

CARGO

Cargo
ARB-03-13

MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES Procuraduría Pública Municipal	FOLIO N° 256
---	-----------------

SEC. ARBITRAL: CLAUDIA ELORRIETA
CUADERNO PRINCIPAL
ESCRITO N° 001

SUMILLA: DEDUCIMOS EXCEPCIONES Y CONTESTAMOS DEMANDA ARBITRAL

TRIBUNAL ARBITRAL
EJEMPLAR NO CONTROLADO
Fecha: 16 08 13 3:45pm

SEÑOR ÁRBITRO ÚNICO JUAN MANUEL FIESTAS CHUNGA:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES, debidamente representado por su PROCURADOR PUBLICO, LUIS AUGUSTO YATACO PÉREZ, identificado con D.N.I. N° 10225598, designado mediante Resolución de Alcaldía Nro. 383-2011 de fecha 01 de junio de 2011, con domicilio procesal en la Avenida Larco N° 400, distrito de Miraflores; en el proceso seguido por **CONSORCIO MIRAFLORES**, sobre **OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO**; a usted atentamente digo:

Que, encontrándonos dentro del plazo concedido; al amparo de lo previsto en el Numeral 16 de la Reglas del Proceso Arbitral establecido en el Acta de Instalación del Árbitro Único; deducimos contra la demanda arbitral incoada, la **EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA**; y la **EXCEPCIÓN DE REPRESENTACIÓN DEFECTUOSA O INSUFICIENTE DE LA DEMANDANTE**; en atención a las consideraciones siguientes:

1.- FUNDAMENTOS DE LA EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA

Señor Árbitro, al amparo de lo dispuesto en el inciso 4) del artículo 446 del Código Procesal Civil, deducimos la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda; la cual es procedente cuando, por ejemplo, se proponen pretensiones procesales incompatibles, cuando no se fijan con precisión las pretensiones procesales, cuando en una demanda de indemnización no se estiman los daños y perjuicios, cuando no existe conexión lógica ente los hechos expuestos y la o las pretensiones procesales propuestas, etc.

En conclusión esta excepción se propone cuando en la demanda se plantea en forma oscura, confusa, imprecisa o contradictoria las pretensiones del actor, lo cual le impide al demandado un efectivo ejercicio de su DERECHO DE DEFENSA;

es decir, que no se puede establecer con precisión quién o qué se demanda y para qué se demanda.

Condiciones que precisamente, se presentan en este caso, por las razones siguientes:

a) Señor juez, de una simple lectura, de la demanda se advierten claras y manifiestas incongruencias, confusión, contradicción, imprecisión de fundamentos y además una verborreica cita de: opiniones, transcripción de normas, cartas etc. referidas a la presunta NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO submateria (no demandada); por lo que se evidencia que no existe conexión lógica ente los hechos expuestos y la pretensiones de PAGO DE DEL COSTO DE ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO Y GASTOS GENERALES del mismo; lo cual como es obvio impide a mi representada un efectivo ejercicio de su DERECHO DE DEFENSA.

b) Por otro lado, mediante Resolución N° 01 de fecha 24 de julio del 2013, se corre traslado a mi representada, a fin que absolvamos el pedido de acumulación de pretensiones presentado por la demandante mediante escrito de fecha 11 de julio del 2013; pretensión que también consideramos obscura e imprecisa; pues conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 83° del Código Procesal Civil¹, la acumulación objetiva puede ser de dos tipos: acumulación originaria o inicial y sobrevenida o sucesiva; agregando el artículo 87°, que esta puede ser además de forma subordinada, alternativa y accesorio; las mismas que deberán guardar una conexión, cualidad o grado de relación entre sí, producida cuando entre las pretensiones existen algunos elementos comunes; consecuentemente, el *petitum* debe referirse a estas modalidades, de lo contrario el árbitro único, no podrá pronunciarse sobre todas ellas a la vez, e independientemente del tratamiento que reciba cada una de ellas, y sobre todo, constituye un acto de vulneración a nuestro derecho de defensa, pues desconocemos cuales son en definitiva las pretensiones demandadas.

¹ Código Procesal Civil
Artículo 83.- Pluralidad de pretensiones y personas
(...)

