

VOTO DISCREPANTE PARCIAL
DEL ÁRBITRO MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA

El árbitro que suscribe el presente voto deja constancia que no comparte el análisis ni lo resuelto en mayoría por sus coárbitros tratándose de la segunda pretensión demandada, en los términos contenidos en la Orden Procesal Nro. 10 – Laudo Arbitral, de fecha 5 de agosto de 2022, dejando constancia que esta discrepancia se limita a lo laudado respecto a dicha pretensión.

Conforme a ello, el presente voto discrepante se centrará fundamentalmente en el análisis de los argumentos expresados por las partes, en la evaluación de los hechos y en la aplicación del derecho pertinente, concluyéndose en que no corresponde acceder a la segunda pretensión de la demanda, la misma que debe desestimarse.

Sobre la segunda pretensión demandada, pago de reajustes relativos al Índice de Precios al Consumidor (IPC) aplicables a los períodos mensuales en que se prestó el servicio impago de recolección y transporte de residuos sólidos

1. De acuerdo al peticitorio de su demanda arbitral, PETRAMAS plantea la pretensión siguiente contra la MDLM:

CUMPLA CON PAGARNOS EL MONTO DE S/. 1'570,937.82 CORRESPONDIENTE A AL INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR POR EL AÑO 2018, 2019 Y LOS MESES DE ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO Y JUNIO DEL 2020 EN EL SERVICIO DE RECOLECCIÓN, TRANSPORTE Y DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS DERIVADO DEL CONTRATO N° 043-2017-MDLM.

2. Al respecto, debe destacarse que mediante Laudo Parcial contenido en la Orden Procesal Nro. 4, de fecha 1 de febrero de 2021, entre otros aspectos, se declaró fundada parcialmente la excepción de litispendencia tratándose de la segunda pretensión principal, considerándose lo siguiente:

34. Atendiendo a lo señalado, este Tribunal Arbitral concluye finalmente que corresponde estimar parcialmente la excepción de LITISPENDENCIA presentada por la Municipalidad, declarándola parcialmente fundada; por lo que, tratándose de la primera pretensión de la demanda, la misma subsiste tratándose de las sumas en cobranza por los servicios de recolección y transporte de residuos por los períodos de junio y julio de 2018, noviembre de 2019, así como por mayo y junio de 2020; y tratándose de la segunda pretensión de la demanda, la misma subsiste por los reajustes del índice de precios al consumidor por el año 2019, y por los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2020 en el servicio de recolección.

Conforme a ello, sólo se admitió como pretensión válida los reajustes por IPD (i) por el año 2019 y (ii) por el período que comprende los meses de enero a junio de 2020. Esto

es, por causa de litispendencia se excluyó del conocimiento arbitral el reajuste por el año 2018.

3. No obstante lo señalado, mediante escrito presentado con fecha 10 de marzo de 2021, precisando sus pretensiones en razón de lo resuelto en el laudo parcial, PETRAMAS señala lo siguiente:

| CONCEPTO | PRETENSIONES DEMANDA |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------|
| SERVICIOS PRESTADOS: JUNIO 2018 | 1'968 270.00 Soles |
| SERVICIOS PRESTADOS: JULIO 2018 | 1'988 316.00 Soles |
| SERVICIOS PRESTADOS: NOVIEMBRE 2019 | 1'860 398.00 Soles |
| SERVICIOS PRESTADOS: MAYO 2020 | 1'244 410.00 Soles |
| SERVICIOS PRESTADOS: JUNIO 2020 | 1'441 981.50 Soles |
| IPC: 2018,2019, ENERO A JUNIO DE 2020 | 1'570 937.82 Soles |
| RMV: ABRIL 2018 A DICIEMBRE 2018 ENERO 2019 A DICIEMBRE 2019 ENERO 2020 A JUNIO 2020 | 1'029 543.08 Soles |
| LUCRO CESANTE | 2'107 519.00 Soles (Acorde a Informe Pericial) |
| MONTO TOTAL | 13'211 375.40 Soles |

Se advierte que PETRAMAS mantiene indebidamente su segunda pretensión demandada por la suma inicialmente demandada, considerando períodos de reajuste por los años 2018, 2019 y 2020 (de enero a junio), pese a la exclusión por litispendencia del año 2018.

Posición de PETRAMAS

4. La demandante sustenta su segunda pretensión en lo establecido en la cláusula sexta del CONTRATO, así como en el numeral 2.8 de las Bases Integradas del Concurso Público Nro. 002-2017-MDL – Servicio Integral de Limpieza Pública en el Distrito de La Molina, el cual derivó en la celebración del CONTRATO, disposiciones que estima consistentes con lo establecido en el artículo 17 del REGLAMENTO y el artículo 1361 del Código Civil sobre obligatoriedad contractual.
5. A mayor abundamiento, PETRAMAS destaca la pertinencia de las Opiniones Nros. 210-2016 y 173-2017/DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE que refieren a la oportunidad de practicar el correspondiente reajuste, y la viabilidad que en los contratos de ejecución periódica o continuada se pueden incorporar cláusulas de reajuste.

6. Concluye finalmente PETRAMAS expresando:

43. Ahora bien, en todos los meses del contrato hubo una variación en el precio pactado, lo cual se evidencia en el crecimiento constante que tiene el Índice de Precios al Consumidor, el cual nunca fue pagado por la municipalidad.
44. En efecto de acuerdo al saldo deudor de nuestro departamento de Cobranzas (ANEXO A-19), por los años 2018, 2019 y los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio del presente año por este concepto nos debe la suma de S/. 1'570,937.82.
45. Mes a mes, mediante carta poníamos en conocimiento a la demandada los montos reajustados con la fórmula establecida en las bases (ANEXO A-20), negándose en todo momento al pago del índice de precios al consumidor a pesar de estar contemplado no sólo en la norma sino también en el contrato, motivo por el cual el Digno Tribunal deberá declarar **FUNDADA LA DEMANDA EN DICHO EXTREMO**.

