

**CASO ARBITRAL JMK CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. CONTRA
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES**

Lima, 03 de marzo de 2015

Señores:

JMK CONTRATISTAS GENERALES SAC

Av. Tacna N° 550
San Miguel.-

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES

Av. Larco N° 400
Miraflores.-



**CARTA EXTERNA No
8335-2015**



Secretaría General

Solicitante : CHUECA PALOMINO MILAGROS ENCARNACION
Asunto : REMITE RESOLUC.2
Folios : 7
Observac. : JMK. CONTRATISTAS GENERALES SAC

Registrado por: VB:izan el 05/03/15 a las 15:51 Hras

U. Organica : ADMINISTRACION DOCUMENTARIA Y ARCHI

De nuestra consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, para proceder a notificarles la Resolución N° 02 del Cuaderno Cautelar, la cual está debidamente firmada por los miembros del Tribunal Arbitral y se transcribe a continuación:

Resolución N° 02

Cuaderno Cautelar

Lima, doce de febrero de 2015

VISTOS:



1. El escrito de medida cautelar presentado por **JMK CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.** el 27 de enero de 2015;
2. El escrito de fecha 11 de febrero presentado por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES** mediante la cual absuelven el traslado emitido mediante Resolución Cautelar N° 01 de fecha 30 de enero de 2015, estando a lo expuesto en el cuaderno cautelar y;

Considerandos.-

Primero.- Con fecha 22 de octubre de 2014, el Tribunal Arbitral procedió a instalarse, citando a las partes para dicho acto en el cual se dictaron las reglas de carácter procesal.

Segundo.- Que, de acuerdo a la revisión del Acta de Instalación, las partes acordaron que la norma procesal aplicable al presente arbitraje es:

2.1.- La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante D.L 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.

Milagros Chueca Palomino - Secretaría Arbitral
Av. Javier Prado Este N° 210 Oficina 7-D - San Isidro
Cel. 996282317 RPM #762760
E-Mail: milagroschueca@gmail.com



man

**CASO ARBITRAL JMK CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. CONTRA
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES**

2.2.- El Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.
2.3.- Y en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado, respetando el debido proceso y el principio de trato igualitario de las partes.

Tercero.- Que, habiendo establecido el orden de prelación de las normas aplicables a la presente medida cautelar, iniciaremos el análisis indicando si el Tribunal tiene las facultades para emitir pronunciamiento sobre dicho pedido y además establecer si se tiene las condiciones para dictar una medida cautelar en la dimensión de su petitorio, señalando que se deberá de resguardar el derecho de las partes, respecto de la medida cautelar solicitada.

Cuarto.- A estos efectos, tenemos que:

4.1.- El Artículo 47° de la Ley de Arbitraje, establece en su inciso primero que los árbitros podrán adoptar medidas cautelares a petición de cualquiera de las partes, una vez constituido el mismo. A estos efectos, de la lectura de dicho inciso se puede apreciar que el presente Tribunal Arbitral se encuentra premunido de las facultades para poder emitir pronunciamiento sobre el pedido de medidas cautelares solicitados por cualquiera de las partes, por el sólo hecho de encontrarse constituido.

4.2.- Asimismo, de la revisión del acta de instalación, se aprecia que la norma sobre medidas cautelares se encuentra circunscrita a la Ley de Arbitraje y que el Tribunal Arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares.

Quinto.- Habiendo desarrollado el marco normativo para establecer las facultades de los árbitros para conocer de la medida cautelar y emitir un pronunciamiento, no cabe duda que se tiene dicha facultad, por cuanto la medida cautelar guarda relación directa con el presente arbitraje, toda vez que el objeto de la misma, de acuerdo al petitorio de la demanda arbitral, es declarar inválida e ineficaz la Resolución de Contrato N° 063-2013 efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 53815, Carta N° 053-2014-GAF/MM de fecha 21 de julio de 2014.

Sexto.- Que, la solicitud cautelar se basa en: Mantener el *status quo* y que la entidad se abstenga de (i) realizar cualquier acción o ejercer cualquier derecho sobre el monto de S/. 1'117,126.34 de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato (Carta Fianza) N° 7101310100604-000 que fue emitida por MAPFRE PERU CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS a nombre de la empresa JMK CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., así como las futuras renovaciones hasta que se resuelva la controversia seguida contra la

MCH

**CASO ARBITRAL JMK CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. CONTRA
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES**

Municipalidad Distrital de Miraflores en la vía arbitral y (ii) comunicar a MAPFRE PERU CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS para que se abstenga de realizar cualquier acción vinculada a la ejecución y pago de las mencionada carta fianza y sus futuras renovaciones mientras no se emita Laudo Arbitral que resuelva las controversias surgidas entre las partes.

6.1.- Que, de la revisión del contrato de obra N° 063-2013 se aprecia que la obra consiste en el "Mejoramiento de la infraestructura vial de la Av. José Larco, distrito de Miraflores – Lima – Lima".