La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente.

El jurista Juan Montero Aroca define la acumulación de pretensiones como "Aquel fenómeno procesal, basado en la conexión y cuyo fundamento se encuentra en la economía procesal, por el cual dos o más pretensiones, (...) son examinadas en un mismo procedimiento judicial y decididas en una única sentencia, en sentido formal"². En palabras de Atilio Carlos Gonzales es: "El fenómeno procesal fundado en el principio de economía procesal y, en ciertos casos, también en la necesidad de evitar la posibilidad de pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios, en virtud del cual dos o más pretensiones conexas son sustanciadas en un proceso único, y resueltas mediante el dictado de una sentencia única"³.

Cabe precisar que la conexidad no se presume, sino que debe guardar un sustento jurídico, amparado en la ley de contrataciones del Estado y supletoriamente en el Código Procesal Civil. En el presente caso, las pretensiones planteadas por la demandante son dos: el pago por el costo de elaboración del expediente técnico y el pago de los gastos generales del Expediente Técnico; el primero de ellos, se encuentra definido en la cláusula segunda del contrato N° 088-2012; sin embargo, los gastos generales que establece el contrato resultan ser para el caso de la ejecución de la obra y no para el Expediente Técnico, por lo que el petitorio resulta ambiguo y no demuestra la conexidad entre ambas pretensiones.

FUNDAMENTOS DE LA EXCEPCIÓN DE REPRESENTACIÓN DEFECTUOSA O INSUFICIENTE DE LA DEMANDANTE.

Que, al amparo de lo dispuesto en el inciso 3) del artículo 446 del Código Procesal Civil, deducimos LA EXCEPCIÓN DE REPRESENTACIÓN DEFECTUOSA O INSUFICIENTE DE LA DEMANDANTE, por las consideraciones que pasamos a exponer:

² MONTERO AROCA, Juan. *La Intervención Adhesiva Simple. Contribución al Estudio de la Pluralidad de Partes en el Proceso Civil*, Óp. Cit., p. 62.

³ GONZÁLEZ, Atilio Carlos. *La pluralidad en el proceso civil y comercial. Sujetos, Objetos y Procesos*; Prólogo de Carlos Eduardo Fenochietto. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1984. p. 25.

Señor Árbitro, la presente demanda incumple con la formalidad de procedencia prevista en el artículo 424° inciso 2) del Código Procesal Civil, toda vez que no se ha consignado el nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante y de su representante; así también, ha omitido acreditar mediante documento fehaciente el otorgamiento de facultades específicas para actuar dentro del proceso, por lo que desconocemos quien es el representante válidamente nombrado por la demandante.

Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto que el proceso arbitral se promueve sólo por iniciativa de parte, por tanto es un requisito indispensable para la procedencia de la demanda, que la persona que actúe en representación de la empresa demandante acredite tener las facultades de representación vigentes a la fecha de presentación de la demanda, conforme se desprende del contenido del artículo 72° del Código Procesal Civil. Para ello, debió adjuntar a la demanda el contrato de Consorcio, estatuto u otro documento, donde conste de manera expresa, las facultades para demandar en representación de Consorcio Miraflores; así como la vigencia de poder emitida por Registros Públicos.

Si bien el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1071- Ley de Arbitraje, señala que el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, incluyendo la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos; también es cierto que no se puede presumir la vigencia de dichas facultades a la fecha de presentación de la demanda.

En efecto, no se tiene la certeza si las facultades de representación de la señora Delia Rocío Toranzo Silva de Ponce continúan vigentes a la fecha, en vista que han podido cesar, ser sustituidas o revocadas de manera posterior a la celebración del Contrato N° 088-2012. No basta entonces aludir a las facultades que obran en el Contrato de Consorcio de fecha 27 de agosto de 2012, sino que

debe probarse de manera fehaciente que actualmente se encuentran vigentes; caso contrario, las facultades para someter la presente controversia a arbitraje y para demandar dejarán de surtir efectos jurídicos.

La calificación válida de la demanda requiere verificar la capacidad procesal para intervenir en el proceso, como condición de la acción; en ese entendido, la acreditación de la legitimidad del representante para actuar en el proceso forma parte del concepto sistemático de reglas procesales, que sirven para establecer qué sujetos pueden hacerse actores en la demanda, esto es, a qué sujetos les es jurídicamente lícito plantear la pretensión arbitral.