Posición de la MDLM

7. La demandada estima que esta segunda pretensión no corresponde ser amparada por haber caducado la acción y el derecho, siendo improcedente conforme a lo señalado en el Informe Nro. 1092-2019-MDLM-GAF-SGL, de fecha 10 de setiembre de 2019 (anexo 1-Q del escrito de contestación de la demanda):

Respecto al extremo del reajuste por incremento de índice de precio del consumidor, debe observarse que el artículo 17 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que se debe considerar la oportunidad en el cual se debe hacer efectivo el pago, aspecto que no está previsto en el texto de 2.8 de las bases integradas.

Debe anotarse, que el artículo 17 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece dos supuestos:

- a) Que los documentos del procedimiento de selección considere fórmulas de reajuste, y*
- b) Señalar la oportunidad en la cual se debe hacer el pago.*

En esa línea, consideramos que se omite el cumplimiento de lo indicado en el punto b) dado que no se señala la oportunidad en la cual se deberá hacer efectivo el pago correspondiente.

8. Esto es, de acuerdo a la MDLM, no corresponde el reajuste porque el pacto contractual sería insuficiente, deficiente, respecto de las exigencias del artículo 17 del REGLAMENTO, al no haberse precisado la oportunidad para el pago del señalado reajuste.
9. Es más, la MDLM invoca la pertinencia de la Opinión Nro. 106-2019/DTN del OSCE, en el sentido que el pago del reajuste demanda de un presupuesto complementario de la entidad, de manera que antes de realizar el reajuste debe verificarse la necesaria disponibilidad presupuestaria y que, en caso de no contarse, deberá adoptarse medidas para cumplir con dicho reajuste, si variar el monto contractual, reduciendo prestaciones

o resolviendo el contrato. Sobre el particular, la MDLM destaca que su Gerencia de Planeamiento, Presupuesto y Desarrollo Institucional, mediante Memorando Nro. 1086-2020-MDLM-GAF, de fecha 23 de noviembre de 2020 (anexo 1-V de su escrito de contestación de la demanda), expresa que no ha recibido documentos para aprobar un presupuesto complementario por ningún concepto.

10. Concluye la MDLM destacando que, habiendo concluido el CONTRATO, no puede realizarse reajustes a pagos ya realizados, por lo que la pretensión debió presentarse oportunamente, en la medida que se hubiesen cumplido con las exigencias del CONTRATO y del REGLAMENTO.

Análisis

11. Atendiendo a los argumentos invocados por las partes tratándose de la presente pretensión demandada, el suscrito estima que, corresponde determinar si la misma tiene sustento jurídico o no, conforme a la normativa aplicable al CONTRATO, así como en razón de las propias previsiones de éste.
12. Para ello, debe considerarse que el numeral 17.1 del artículo 17 del REGLAMENTO, dispone lo siguiente tratándose del reajuste de los pagos al contratista, dejándose expresa constancia que la indicada norma es la vigente con ocasión de la correspondiente contratación, aprobada mediante Decreto Supremo Nro. 350-2015-PCM:

Artículo 17.- Fórmulas de reajuste

1. En los casos de contratos de ejecución periódica o continuada de bienes servicios en general, consultorías en general, pactados en moneda nacional, los documentos del procedimiento de selección pueden considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden al contratista, así como la oportunidad en la cual se debe hacer efectivo el pago, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe efectuarse el pago.

Cuando se trate de bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio esté influido por esta, no se aplica la limitación del Índice de Precios al Consumidor a que se refiere el párrafo precedente.

13. La normativa relativa a las contrataciones públicas establece que, en los documentos relativos al procedimiento de selección puede establecerse las fórmulas de reajuste que sean pertinentes para los pagos que correspondan al contratista, en la medida que dichos contratos hayan sido pactados en moneda nacional. La norma reglamentaria dispone que la señalada previsión deberá establecer la oportunidad en la cual se hará efectivo el pago, considerando la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) para Lima Metropolitana por el mes en que se efectúa el pago. Conforme a lo anterior, es potestativo para la entidad incorporar la fórmula de reajuste en los pagos.

14. Se encuentra acreditado documentalmente en el expediente, que las Bases Integradas del Concurso Público Nro. 002-2017-MDLM – Servicio Integral de Limpieza Pública en el Distrito de La Molina, contienen la previsión siguiente:

2.8. REAJUSTE DE LOS PAGOS¹⁵

Se considera el reajuste mensual de los pagos que corresponden al contratista de conformidad con el artículo 17 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, correspondiente al mes en que debe efectuarse el pago, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Precio reajustado} = \frac{\text{Precio ofertado} \times \text{variación del Índice de Precios al Consumidor}}{\text{correspondiente al mes en que debe efectuarse el pago.}}$$

¹³ De acuerdo a la Absolución a la Consulta N° 006-KDM EMPRESAS SAC: No es necesaria la presentación la planilla del PDT del personal.

Al respecto, requerir que el personal pertenezca a la planilla de los postores, implica que el participante contrate los servicios de determinado personal antes de saber los resultados del proceso de selección, lo cual resulta contrario al Principio de Libertad de Concurrencia previsto en el artículo 2 de la Ley

¹⁴ De acuerdo a la Absolución a la Consulta N° 005-KDM EMPRESAS SAC

¹⁵ De acuerdo a la Absolución a la Consulta N° 007-KDM EMPRESAS SAC: Considerando que el pago por la prestación, se encuentra establecida con pagos mensuales, la aplicación de las fórmula de reajuste se efectuará por cada pago, entendiéndose que una vez efectuado el pago respectivo, ya no podrá realizarse un reajuste posterior por el período al que corresponde dicho pago.

Asimismo, se precisa que el índice será el acumulado al mes que debe efectuarse el pago correspondiente.