6.2.- Que, si bien es cierto la parte solicitante ha argumentado hechos respecto de su interés, es decir, argumentos sobre el fondo de la controversia, lo cierto es que señalan que existe la posibilidad que la Entidad en atención al Laudo Arbitral emitido previo al presente arbitraje, el mismo que resolvió controversias surgidas entre las mismas partes, la Municipalidad Distrital de Miraflores pueda disponer del monto de la garantía que le entregaran como parte de los acuerdos contractuales, según lo dispuesto en las cláusulas séptima y octava del Contrato.

6.3.- Estando a lo señalado en el numeral anterior, se aprecia que la finalidad de la medida cautelar es mantener el *status quo* a través de la no ejecución de la carta fianza, hasta que se resuelva la controversia tramitada en el proceso de autos.

En ese sentido, es deber de los jueces –léase árbitros- aplicar el derecho de conformidad con el título preliminar del Código Civil, así no haya sido indicado por las partes, en este escenario, si bien es cierto se aprecia que la parte solicitante no ha señalado mayores aplicaciones normativas, lo cierto es que para que la solicitud cautelar pueda surtir efectos, el juez –léase árbitro- podrá implementar las medidas legales necesarias para su cabal ejecución, incluyendo estas directrices que puedan contribuir para la debida eficacia de la solicitud cautelar.

6.4.- En ese sentido, es menester que su petitorio se vea acompañado de mecanismos legales que garanticen por un lado la eficacia cautelar y por otro lado mantener el equilibrio de las partes mientras dure el presente proceso arbitral. En ese escenario, resulta necesario que la carta fianza se mantenga vigente y además que no sea ejecutada ni perjudicada.

6.5.- En este orden de ideas, se debe señalar que el literal a) del inciso 2) del Artículo 47° de la Ley de Arbitraje establece: "Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal

**CASO ARBITRAL JMK CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. CONTRA
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES**

arbitral ordena a una de las partes: Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia."

Sétimo.- Que, estando a lo desarrollado, corresponde establecer doctrinariamente si la medida cautelar debe ser amparada.

7.1.- La doctrina procesal nos habla de un elemento denominado "ADECUACIÓN", por el cual se exige que la medida cautelar sea congruente y proporcional con el objeto del aseguramiento, es decir, que se deberá de dictar la medida cautelar en la forma solicitada o la que se considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal.

Entonces, este elemento denominado "Adecuación" se aprecia que si se encuentra plasmado en la solicitud cautelar, toda vez que, la medida cautelar solicitada es congruente y proporcional con el objeto del aseguramiento, por cuanto se está pidiendo que la garantía de fiel cumplimiento no sea ejecutada a efectos de mantener el status quo hasta la culminación del proceso arbitral.

7.2.- Verosimilitud del derecho, en ese sentido, se debe considerar a lo aparente, esto es, a la probable existencia de un derecho, del cual se pide o se pedirá, tutela en el proceso principal. Como señala Enrico Tullio Liebman, no se trata de establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente el objeto del proceso principal, sino de formular un juicio de probabilidad de su existencia sobre la base de una cognición sumaria y superficial. En ese sentido, para Adolfo Rivas lo verosímil ha de ser el derecho, que el invocado por quien pide la medida, aparezca a la luz de la razón como posiblemente cierto; es decir, conllevando por su contundencia, la virtud de ser reconocido por un juicio de certeza si se confirman durante el pleito los elementos que se observan al tiempo de formular el juicio de verosimilitud.

Sobre el particular, se tiene que la Municipalidad Distrital de Miraflores mediante su escrito de fecha 11 de febrero de 2015, absuelve el traslado conferido por el Tribunal Arbitral mediante Resolución del Cuaderno Cautelar N° 01 de fecha 30 de enero del presente año, hace referencia del artículo 164°, inciso 2) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aduciendo que la Entidad estaría impedida de ejecutar 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.

Mds

**CASO ARBITRAL JMK CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. CONTRA
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES**

Sin perjuicio de lo mencionado por la Entidad, se tiene que la existencia de un ordenamiento jurídico que regula las actividades jurídicas de las personas, no necesariamente es un aval de que dichas normas sean respetadas. Es así que la existencia de duda en relación a la ejecución por parte de la Entidad de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato, es justificada y debe en esa línea, ser cautelado.

En tal sentido, la empresa solicitante de la medida cautelar ha acreditado la verosimilitud del derecho, ya que la pretensión que se discute en el principal es la de declarar válida o inválida la Resolución del Contrato efectuada por la Entidad la cual eventualmente de corresponderle a la Entidad, la misma se cobraría de la ejecución de la carta fianza, por ende existe una apariencia del derecho, a efectos de mantener el *status quo* hasta las resultas del proceso arbitral.

