que la Entidad ejecute la garantía de fiel cumplimiento antes que la resolución del contrato se encuentre consentida y/o antes que el Tribunal Arbitral resuelva las controversias del presente arbitraje derivadas de la resolución del contrato antes señalado, por lo que no existe prueba alguna que demuestre que mi representada actúe en contra de la normativa existente en detrimento del solicitante.

A mayor abundamiento, la Subgerencia de Logística y Control Patrimonial emitió el Informe N° 117-2015-SGLCP-GAF/MM de fecha 11 de febrero último, aclarando que no se han configurado ninguno de los supuestos señalados en el artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones razón por cual la Municipalidad de Miraflores **NO HA SOLICITADO LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO**, manifestación que pone en evidencia nuestro respeto por el ordenamiento jurídico nacional.

7. En ese sentido, la empresa JMK Contratistas Generales S.A. no ha probado la verosimilitud del derecho invocado por lo que su solicitud cautelar debe ser declarada improcedente. De igual manera, el peligro en la demora no resulta admisible ya que no existe urgencia de evitar que mi representada cometa un accionar que por ley se encuentra prohibido y que como hemos demostrado, no se sustentan en pruebas de que se vaya a ejecutar sino hasta después de expedido el Laudo Arbitral del presente proceso.
8. El solicitante tampoco ha demostrado que exista razonabilidad para admitir una medida cautelar de no innovar sin pruebas idóneas que sustenten un supuesto accionar indebido, lo que en suma desvirtúa la posibilidad de que exista perjuicio alguno.

Por los argumentos expuestos, la empresa JMK Contratistas Generales S.A. no ha probado fehacientemente el hecho invocado, por lo que solicitamos se declare **IMPROCEDENTE** la solicitud cautelar.

II. MEDIOS PROBATORIOS

1. El mérito del Informe N° 117-2015-SGLCP-GAF/MM de fecha 11.02.15, emitido por la Subgerencia de logística y Control Patrimonial.
2. El mérito del Informe Técnico N° 2044-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 26 de mayo de 2014.
3. El mérito del Informe Técnico N° 2113-2014-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 28 de mayo de 2014.
4. El mérito de la Carta Externa N° 17139-2014 de fecha 27 de mayo de 2014, remitido por el Consorcio Superior Maukayata, supervisor de la obra.
5. El mérito de la Carta N° 258-2014-SGOP/GOSP/MM de fecha 29 de mayo de

2014, requiriendo a la empresa contratista cumpla con hacer entrega del cuaderno de obra.

6. El mérito del Informe Técnico N° 2432-2014-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 18 de junio de 2014, que informa a la entidad que la empresa contratista no había remitido el cuaderno de obra.

7. El mérito de la Carta N° 306-2014-SGOP/GOSP/MM de fecha 19 de junio de 2014, requiriendo nuevamente a la empresa contratista la entrega del cuaderno de obra.

8. El mérito de la Carta N° 079-2014-JMK-LARCO recepcionada el 01 de julio de 2014 dirigida al Supervisor, remitiendo el cuaderno de obra.

9. El mérito de la Carta Externa N° 21102-2014 de fecha 01 de julio de 2014, por el cual la empresa contratista informa que ha cumplido con hacer entrega del cuaderno de obra al supervisor.

10. El mérito de la Carta Externa N° 21866-2014 de fecha 07 de julio de 2014, por el cual el Supervisor comunica que la empresa contratista incurrió en el máximo de penalidades sin haber levantado las observaciones de la obra.

11. El mérito de la Carta N° 092-2014-JMK-LARCO de fecha 24 de julio de 2014, donde la contratista solicita copia de los últimos asientos de obra hasta donde esté anotado por la Supervisión y la contratista.

12. El mérito de la Carta N° 428-2014-SGOP/GOSP/MM recepcionada por la Contratista el 28 de agosto de 2014.

13. El mérito de los asientos de obra 466-A al 469.

14. El mérito de la Carta N° 21-2014-GOSP/MM de fecha 19.08.14 por el cual se da respuesta al apercibimiento de resolución del Contrato de Supervisión N° 085-2013.

15. El mérito del escrito de reconvenición de fecha 17.12.14 interpuesto por Consorcio Superior Maukayata.

16. El mérito del Laudo Arbitral de fecha 20.01.15 que declara infundadas las ampliaciones de plazo N° 01, 10 y 13 solicitadas por la empresa contratista.