15. Siendo Bases Integradas, comprenden las absoluciones vinculantes a las consultas formuladas en la etapa correspondiente del proceso de selección. Conforme a ello, tratándose del numeral 2.8 de las Bases Integradas consta que, en vía de absolución a una consulta, la MDLM precisó que, atendiendo a que el pago del servicio era un pago mensual, el reajuste se efectuará por cada pago, siendo que un vez que se haya efectuado el respectivo pago ya no podrá realizarse un reajuste posterior por el período al que corresponde dicho pago; asimismo, se precisó que el índice del reajuste será el acumulado al mes en que deba efectuarse el correspondiente pago.
16. En consecuencia, conforme se aprecia objetivamente: (i) las Bases Integradas del C.P. Nro. 002-2017-MDLM – Servicio Integral de Limpieza Pública en el Distrito de La Molina, sobre la base de la autorización contenida en el numeral 17.1 del artículo 17 del REGLAMENTO, instituye el reajuste de los pagos al contratista, (ii) se establece que, en atención a que el servicio prestado se paga mensualmente, el reajuste también será mensual, por cada pago, y (iii) el reajuste se desprende de aplicar el índice acumulado del IPC al respectivo mes de pago.
17. Por su parte, el CONTRATO contiene dos cláusulas pertinentes para fines de la presente pretensión demandada:

CLÁUSULA SEXTA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO

El presente contrato está conformado por las bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA MUNICIPALIDAD se obliga a pagar la contraprestación a **EL CONTRATISTA** en SOLES en PAGOS MENSUALES, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Para efectos del pago **LA MUNICIPALIDAD** debe contar con la siguiente documentación:

- Informe del funcionario responsable de la Gerencia de Gestión Ambiental y Obras Públicas en conjunto con la Subgerencia de Servicios Públicos, emitiendo la conformidad de la prestación efectuada.
- Comprobante de pago.

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de producida la recepción.

LA MUNICIPALIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad de los bienes, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

En caso de retraso en el pago por parte de **LA MUNICIPALIDAD**, salvo que se deba por caso fortuito o fuerza mayor, **EL CONTRATISTA** tendrá derecho al pago de intereses legales conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado y en el artículo 149° de su Reglamento, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

18. Atendiendo a lo establecido en las Bases Integradas, que forman parte del acuerdo contractual, y en el propio CONTRATO, se tiene que los pagos al contratista por sus servicios son mensuales, debiéndose verificar dentro de los quince (15) días siguientes de expedida la respectiva conformidad del servicio, de manera que el reajuste aplica por el mismo período, debiéndose pagar conjuntamente.
19. El suscrito estima que, atendiendo a lo anterior, carece de sustento jurídico el extremo afirmado por la MDLM en su contestación de la demanda, en el sentido que el pacto contractual es insuficiente, deficiente, al no cumplir con las exigencias del artículo 17 del REGLAMENTO por no haber precisado la oportunidad del pago. Lo cierto y verificable objetivamente es que el CONTRATO se remite a las Bases Integradas, las que son más que precisas tratándose de la oportunidad de pago del reajuste. Se desprende, por lo tanto, que la negativa de reconocimiento y pago expresada por la MDLM carecería de todo fundamento y pareciera sustentarse en una arbitraria lectura del CONTRATO, la que sugeriría una consciente negativa a honrar una deuda que sería exigible.
20. En línea a lo anterior, el suscrito destaca que no generan convicción los dos medios probatorios presentados y referidos por la MDLM: Informe Nro. 1092-2019-MDLM-GAF-SGL y Memorando Nro. 1086-2020-MDLM-GAF, porque son simplemente pruebas auto referenciales, sustentadas en una discutible opinión interna de la propia MDLM, habiendo ya quedado demostrado objetivamente que lo establecido en las Bases Integradas y en el CONTRATO se ajusta a ley.
21. Tampoco generan convicción los criterios invocados por PETRAMAS para respaldar la viabilidad de su pretensión, y que corresponden a las Opiniones Nros. 210-2016 y 173-2017/DTN del OSCE.

22. En efecto, de acuerdo a la Opinión Nro. 210-2016/DTN, que corresponde a la absolución de una consulta presentada por la propia PETRAMAS:

“(..)

1. CONSULTA Y ANÁLISIS

De forma previa, es preciso señalar que la presente consulta se encuentra vinculada a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la “anterior Ley”), y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el “anterior Reglamento”)¹; por tanto, será absuelta bajo sus alcances. La consulta formulada es la siguiente:

“¿Resulta procedente el pago de los reajustes, siendo que se encuentran contemplados en el contrato y en las bases; y que el contratista cumplió con requerirlos oportunamente, pero la entidad no cumplió con pagarlos por un defecto en la tramitación interna de la entidad?”.(sic).

2.1 Como se ha indicado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el OSCE son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en esa medida, en vía de consulta, este Organismo Supervisor no puede emitir opinión precisando si en un determinado supuesto corresponde o no reconocer el pago de reajustes, pues ello excede la habilitación establecida la Ley.

Sin perjuicio de ello, corresponde efectuar algunas precisiones relacionadas con los contratos de servicio y la aplicación de las fórmulas de reajuste en los mismos.

En principio, debe indicarse que el artículo 49 del anterior Reglamento establecía los supuestos en los que podía reajustarse el precio a ser pagado al contratista, así como las condiciones que debían cumplirse para llevar a cabo dicho reajuste.

Así, el primer párrafo del numeral 1) del artículo 49 del anterior Reglamento señalaba que “En los casos de contratos de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada de bienes o servicios, pactados en moneda nacional, las Bases podrán considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden al contratista, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe efectuarse el pago.” (El subrayado es agregado).

Como se advierte, era facultad de cada Entidad establecer fórmulas de reajuste de precios en las bases de los procesos de selección a ser convocados para la celebración de los indicados contratos; motivo por el cual, correspondía a cada entidad evaluar si, en una contratación en concreto, era pertinente incorporar dichas fórmulas para cubrir la variación de los precios de los bienes, servicios u obras requeridos durante la ejecución contractual.