Por tanto, en la medida que la demandante no ha satisfecho el requisito de capacidad procesal para la procedencia de la demanda, corresponde que se declare FUNDADA la presente excepción y como consecuencia se SUSPENDA el proceso, hasta que se subsane dicha omisión, conforme a lo establecido en el inciso 2) del artículo 451 del Código Procesal Civil.

MEDIOS PROBATORIOS DE LAS EXCEPCIONES DEDUCIDAS:

Que, en calidad de medios probatorios de las excepciones deducidas ofrecemos el propio escrito de demanda y sus recaudos que obran en autos.

POR TANTO:

Señor árbitro, solicito admitir las excepciones deducidas y en su oportunidad declararlas FUNDADAS conforme a ley.

PRIMER OTROSI DIGO: Señor Árbitro, estando a que el escrito de demanda, así como el escrito de fecha 11 de julio del 2013, no han sido debidamente suscritos por un Abogado colegiado, de conformidad a lo establecido en el Artículo 132 del Código Procesal Civil, se estaría vulnerando el principio al debido proceso, por lo que corresponde que se declare la NULIDAD DEL CONCESORIO DE LA DEMANDA, por los siguientes argumentos:

La Casación N° 464-200-Lima señala que "No se le concede trámite al escrito que no está autorizado por abogado colegiado, por lo que al carecer la recurrente de dicha autorización, el juez debe declarar inadmisibles y nulos el concesorio del mismo". Asimismo, la Casación N° 1103-2002-La Libertad, señala que "La principal garantía por el derecho al debido proceso legal y el acceso de tutela judicial efectiva o eficaz consiste en que el Estado no puede excusarse de conceder tutela a todo aquel que lo solicite, o quien ejercite su derecho de defensa a través de la contestación de la demanda o la contradicción; las cuales deben contener exigencias mínimas establecidas en las normas de índole procesal para conceder su tramitación. En el presente caso, según lo establecido en la última parte del artículo 132 del Código Procesal Civil, y en el artículo 288, inciso 10° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el escrito debe contener la firma del abogado colegiado. En consecuencia, dado el carácter imperativo de los referidos dispositivos, su omisión generaría el rechazo de la contestación de la demanda o la contradicción, en su caso, por ende, acarrea sanción de nulidad, y siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva inherente a toda persona, su materialización debe contener un mínimo de razonabilidad, lo que implica que la contestación de la demanda o la contradicción como en el caso de autos; debe hallarse autorizada por el justiciable y el abogado." (el subrayado es nuestro).

En ese sentido, y estando que el Código Procesal Civil resulta aplicable supletoriamente a la Ley de Arbitraje, la defensa cautiva establecida en el artículo 132 del Código Procesal Civil es de aplicación a la presente materia; por lo que se debe considerar que si el documento no contiene firma de abogado colegiado no se le deberá conceder trámite; consecuentemente, corresponde que usted señor árbitro, declare la NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN N° 01 DE FECHA 24 DE JULIO DEL 2013, QUE ADMITE A TRÁMITE LA DEMANDA.

SEGUNDO OTROSI DIGO: Que, sin perjuicio de las excepciones deducidas, y encontrándonos dentro del plazo concedido; 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 la demanda; en atención a las consideraciones siguientes:

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

Señor árbitro, una vez más reiteramos que en la presente demanda, no existe una conexión lógica ente los hechos expuestos (NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO submateria, que no ha sido demandada) y la pretensiones de PAGO DE DEL COSTO DE ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO Y GASTOS GENERALES del mismo; lo cual como es obvio impide a mi representada un efectivo ejercicio de su DERECHO DE DEFENSA; sin embargo, dejando expresa constancia de una clara restricción en el ejercicio de su derecho de defensa de mi representada, por la razón anotada; procedemos a contestar la demanda en las condiciones acotadas, en base a los fundamentos siguientes:

A. INEXIGIBILIDAD DE LOS PAGOS DEMANDADOS POR ENCONTRARSE FUERA DE LOS ALCANCES DEL CONTRATO.

- Señor Árbitro, según la demandante, solicita como primera pretensión arbitral, el pago por el costo de elaboración del Expediente Técnico, por el importe de S/. 81,230.00 (Ochenta y un mil doscientos treinta con 00/100 Nuevos Soles), sin embargo, dicha pretensión no tiene sustento legal o contractual, pues la cláusula segunda del Contrato N° 088-2012, establece que el monto contractual por la elaboración del Expediente Técnico es por la suma ascendente a S/ 22,881.36 (Veintidós mil ochocientos ochenta y uno con 36/100 Nuevos Soles).