7.3.- Peligro en la demora, este elemento resulta ser el más importante a tomar en cuenta en el estudio de la medida cautelar. Este requiere ser alegado y justificado, mas no probado. Para Carmen Chinchilla, "lo que justifica la adopción de medidas cautelares frente a la actuación administrativa impugnada en un recurso contencioso-administrativo es la existencia de un daño (*periculum*), ya producido o de inminente producción, causado por una actuación administrativa, y de una entidad y características tales que va a resultar irreparable o de difícil reparación el día en el que, tras la tramitación del proceso (*mora*), finalmente se dicte la sentencia que le ponga fin y declare el derecho del recurrente. Así, pues, la razón de ser de las medidas cautelares es el *periculum in mora*, esto es, la necesidad de adoptar las medidas necesarias para evitar la tutela judicial, otorgada en la sentencia, pueda perder su efectividad debido al tiempo que necesariamente tiene que transcurrir hasta que pueda ser dictada."¹

La doctrina española continúa señalando que el *periculum in mora* es el peligro que se deriva de la inmediata ejecución del acto administrativo en conjunción con el necesario transcurso del tiempo de cara a resolver el incidente cautelar.²

Para invocar el peligro, basta señalar un fundado temor que mientras se espera aquella tutela, lleguen a fallar o alterar las circunstancias de hecho favorables a la tutela misma, esto implica que el peligro en la demora habrá de ser apreciado con relación a la urgencia en obtener protección

¹ Chinchilla, Carmen. "La importancia de la Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo." En publicación: "Seminario Internacional: Procedimiento Administrativo y Jurisdicción Contenciosa Administrativa: Garantía del Estado de Derecho." Primera Edición, junio 2006, PARME, Pág. 105.

² Rodríguez Arana, Jaime. Ob. cit. Pág. 313-314

mcho

**CASO ARBITRAL JMK CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. CONTRA
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES**

especial, dados los hechos indicativos de la irreparabilidad o el grave daño que puede significar esperar al dictado de sentencia; de ahí que la medida cautelar no solo busque garantizar sino anticipar los efectos de dicho fallo.

De acuerdo a lo señalado, se aprecia que el elemento **PELIGRO EN LA DEMORA** no es necesario acreditarlo, sino únicamente manifestar el temor de ello. En tal sentido, la medida cautelar tiende a conminar a la entidad que no ejecute la carta fianza de fiel cumplimiento pero a su vez se debe tener presente que la pérdida de vigencia de la misma, conllevaría la ejecución de la misma. Es decir, conceder la medida cautelar conlleva mantener el *statu quo* a efectos de que ninguna de las partes se vea perjudicada en la ejecución del laudo arbitral a emitirse, por ende, el Tribunal Arbitral considera que este elemento está plenamente acreditado.

7.4.- Contracautela, esta figura procesal, no es un elemento de la medida cautelar, sino un presupuesto para la resolución cautelar, en consecuencia está acreditada la contracautela ofrecida ante la secretaria de la sede arbitral, a través de su legalización ante el secretario cursor.

Octavo.- Que, en relación a emitir esta decisión sin correr traslado previo a la Entidad, este Tribunal Arbitral debe precisar que la parte solicitante de la medida cautelar ha indicado en su primer otrosí dicen de su escrito cautelar la necesidad de que se resuelva dicho escrito sin que se le corra traslado a la parte emplazada para no poner en peligro la finalidad de la medida cautelar. No obstante lo anterior, se tiene que a discreción del Tribunal Arbitral, este resolvió correr traslado previo a la Entidad mediante Resolución Cautelar N° 01 de fecha 30 de enero de 2015.

Finalmente, por todo lo desarrollado es menester indicar que la presente resolución cautelar deberá de ser notificada a la entidad financiera a efectos de que tome conocimiento de la misma y acate lo resuelto por este Tribunal Arbitral.

En consecuencia, el árbitro único **RESUELVE:**

ADMITIR la presente solicitud cautelar, en los siguientes términos:

1.1 **ORDENAR** a la Entidad, Municipalidad Distrital de Miraflores para que **SE ABSTENGA** de:

Ejecutar la carta fianza N° 7101310100604-000, por el monto de S/. 1'117,126.34, que garantiza el Fiel Cumplimiento del Contrato N° 063-

mech

**CASO ARBITRAL JMK CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. CONTRA
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES**

2013 emitida por MAPFRE PERU CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS a nombre de la empresa JMK CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. hasta que se emita Laudo Arbitral resolviendo la litis surgida entre las partes y;

- 1.2 **ORDENAR** a JMK CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. para que mantenga vigente la carta fianza N° 7101310100604-000 hasta la emisión del laudo arbitral y en las mismas condiciones que a la fecha se encuentra vigente, bajo apercibimiento de ejecutar la misma.
- 1.3 **NOTIFICAR** la presente resolución cautelar en los domicilios de las partes que aparecen en el proceso arbitral y en el contrato materia de litis. Asimismo, NOTIFICAR a MAPFRE PERU CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS para que tome conocimiento de esta medida cautelar a efectos de que no admita un pedido de ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento.

Lo que notifico a usted de acuerdo a Ley.-(FDO) Dr. Acosta, Presidente, Dr. Espinoza, Árbitro, Dr. Montoya, Árbitro, Milagros Chueca, Secretaria Arbitral.-----



MILAGROS CHUECA PALOMINO
Secretaria Arbitral