Atendiendo a ello, si las bases integradas no incorporaban fórmulas de reajuste, el proveedor, al presentar su oferta, se sometía a dichas reglas, debiendo respetarlas en la ejecución del contrato, sin considerar incrementos o reducciones en los precios.

Por consiguiente, con posterioridad a la celebración del contrato, no era posible que el contratista solicite la aplicación de fórmulas de reajuste si es que estas no fueron incorporadas en las Bases en su oportunidad.

¹ Normas vigentes hasta el 8 de enero de 2016

2.2. *Precisado lo anterior, es importante mencionar que la finalidad del reajuste de los pagos al contratista era cubrir la variación del precio de las prestaciones, producto de la distribución de la ejecución de éstas en el tiempo. De esta manera, se buscaba mantener una adecuada relación de equivalencia entre las prestaciones ejecutadas por el contratista y el pago que la Entidad debe realizar por éstas.*

En esa medida, si los índices de precios o la cotización internacional correspondientes a la fecha de pago aumentan en relación con el precio pactado, el contratista tenía derecho a que se le pague un mayor monto para poder cubrir el aumento del valor de la prestación y en tanto se encontrarán previstas las fórmulas de reajuste.

Dicho equilibrio también debía mantenerse en la situación contraria, esto es, cuando los índices de precios o la cotización internacional correspondientes a la fecha de pago disminuyen en relación con el precio pactado, por lo que en esta situación la Entidad tenía el derecho de pagar solamente el monto que representaba el valor real de las prestaciones.

2.3 *Ahora bien, con relación a la oportunidad en que debían aplicarse las fórmulas de reajuste dentro de un contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 de la anterior Ley y 149 del anterior Reglamento, en el caso de bienes y servicios, el contrato regía hasta que el funcionario competente otorgue la conformidad de la recepción de la última prestación pactada a cargo del contratista y se efectuó el pago correspondiente.*

Por su parte, atendiendo a lo previsto en el numeral 1) del artículo 49 del anterior Reglamento, el reajuste podía realizarse en cada uno de los pagos que se efectúen al contratista, siempre que se haya verificado una variación en el precio pactado y se cumplan las condiciones establecidas.

Como puede advertirse, el contrato se encontraba vigente hasta que la Entidad otorgue la conformidad por la última prestación efectuada y se realizará el pago correspondiente por esta. Así, tratándose de un contrato de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada de bienes o servicios que contempla la posibilidad de aplicar fórmulas de reajuste en sus pagos, se entiende que los reajustes debían efectuarse durante la vigencia del contrato, y en la oportunidad que se haría efectivo el pago correspondiente por la prestación.

Asimismo, como se ha establecido mediante Opinión N° 035-2016/DTN, una vez efectuado el pago respectivo, ya no podrá realizarse un reajuste posterior por el periodo al que corresponde dicho pago, entendiéndose que no pueden efectuarse reajustes correspondientes a periodos cuyos pagos ya se realizaron, toda vez que el reajuste de precios no es una figura que se aplique en vías de regularización.

2.4 *En virtud de lo expuesto, el pago de reajustes dentro de un contrato, resultaba procedente siempre que se cumpla con las condiciones previstas en el artículo 49 del anterior Reglamento y haya sido requerido por el contratista de manera oportuna dentro de la ejecución del contrato.*

Finalmente, debe agregarse que ante la existencia de cualquier controversia relacionada con dicho tema, el contratista puede recurrir a los mecanismos de solución de controversias, esto de conformidad con lo previsto en el numeral 52.1 del artículo 52 de la anterior Ley, según el cual: "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes (...)"

3. CONCLUSIONES

3.1 *El pago de reajustes dentro de un contrato, resulta procedente siempre que se cumpla con las condiciones previstas en el artículo 49 del anterior Reglamento y*

haya sido requerido por el contratista de manera oportuna dentro de la ejecución del contrato.

- 3.2 *Ante la existencia de cualquier controversia relacionada con el pago de reajustes, el contratista puede recurrir a los mecanismos de solución de controversias, esto de conformidad con lo previsto en el numeral 52.1 del artículo 52 de la anterior Ley.*

Jesús María, 29 de diciembre de 2016”.

23. Y de acuerdo a la Opinión Nro. 173-2017/DTN, resulta pertinente lo siguiente:

“(…)

2. CONCLUSIONES

- 3.1 *Para que una Entidad pueda aplicar fórmulas de reajuste en un contrato, será necesario que estas hayan sido contempladas en las bases del procedimiento de selección.*
- 3.2 *Si una Entidad requiere efectuar modificaciones al contrato previstas en el artículo 34 - A de la Ley, que se encuentren relacionadas con el precio ofertado por el contratista, debe cumplir con efectuar el análisis correspondiente y emitir el sustento respectivo, de conformidad con lo señalado en el artículo 142 del Reglamento, precisando que dicha modificación debe ser aprobada por el Titular de la Entidad, facultad que es indelegable.*

Jesús María, 15 de agosto de 2017”.

24. El suscrito no aprecia que sea una materia controvertida la previsión de reajuste por IPC. No tiene sentido, conforme a ello, invocar medios probatorios para destacar la viabilidad jurídica de la previsión del reajuste, menos que ello sea el sustento para ordenar su pago. No está en discusión que las Bases Integradas establecieron en su oportunidad del referido mecanismo de reajuste, el mismo que forma parte del CONTRATO.
25. La controversia recae más bien en la oportunidad de su presentación (por parte de PETRAMAS a la MDLM) y requerimiento para fines de su pago, siendo que, conforme a la indicación contenida en las Bases Integradas, la solicitud de reajuste debía ser requerida al solicitarse el pago del correspondiente período mensual, no de manera posterior, menos con eficacia retroactiva. Además está decir que, si el reajuste no hubiese sido contemplado en las bases del correspondiente proceso de selección que dio origen al CONTRATO, entiéndase, Bases Integradas en el caso concreto, no resultaría procedente la exigencia del reajuste.
26. El suscrito, a mérito de la tesis de defensa de la MDLM, conforme a la cual ya caducó el derecho de la contratista de exigir el pago del reajuste objeto de la presente pretensión, estima que este extremo sí resulta siendo atendible. En efecto, está probado documentalmente que PETRAMAS presentó oportunamente a la MDLM los documentos necesarios para el pago del servicio prestado mensualmente (lo que incluye las facturas electrónicas correspondientes); empero, no está acreditado que, en dichas oportunidades, conforme a las Bases Integradas que forman parte del CONTRATO, sujeto al principio de obligatoriedad, haya requerido el pago del reajuste