Significa entonces, que en el hipotético caso, que la accionante hubiera cumplido con elaborar el Expediente Técnico, conforme a las Bases, Términos de Referencia y el contrato materia de este caso (que no ocurrió), sólo correspondía pagar a mi representada la suma antes acotada; sin embargo, sin sustento contractual o legal alguno, la accionante pretende un pago POR UN SERVICIO NO PRESTADO Y PEOR EN UN MONTO NO PACTADO.

Asimismo, no corresponde pago alguno, por cuanto las bases de la Licitación Pública N° 011-2012-CE/MM, determinaron que el sistema de contratación es de SUMA ALZADA, lo cual quiere decir, que el demandante asumió la obligación contractual de elaborar el Expediente Técnico y Ejecutar la obra, por un monto

fijo e integral que comprende una totalidad; es decir, no fue contratado sólo para la elaboración del Expediente Técnico, sin la ejecución de la obra, omisiones que precisamente vienen causando daño a mi representada y que oportunamente procederá a efectuar las acciones indemnizatorias correspondientes.

Cabe precisar, que en materia de derecho de obligaciones, rige el principio de identidad del pago, en virtud del cual debe existir una identidad cualitativa entre el objeto del pago y el objeto de la obligación, que no puede ser otra cosa que el dinero o prestación; así tenemos que la Casación N° 280-2000-Ucayali, señala que: "(...) si de la causa o fuente (obligación preexistente) resulta que el deudor debe determinada cantidad de dinero o prestación, el objeto del pago no puede ser otra cosa que dicha cantidad de dinero o prestación". En ese sentido, en el supuesto negado que adeudáramos al demandante el pago por elaboración del Expediente Técnico, este solo podrá ser hasta por el monto pactado en el contrato, esto es, por S/ 22,881.36 Nuevos Soles.

Consecuentemente, no resulta ajustado a derecho exigir el pago POR ELABORACION DE EXPEDIENTE TECNICO NO PRESTADO O ELABORADO Y PEOR AUN CORRESPONDE EXIGIR PAGO EN UN MONTO NO PACTADO EN EL CONTRATO SUBMATERIA.

- Señor árbitro, la accionante también solicita como segunda pretensión arbitral, el pago de gastos generales por la suma de S/. 10,595.00 (Diez mil quinientos noventa y cinco con 00/100 Nuevos Soles); sobre el particular, debemos señalar que ésta pretensión es manifiestamente improcedente, toda vez que el contrato solo ha contemplado el pago de gastos generales respecto de la ejecución de la obra, mas no por la elaboración del Expediente Técnico, el cual es de cuenta y riesgo del demandante, precisamente por tratarse de una contratación bajo la modalidad de suma alzada y además en abierta falta de conexidad entre los hechos y la pretensión planteada, conforme se ha observado, no se ha planteado como materia controvertida la presunta ilegalidad del rechazo en sede administrativa de una petición de ampliación de plazo con gastos generales

o de adicionales que involucren gastos generales (inexistentes), y como consecuencia el pago de los referidos pago.

Siendo importante además tener presente, se debe tener presente que en el caso de Obras la ampliación del plazo previamente solicitadas y aprobadas pueden conllevar a pagar gastos generales, excepto en el caso de ampliaciones de plazo por obras adicionales (también previamente solicitadas y aprobadas), ya que estos conllevan sus propios gastos generales en sus presupuestos específicos; situaciones que no han ocurrido en el presente caso, habida cuenta que la parte demandante no ha solicitado ampliaciones de plazo conforme a lo dispuesto en el artículo 41° de la Ley de Contrataciones.