III. ANEXOS:

Anexo 1-A. Copia Simple del DNI del Procurador Público Municipal (E)

Anexo 1-B. Copia Certificada de la Resolución N° 062-2015 de fecha 29 de enero de 2015.

Anexo 1-C. Copia Simple del Informe N° 117-2015-SGLCP-GAF/MM de fecha

11.02.15, emitido por la Subgerencia de logística y Control Patrimonial.

Anexo 1-D. Copia Simple del Informe Técnico N° 2044-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 26 de mayo de 2014.

Anexo 1-E. Copia Simple del Informe Técnico N° 2113-2014-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 28 de mayo de 2014.

Anexo 1-F. Copia Simple de la Carta Externa N° 17139-2014 de fecha 27 de mayo de 2014, remitido por el Consorcio Superior Maukayata, supervisor de la obra.

Anexo 1-G. Copia Simple de la Carta N° 258-2014-SGOP/GOSP/MM de fecha 29 de mayo de 2014, requiriendo a la empresa contratista cumpla con hacer entrega del cuaderno de obra.

Anexo 1-H. Copia Simple del Informe Técnico N° 2432-2014-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 18 de junio de 2014, que informa a la entidad que la empresa contratista no había remitido el cuaderno de obra.

Anexo 1-I. Copia Simple de la Carta N° 306-2014-SGOP/GOSP/MM de fecha 19 de junio de 2014, requiriendo nuevamente a la empresa contratista la entrega del cuaderno de obra.

Anexo 1-J. Copia Simple de la Carta N° 079-2014-JMK-LARCO recepcionada el 01 de julio de 2014 dirigida al Supervisor, remitiendo el cuaderno de obra.

Anexo 1-K. Copia Simple de la Carta Externa N° 21102-2014 de fecha 01 de julio de 2014, por el cual la empresa contratista informa que ha cumplido con hacer entrega del cuaderno de obra al supervisor.

Anexo 1-L. Copia Simple de la Carta Externa N° 21866-2014 de fecha 07 de julio de 2014, por el cual el Supervisor comunica que la empresa contratista incurrió en el máximo de penalidades sin haber levantado las observaciones de la obra.

Anexo 1-M. Copia Simple de la Carta N° 092-2014-JMK-LARCO de fecha 24 de julio de 2014, donde la contratista solicita copia de los últimos asientos de obra hasta donde esté anotado por la Supervisión y la contratista.

Anexo 1-N. Copia Simple de la Carta N° 428-2014-SGOP/GOSP/MM recepcionada por la Contratista el 28 de agosto de 2014.

Anexo 1-Ñ. Copia Simple de la Carta N° 21-2014-GOSP/MM de fecha 19.08.14 por el cual se da respuesta al apercibimiento de resolución del contrato N° 085-2013.

Anexo 1-O. Copia Simple del escrito de reconvenición de fecha 17.12.14

interpuesto por Consorcio Superior Maukayata.

Anexo 1-P. Copia Simple del Laudo Arbitral de fecha 20.01.15 que declara infundadas las ampliaciones de plazo N° 01, 10 y 13 solicitadas por la empresa contratista.

Anexo 1-Q. Copia Simple de los asientos de obra 466-A al 469.

POR TANTO:

A usted, señor Juez, pido se sirva tener por absuelto el traslado de la solicitud cautelar, y en su debida oportunidad la declare IMPROCEDENTE.

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;

DELEGO REPRESENTACIÓN a los abogados Olga Adriana Pérez Uceda, Karla Margot Astudillo Maguiña, Luis Orlando Ayala Lizano, Janet Rosario Espinoza Mejía, Raquel Francisca de la Cruz Costa, Maria Stephany Soto Zevallos y Rocío del Carmen Rafaeli Pacheco; a efectos que conjunta o indistintamente ejerzan todo acto procesal necesario para la defensa de los derechos e intereses de mi representada.

Miraflores, 11 de febrero de 2015



MIRAFLORES
CUIDADO A LOS DERECHOS
MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES

Franklin Flores Domínguez
FRANKLIN FLORES DOMÍNGUEZ
Procurador Público Municipal (e)
Reg. CAL. 32696