por aplicación del IPC por el respectivo período mensual. La previsión contractual que legitima a cobrar dicho reajuste es puntual y precisa: la MDLM estableció en su momento, y así fue aceptado por PETRAMAS al someterse a las bases, al formular su propuesta y al contratar, que, atendiendo a que el pago del servicio era un pago mensual, el reajuste se efectuaría por cada pago (mensual), siendo que una vez que se hubiese efectuado el respectivo pago ya no podría realizarse un reajuste posterior por el período al que corresponde dicho pago. Asimismo, se precisó que el índice del reajuste será el acumulado al mes en que deba efectuarse el correspondiente pago. En otras palabras, por ejemplo, si el reajuste correspondiente al IPC por el mes de agosto no se solicitó respecto al pago del servicio por el mes de agosto, caducó, se extinguió, feneció la pretensión, dado que está establecido expresa e inequívocamente que no se puede solicitar el pago del reajuste de manera posterior, independientemente al mes en que corresponde pagar el servicio.


27. Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, un tema es la procedencia del reajuste y otro, muy distinto, es lo relativo a los períodos en los cuales aplica. Según ya ha sido destacado precedentemente, mediante Laudo Parcial, contenido en la Orden Procesal Nro. 4, de fecha 1 de febrero de 2021, el Tribunal Arbitral declaró, entre otros aspectos, fundada parcialmente la excepción de litispendencia deducida por la MDLM contra la demanda arbitral de PETRAMAS, teniendo en consideración:

34. Atendiendo a lo señalado, este Tribunal Arbitral concluye finalmente que corresponde estimar parcialmente la excepción de LITISPENDENCIA presentada por la Municipalidad, declarándola parcialmente fundada; por lo que, tratándose de la primera pretensión de la demanda, la misma subsiste tratándose de las sumas en cobranza por los servicios de recolección y transporte de residuos por los períodos de junio y julio de 2018, noviembre de 2019, así como por mayo y junio de 2020; y tratándose de la segunda pretensión de la demanda, la misma subsiste por los reajustes del índice de precios al consumidor por el año 2019, y por los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2020 en el servicio de recolección.

Conforme a ello, sólo se admitió como pretensión válida (lo cual no corresponde calificar como derecho, al ser ésta una titularidad distinta) los reajustes por IPD por el año 2019 y por el período que comprende los meses de enero a junio de 2020. Esto es, por litispendencia se excluyó el reajuste relativo al año 2018. Incurrir en una grave contradicción PETRAMAS cuando, de un lado, precisa que su demanda se limita conforme al Laudo Parcial, pero, de otro lado, mantiene el monto demandado inicialmente por esta segunda pretensión.


28. Conforme a los medios probatorios proporcionados por PETRAMAS, que no han sido impugnados, negados o cuestionados en cuanto sus contenidos por la MDLM, corresponde examinar si el reajuste demandado fue efectivamente requerido en la oportunidad prevista en las Bases Integradas, las mismas que, se reitera, forman parte de la relación jurídica contractual establecida entre la MDLM y PETRAMAS.

29. PETRAMAS pone en cobranza lo relativo a los servicios prestados en noviembre de 2019, para cuyo efecto presentó a la MDLM el respectivo comprobante de pago:

|  | | FACTURA N°: F001-00010431 FECHA EMISIÓN: 17/06/2020 EMISOR: PETRAMAS SAC DIRECCIÓN: AV. TOMAS MARSANO 2813 INT. 8 URB. OVALO HIGUERETA (8VO.PISO/2 CDRAS OVALO HIGUERETA) - OVALO HIGUERETA - SANTIAGO DE SURCO - LIMA - LIMA TELÉFONO: (511) 419-9300 FAX: (511) 419-9300 TIPO OPERACIÓN: 1001 - OPERACIÓN SUJETA A DETRACCIÓN | R.U.C N° 20297566866 FACTURA ELECTRÓNICA F001-00010431 ✓ | | | | | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|----------------|-----------|-----|----------------|
| CLIENTE: 4000000000 - MUNICIPALIDAD DE LA MOLINA RUC/DOC. IDENTIDAD: 20131365722 DIRECCIÓN: AV. ELIAS APARICIO NRO. 740 URB. LAS LAGUNAS (FRENTE A WONG DE LA PLANICIE) - LA MOLINA - LIMA - LIMA | | TIPO DE MONEDA: PEN - Soles VENDEDOR: ZONA: PE1514 | | | | | | | |
| PEDIDO/ENTREGA | NUM INTERNO | ORDEN COMPRA | CONDICIÓN PAGO | FEC. VENCIMIENTO | INCOTERM | | | | |
| 1001589282 | 7000161124 | CONT MUNICIPALIDAD D | C030 - AL CREDITO | 17/07/2020 | | | | | |
| ITEM | CÓDIGO | CANTIDAD | UNI. DE MEDIDA | DESCRIPCIÓN DEL ARTICULO | PRECIO VENTA | VALOR UNITARIO | IGV | ISC | VALOR DE VENTA |
| 1 | 10000073 | 1.00 | NIU | POR PRESTACION DE SERVICIO DE LIMPIEZA INTEGRAL, SEGUN CONSOLIDADO DE LIQUIDACION No 9815 | 1,860,398.00 | 1,576,608.47 | 283789.53 | | 1,576,608.47 |


Dicho comprobante de pago se sustenta en la conformidad contenida en el Memorándum Nro. 129-2019-MDLM-GDSSC del 19 de diciembre de 2019, el cual junto con la Factura F001-00010431 constituyen el anexo A-13 de la demanda. Conforme se aprecia, ni en la conformidad (generada por lo requerido preliminarmente) ni en dicho comprobante de pago figura el importe correspondiente al reajuste por IPC por el respectivo período mensual de noviembre de 2019.