C. SUSTENTO LEGAL DE LAS OBSERVACIONES AL EXPEDIENTE TÉCNICO

Señor Árbitro, si bien en la presente demanda no se explicita los fundamentos fácticos por los cuales la accionante demuestre la elaboración del Expediente Técnico, que le genere al derecho a cobrar por dicho servicio y menos aún demuestra con razones sustentadas en elementos probatorios objetivos, la ilegalidad de las observaciones de mi representada; para que el árbitro tenga mayores elementos de juicio para resolver este caso, solicitamos tener presente lo siguiente:

- Según la cláusula quinta del Contrato N° 088-2012 celebrado el 03 de setiembre del 2012, se 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, por lo mismo sí la entrega del terreno se realizó el 12 de octubre de 2012, el cronograma de actividades ejecutado y proyectado para la primera etapa del contrato, tuvo como inicio del plazo contractual el 13 de octubre del 2012.
- Según el numeral 10.2 de la cláusula Décima del Contrato 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. Conforme a lo señalado en 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

2. Expediente Técnico.-

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

- Asimismo, según el Informe Técnico N° 3797-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM 23 de noviembre del 2012 elaborado por la Sub Gerencia de Obras (Anexo 1-K), adjunta el cronograma de actividades ejecutado y proyectado para la primera etapa del contrato, donde el Supervisor comunica que el plazo de presentaciones era el siguiente:
 - 1er Avance- Consorcio Miraflores: 29 de octubre del 2012

- 1er Informe de Observaciones Técnicas: 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: 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
- Según el Numeral 3, Capítulo III de los Términos de Referencia, el contratista tiene tres (03) días calendario, posteriores a la comunicación de las observaciones, para subsanar y/o aclarar el Expediente Técnico.

Por tanto, se aprecia que el plazo para presentar el expediente técnico definitivo venció el 11 de diciembre de 2012, teniendo la Municipalidad tres (3) días calendario adicionales para para revisar su presentación; por lo que la primera etapa del contrato concluyo indefectiblemente el 15 de diciembre del 2012.

- Mediante Carta N° 475-2012-SGOP-GSOP/MM que fuera recepcionada por la demandante el 15 de noviembre del 2012, se remitió el listado de observaciones al primer avance, por lo que la demandante debió subsanarlos hasta el día 18 de noviembre del 2012, sin embargo, remiten la Carta N° 09-2012-CVONSORCIO MIRAFLORES, que no levanta las observaciones (conforme se explica más adelante) y además fue presentada recién el 21 de noviembre de dicho año; por lo que existe un primer incumplimiento al contrato.
- En el Informe N° 3629-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 13 de noviembre del 2012, realiza la primera observación al avance del Informe Técnico, indicándole que faltan cumplir con señalar las metas, precisar consideraciones generales, adjuntar planos, observación a los planos presentados, así como observaciones al dibujo, presupuesto y estructuras, entre otros, las cuales forman parte del Capítulo III de los términos de referencia del contrato. Si bien solicita además el cumplimiento de puntos

complementarios, como el ascensor, kitchenette, y la elevación del techo del 4to nivel, estos no fueron aprobados como adicionales de obra.

- 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, el cual fue subsanado parcialmente por la demandante mediante Carta N° 10-2012-CONSORCIO MIRAFLORES de fecha 03 de diciembre del 2012.
- El Informe N° 3830-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 28.11.12, realiza la segunda observación, en el cual 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.
- 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.

- La demandante en lugar de presentar el Expediente Técnico Completo y definitivo en la fecha pactada (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 ha incurrido en la causal de incumplimiento de contrato.

No obstante, su informe tampoco absolvió las observaciones técnicas señaladas anteriormente. 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.

- 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 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.

- 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.
- Que, estando que el plazo contractual había vencido por más de 128 días, sin que la demandante haya cumplido con subsanar 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 observaciones por el incumplimiento de requisitos básicos y elementales para la aprobación final del Expediente Técnico (sustentados en las Bases y Términos de Referencia), que de no cumplirse a cabalidad pueden originar un perjuicio a nuestra entidad, porque pueden producir fallas en la estructura del inmueble, entre otras consecuencias de mayor envergadura.