30. PETRAMAS pone en cobranza lo relativo a los servicios prestados en mayo de 2020, para cuyo efecto presentó a la MDLM el respectivo comprobante de pago:

|  | | FACTURA N°: F001-00010432 FECHA EMISIÓN: 17/06/2020 EMISOR: PETRAMAS SAC DIRECCIÓN: AV. TOMAS MARSANO 2813 INT. 8 URB. OVALO HIGUERETA (8VO.PISO/2 CDRAS OVALO HIGUERETA) - OVALO HIGUERETA - SANTIAGO DE SURCO - LIMA - LIMA TELÉFONO: (511) 419-9300 FAX: (511) 419-9300 TIPO OPERACIÓN: 1001 - OPERACIÓN SUJETA A DETRACCIÓN | R.U.C N° 20297566866 FACTURA ELECTRÓNICA F001-00010432 ✓ | | | | | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|----------------|-----------|-----|----------------|
| CLIENTE: 4000000000 - MUNICIPALIDAD DE LA MOLINA RUC/DOC. IDENTIDAD: 20131365722 DIRECCIÓN: AV. ELIAS APARICIO NRO. 740 URB. LAS LAGUNAS (FRENTE A WONG DE LA PLANICIE) - LA MOLINA - LIMA - LIMA | | TIPO DE MONEDA: PEN - Soles VENDEDOR: ZONA: PE1514 | | | | | | | |
| PEDIDO/ENTREGA | NUM INTERNO | ORDEN COMPRA | CONDICIÓN PAGO | FEC. VENCIMIENTO | INCOTERM | | | | |
| 1001761224 | 7000161125 | CONT MUNICIPALIDAD D | C030 - AL CREDITO | 17/07/2020 | | | | | |
| ITEM | CÓDIGO | CANTIDAD | UNI. DE MEDIDA | DESCRIPCIÓN DEL ARTICULO | PRECIO VENTA | VALOR UNITARIO | IGV | ISC | VALOR DE VENTA |
| 1 | 10000071 | 1.00 | NIU | POR PRESTACION DE SERVICIO DE LIMPIEZA INTEGRAL, SEGUN CONSOLIDADO DE LIQUIDACION No 11078 | 1,868,848.00 | 1,583,600.00 | 285048.00 | | 1,583,600.00 |


Dicho comprobante de pago se sustenta en la conformidad contenida en el Memorándum Nro. 328-2020-MDLM-GDSSC del 6 de julio de 2020, el cual junto con la Factura F001-00010432 constituyen el anexo A-14 de la demanda. Conforme se aprecia, al igual que en el caso anterior, ni en la conformidad ni en dicho comprobante de pago figura el importe correspondiente al reajuste por IPC por el respectivo período mensual de mayo de 2020.

31. Por último, PETRAMAS pone en cobranza lo relativo a los servicios prestados en junio de 2020, para cuyo efecto presentó a la MDLM el respectivo comprobante de pago:

|  | FACTURA N°: | F001-00010466 | <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;"> R.U.C N° 20297566866 FACTURA ELECTRÓNICA F001-00010466 </div> | | | | | | |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|----------------|-----------|-----|----------------|
| | FECHA EMISIÓN: | 26/06/2020 | | | | | | | |
| | EMISOR: | PETRAMAS SAC | | | | | | | |
| | DIRECCIÓN: | AV. TOMAS MARSANO 2813 INT. 8 URB. OVALO HIGUERETA (8VO. PISO) 2 CDAS OVALO HIGUERETA) - OVALO HIGUERETA - SANTIAGO DE SURCO - LIMA - LIMA | | | | | | | |
| | TELÉFONO: | (511) 419-9300 | | | | | | | |
| FAX: | (511) 419-9300 | TIPO OPERACIÓN: | 1001 - OPERACIÓN SUJETA A DETRACCIÓN | | | | | | |
| CLIENTE: | 4000000000 - MUNICIPALIDAD DE LA MOLINA | | TIPO DE MONEDA: | PEN - Soles | | | | | |
| RUC/DOC. IDENTIDAD: | 20131365722 | | VENDEDOR: | | | | | | |
| DIRECCIÓN: | AV. ELIAS APARICIO NRO. 740 URB. LAS LAGUNAS (FRENTE A WONG DE LA PLANICIE) - LA MOLINA - LIMA - LIMA | | ZONA: | PE1514 | | | | | |
| PEDIDO/ENTREGA | NUM. INTERNO | ORDEN COMPRA | CONDICIÓN PAGO | FEC. VENCIMIENTO | INCOTERM. | | | | |
| 1001778501 | 7000161594 | CONT MUNICIPALIDAD D | C030 - AL CREDITO | 26/07/2020 | | | | | |
| ITEM | CÓDIGO | CANTIDAD | UNI. DE MEDIDA | DESCRIPCIÓN DEL ARTICULO | PRECIO VENTA | VALOR UNITARIO | IGV | ISC | VALOR DE VENTA |
| 1 | 10000072 | 1.00 | NIU | POR PRESTACION DE SERVICIO DE LIMPIEZA INTEGRAL, SEGUN CONSOLIDADO DE LIQUIDACION No 11154 | 1,412,849.34 | 1,197,329.95 | 215519.39 | | 1,197,329.95 |

Dicho comprobante de pago se sustenta en la conformidad contenida en el Memorándum Nro. 393-2020-MDLM-GDSSC del 13 de agosto de 2002, el cual junto con la Factura F001-00010466 constituyen el anexo A-15 de la demanda. Conforme se aprecia, y al igual que en los casos anteriores, ni en la conformidad ni en dicho comprobante de pago figura el importe correspondiente al reajuste por IPC por el respectivo período mensual de junio de 2020.