Por lo expuesto a usted, señor Presidente, pido se sirva tener por absuelto el traslado de la demanda arbitral conferida, en los términos que se precisa, solicitando que en su oportunidad **SE SIRVA DECLARARLA INFUNDADA** por no encontrarse arreglada a los hechos, la ley y menos conforme a derecho.

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 175 del Reglamento.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

"1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo.

En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.
3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y,
4. Por caso fortuito o fuerza mayor.

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.

La Entidad debe resolver sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista, además del gasto general variable, el costo directo.

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."

En principio, las contrataciones bajo la modalidad de suma alzada, como reiteramos, cubren la totalidad de la obligación contractual; por lo que los incrementos por gastos variables solo se tendrían sustento en una eventual ampliación del plazo contractual. Para dicho efecto, la demandante tendría que haber probado efectivamente que solicitó a la Municipalidad de Miraflores una ampliación de plazo, supuesto que negamos y contradecimos en nuestros argumentos de defensa, puesto que la demandante NUNCA cursó a la Municipalidad tal solicitud; por

consiguiente, no se han generado gastos generales variables ni costos directos al demandante.

b) Artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1017.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones:

"41.1. Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

41.2. Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, (...), siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

41.3. Respecto a los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten

indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requerirá la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República, no siendo aplicable para este caso el límite establecido en el numeral 41.1 del presente artículo.

(...)

41.6. El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

41.7. Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 40 de la presente ley."

La lectura detenida de la norma citada, permite definir que los gastos generales variables serán reconocidos en los casos que se hayan aprobado adicionales de obra, **siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato**; no obstante, es evidente que para ello ocurra, previamente ha debido ser aprobado por el Titular, que en este caso es la Municipalidad de Miraflores, lo cual no se produjo.

- c) El OSCE ha publicado la **OPINIÓN N° 086-2011/DTN**, en el cual, opina lo siguiente:

"Respecto a las ampliaciones de plazo generadas por la paralización de la obra por causas no imputables al contratista, se reconoce a este los mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según corresponda.

En este supuesto, debe existir una relación de causalidad entre la paralización de la obra y los gastos generales que el contratista solicita que se le reconozcan, los que se acreditan con la presentación de

documentos que demuestren, fehacientemente, que el contratista incurrió en estos, ya sea con comprobantes de pago, planilla, o cualquier otro documento que resulte pertinente, teniendo en consideración el tipo de gasto general variable del que se trate".

Atendiendo a lo expuesto, no basta alegar haber incurrido en gastos generales por la elaboración del expediente técnico, sino que estos gastos se deben probar fehacientemente en el proceso, de lo contrario la pretensión demandada debe ser desestimada por carecer de sustento probatorio. Siendo así, debe tener presente que la demandante no ha presentado ningún medio probatorio que demuestre los gastos generales incurridos, y que se justifiquen en trabajos distintos y adicionales a los señalados en las Bases y en los términos de referencia del Contrato, puesto que de formar parte del contrato, estos se encuentran cubiertos por el contratista por tratarse del sistema de suma alzada.

- 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 las 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:**

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.

III. MEDIOS PROBATORIOS DE LA CONTESTACIÓN:

Señor Árbitro, ofrecemos los medios probatorios que obran en la demanda y además los que detallamos a continuación:

1. El mérito de las Bases de la Licitación Pública N° 011-2012-CE/MM.
2. El mérito de la Acta de entrega del terreno de fecha 12 de octubre de 2012.
3. El mérito de la Carta N° 475-2012-SGOP-GOSP/MM de fecha 14 de noviembre de 2012, que comunica que el Expediente Técnico ha sido observado.
4. El mérito del Informe N° 3629-2012/OYU-SGOP/GOSP/MM de fecha 12 de noviembre de 2012
5. El mérito de la Carta N° 02-2012-OYU-SGOP/GOSP/MM recepcionada el 15 de noviembre de 2012.
6. El mérito del Informe N° 3757/OYU-SGOP/GOSP/MM de fecha 21 de noviembre de 2012 comunicando el plazo vencido para subsanar las observaciones al Expediente Técnico.
7. El mérito del Informe N° 3744-2012/OYU-SGOP/GOSP/MM de fecha 21 de noviembre de 2012, respecto al estado situacional del proyecto.

8. El mérito de la Carta N° 03-2012-OYU-SGOP/GOSP/MM de fecha 22 de noviembre de 2012 en el cual se precisa que la demandante ha absuelto el levantamiento del 2do informe de observaciones fuera de plazo.
9. El mérito del Informe N° 3797-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 23 de noviembre de 2012 que contiene el cronograma de avance.
10. El mérito del Informe N° 3830-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 28 de noviembre de 2012
11. El mérito del Informe N° 3909-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 05 de diciembre de 2012
12. El mérito de la Carta N° 509-2012-SGOP/GOSP/MM de fecha 06 de diciembre de 2012
13. El mérito de la Carta N° 012-2012/CM de fecha 11 de Diciembre del 2012.
14. El mérito de la Carta N° 05-2013-CONSORCIO MIRAFLORES de fecha 31 de enero del 2013, que levanta las observaciones al 2do Informe Técnico.
15. El mérito del Informe Técnico N° 438-2013-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 06 de febrero de 2013, en el cual se informa de la revisión de avance del Expediente Técnico.
16. El mérito de la Carta N° 049-2013-SGOP/GOSP/MM de fecha 15 de febrero de 2013, por el cual se comunica que el Expediente Técnico ha sido Observado.
17. El mérito del Informe Técnico N° 558-2013-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 22 de febrero de 2013, en el que se comunica el incumplimiento de plazos y metas del contrato.
18. El mérito de la Carta Notarial N° 021-2013-SGLCP-GAF/MM de fecha 22 de febrero del 2013, el cual otorga un plazo de 15 días para cumplan con subsanar las observaciones del contrato.
19. El mérito del Informe Técnico N° 817-2013-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 18 de marzo de 2013, en el cual se comunica la persistencia en el incumplimiento de Consorcio Miraflores.
20. El mérito de la Carta N° 086-2013-GAF/MM de fecha 02 de abril del 2013, en el que se comunica la Resolución del Contrato.

IV. ANEXOS

ANEXO 1-A. Copia certificada de la Resolución de Alcaldía Nro. 383-2011, mediante la cual se designa al suscrito como Procurador Público de la Municipalidad

ANEXO 1-B. Copia simple del DNI del Procurador Público

ANEXO 1-C. Copia simple de las Bases de la Licitación Pública N° 011-2012-CE/MM

ANEXO 1-D. Copia simple del Acta de entrega del terreno de fecha 12 de octubre de 2012

ANEXO 1-E. Copia simple de la Carta N° 475-2012-SGOP-GOSP/MM de fecha 14 de noviembre de 2012

ANEXO 1-F. Copia simple del Informe N° 3629-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 12 de noviembre de 2012

ANEXO 1-G. Copia simple de la Carta N° 02-2012-OYU-SGOP/GOSP/MM recepcionada el 15 de noviembre de 2012

ANEXO 1-H. Copia simple del Informe N° 3757/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 21 de noviembre de 2012

ANEXO 1-I. Copia simple del Informe N° 3744-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 21 de noviembre de 2012

ANEXO 1-J. Copia simple de la Carta N° 03-2012-OYU-SGOP/GOSP/MM de fecha 22 de noviembre de 2012

ANEXO 1-K. Copia simple del Informe N° 3797-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 23 de noviembre de 2012

ANEXO 1-L. Copia simple del Informe N° 3830-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 28 de noviembre de 2012

ANEXO 1-M. Copia simple del Informe N° 3909-2012/OYU-SGOSP/GOSP/MM de fecha 05 de diciembre de 2012

ANEXO 1-N. Copia simple de la Carta N° 509-2012-SGOP/GOSP/MM de fecha 06 de diciembre de 2012

ANEXO 1-O. Copia simple de la Carta N° 012-2012/CM de fecha 11 de Diciembre del 2012

ANEXO 1-P. Copia simple de la Carta N° 05-2013-CONSORCIO MIRAFLORES de fecha 31 de enero del 2013.

ANEXO 1-Q. Copia simple del Informe Técnico N° 438-2013-CECL-SGOP-GOSP/MM de fecha 06 de febrero de 2013