32. Es más, tratándose de otras facturas presentadas por PETRAMAS y que corresponden a otros períodos mensuales de servicios, las mismas que obran en el expediente, se verifica la misma omisión, tanto en las liquidaciones presentadas a la MDLM y que derivan en sendas conformidades de servicio, como en las respectivas facturas. Es el caso de las facturas emitidas por los meses de junio y julio de 2018:


| | | |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | FACTURA N°: | F001-0006052 |
| | FECHA EMISIÓN: | 16/08/2018 |
| | EMISOR: | PETRAMAS S.A.C. |
| | DIRECCIÓN: | AV. TOMAS MARSANO NRO. 2813 INT. 8 (6VO.PISO / 2 CDORAS OVALO HIGUERETA SANTIAGO DE SURCO LIMA LIMA |
| | TELÉFONO: | (511) 419-9300 |
| | FAX: | (511) 419-9300 |
| | TIPO OPERACIÓN: | 01 - VENTA INTERNA |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------|--|
| RUC: 20297566866 FACTURA ELECTRÓNICA F001-0006052 | |
|------------------------------------------------------------------------------|--|

| | | | |
|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|-----------|
| CLIENTE: | 4000000000 - MUNICIPALIDAD DE LA MOLINA | TIPO DE MONEDA: | PEN - SOL |
| RUC/DOC. IDENTIDAD: | 20131365722 | VENDEDOR: | |
| DIRECCIÓN: | AV. ELIAS APARICIO NRO. 740 URB. LA S LAGUNAS (FRENTE A WONG DE LA PLAN LA MOLINA LIMA LIMA | ZONA: | PE1514 |

| PEDIDO/ENTREGA | NUM.INTERNO | ORDEN COMPRA | CONDICIÓN PAGO | FEC.VENCIMIENTO | INCOTERM. |
|----------------|-------------|---------------------------------|-----------------|-----------------|-----------|
| 1001064085 | 7000104816 | CONT MUNICIPALIDAD DE LA MOLINA | C030-AL CREDITO | | |

| ITEM | CÓDIGO | CANTIDAD | UNI. DE MEDIDA | DESCRIPCIÓN DEL ARTICULO | PRECIO VENTA | VALOR UNITARIO | IGV | ISC | VALOR DE VENTA |
|------|----------|----------|----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|----------------|------------|------|----------------|
| 010 | 10000073 | 1.000 | SRV | PRESTACION DE SERVICIO DE LAVADO DE PAPELERAS | 40,000.00 | 73,898.31 | 6,101.69 | 0.00 | 33,898.31 |
| 011 | 10000221 | 1.000 | SRV | POR REAJUSTE POR INCREMENTO DE LA RMV SEGUN CONTRATO N° 043-2017-MDLM | 39,083.38 | 33,121.51 | 5,961.87 | 0.00 | 33,121.51 |
| 012 | 10000071 | 1.000 | TN | POR PRESTACION DE SERVICIO DE RECOLECCION DE RESIDUOS SOLIDOS(DE ACUERDO AL AL CONTRATO N° 043-2017-MDLM) | 1,078,270.00 | 1,992,058.13 | 164,481.87 | 0.00 | 913,788.13 |
| 013 | 10000072 | 1.000 | SRV | POR PRESTACION DE SERVICIO DE BARRIDO DE CALLES(DE ACUERDO AL CONTRATO N° 043-2017-MDLM) | 850,000.00 | 1,570,338.98 | 129,661.02 | 0.00 | 720,338.98 |

| | | |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | FACTURA N°: | F001-0006055 |
| | FECHA EMISIÓN: | 20/08/2018 |
| | EMISOR: | PETRAMAS S.A.C. |
| | DIRECCIÓN: | AV. TOMAS MARSANO NRO. 2813 INT. 8 (6VO.PISO / 2 CDORAS OVALO HIGUERETA SANTIAGO DE SURCO LIMA LIMA |
| | TELÉFONO: | (511) 419-9300 |
| | FAX: | (511) 419-9300 |
| | TIPO OPERACIÓN: | 01 - VENTA INTERNA |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------|--|
| RUC: 20297566866 FACTURA ELECTRÓNICA F001-0006055 | |
|------------------------------------------------------------------------------|--|

| | | | |
|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|-----------|
| CLIENTE: | 4000000000 - MUNICIPALIDAD DE LA MOLINA | TIPO DE MONEDA: | PEN - SOL |
| RUC/DOC. IDENTIDAD: | 20131365722 | VENDEDOR: | |
| DIRECCIÓN: | AV. ELIAS APARICIO NRO. 740 URB. LA S LAGUNAS (FRENTE A WONG DE LA PLAN LA MOLINA LIMA LIMA | ZONA: | PE1514 |

| PEDIDO/ENTREGA | NUM.INTERNO | ORDEN COMPRA | CONDICIÓN PAGO | FEC.VENCIMIENTO | INCOTERM. |
|----------------|-------------|---------------------------------|-----------------|-----------------|-----------|
| 1001097856 | 7000105075 | CONT MUNICIPALIDAD DE LA MOLINA | C030-AL CREDITO | | |

| ITEM | CÓDIGO | CANTIDAD | UNI. DE MEDIDA | DESCRIPCIÓN DEL ARTICULO | PRECIO VENTA | VALOR UNITARIO | IGV | ISC | VALOR DE VENTA |
|------|----------|----------|----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|----------------|------------|------|----------------|
| 010 | 10000073 | 1.000 | SRV | PRESTACION DE SERVICIO DE LAVADO DE PAPELERAS | 40,000.00 | 73,898.31 | 6,101.69 | 0.00 | 33,898.31 |
| 011 | 10000221 | 1.000 | SRV | POR REAJUSTE POR INCREMENTO DE LA RMV SEGUN CONTRATO N° 043-2017-MDLM | 39,256.77 | 33,268.45 | 5,988.32 | 0.00 | 33,268.45 |
| 012 | 10000071 | 1.000 | TN | POR PRESTACION DE SERVICIO DE RECOLECCION DE RESIDUOS SOLIDOS(DE ACUERDO AL CONTRATO N° 043-2017-MDLM) | 1,098,316.00 | 2,029,092.27 | 167,539.73 | 0.00 | 930,776.27 |
| 013 | 10000072 | 1.000 | SRV | POR PRESTACION DE SERVICIO DE BARRIDO DE CALLES(DE ACUERDO AL CONTRATO N° 043-2017-MDLM) | 850,000.00 | 1,570,338.98 | 129,661.02 | 0.00 | 720,338.98 |

33. Si bien el suscrito acepta que, conforme a las Bases Integradas que forman finalmente parte del acuerdo contractual, le asistía el derecho a PETRAMAS de exigir el pago del reajuste convenido por IPC, no puede dejar de destacar que para hacer efectivo dicho derecho debía seguir necesariamente un procedimiento de inexcusable conocimiento, conforme a las propias Bases Integradas del CONTRATO:

2.8. REAJUSTE DE LOS PAGOS¹⁵

Se considera el reajuste mensual de los pagos que corresponden al contratista de conformidad con el artículo 17 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, correspondiente al mes en que debe efectuarse el pago, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Precio reajustado} = \frac{\text{Precio ofertado} \times \text{variación del Índice de Precios al Consumidor}}{\text{correspondiente al mes en que debe efectuarse el pago.}}$$

¹³ De acuerdo a la Absolución a la Consulta N° 006-KDM EMPRESAS SAC: No es necesaria la presentación la planilla del PDT del personal.

Al respecto, requerir que el personal pertenezca a la planilla de los postores, implica que el participante contrata los servicios de determinado personal antes de saber los resultados del proceso de selección, lo cual resulta contrario al Principio de Libertad de Concurrencia previsto en el artículo 2 de la Ley

¹⁴ De acuerdo a la Absolución a la Consulta N° 005-KDM EMPRESAS SAC

¹⁵ De acuerdo a la Absolución a la Consulta N° 007-KDM EMPRESAS SAC: Considerando que el pago por la prestación, se encuentra establecida con pagos mensuales, la aplicación de las fórmula de reajuste se efectuará por cada pago, entendiéndose que una vez efectuado el pago respectivo, ya no podrá realizarse un reajuste posterior por el período al que corresponde dicho pago.

Asimismo, se precisa que el Índice será el acumulado al mes que debe efectuarse el pago correspondiente.

34. Estaba establecido que el pago del reajuste mensual era con ocasión de cada pago mensual por el servicio prestado, habiéndose establecido que una vez efectuado el correspondiente pago ya no podría realizarse un reajuste posterior por el período al que correspondería el pago, lo cual exigía que se facture el mismo: monto del servicio más reajuste. Ello no corresponde a un tema controvertido, dado que la literalidad es concluyente, siendo que ningún juez o árbitro puede modificar los contenidos contractuales, que son absolutamente vinculantes, salvo que la ley lo autorice expresamente (caso, por ejemplo, de la excesiva onerosidad de la prestación). El suscrito tiene la firme convicción, teniendo en consideración que se está ante un contrato administrativo con rigurosos protocolos para el pago como es propio de la administración pública, sea nacional, regional o local, que PETRAMAS, con ocasión de presentar la documentación sustentatoria para el pago, debía liquidar y cobrar el reajuste por IPC por el período mensual correspondiente, siendo un tema distinto absolutamente si la MDLM cumplía oportunamente o no con dicha obligación de pago. No resulta admisible considerar que, como finalmente no hubo el pago (oportuno) de lo puesto en cobranza, entonces luego se puede solicitar el reajuste, uno, seis o doce meses después, o asignar carácter de requerimiento de pago a lo que es una simple comunicación sobre deuda generada.
35. Menos resulta admisible la singular tesis, desarrollada en el voto en mayoría, conforme a la cual le correspondía a la MDLM, como deudora, requerir a PETRAMAS, que era la acreedora, que presente lo relativo a la cobranza del reajuste pactado, lo cual implica obviar que le compete al acreedor poder exigir el pago de lo que le pudiese ser adeudado. Esa exigencia no corresponde al deudor, quien podrá acogerse, de ser el caso, a las figuras de la prescripción extintiva, o de la caducidad, de ser el caso, conforme a lo establecido en las Bases Integradas. Y es que, si por cualesquiera razones PETRAMAS no ejerció su derecho, no le compete a un juez o árbitro, pretender

subsanan dicha omisión y establecer que era la MDLM la que debía requerir la cobranza (incluido el reajuste *sub litis*).

36. Esa exigencia de cobranza, y en una determinada oportunidad conforme a las Bases Integradas que rigen al CONTRATO, corresponde, por consiguiente, a una determinada situación denominada, en derecho, carga. Se trata de una situación jurídica subjetiva de desventaja activa, conforme a la cual, una parte contractual debe realizar o abstenerse de algo para mantener un derecho en sentido amplio, o su titularidad, porque de no observarla se expone a perderlo, a que caduque en el caso concreto. La carga más conocida es probablemente la de carácter procesal, en el sentido que quien demanda e invoca hechos, debe probarlos, porque de lo contrario se desestimará su demanda, afectándose directamente su propio interés. Igual ocurre en el marco de un contrato de seguro, conforme al cual ante la ocurrencia de un siniestro el asegurado debe observar la carga legal de dar inmediato aviso a la aseguradora, porque de lo contrario caducará, se extinguirá su pretensión indemnizatoria, perdiendo el derecho de poder reclamar cobertura.

37. En palabras de calificada doctrina²:

*“El concepto de carga nació en la teoría del Derecho procesal, para explicar aquellos casos en que uno de los litigantes se encuentra constreñido a adoptar una determinada conducta para evitar un perjuicio procesal, que en última instancia puede ser una sentencia desfavorable. Inicialmente, el concepto se utiliza para explicar la llamada “carga de la prueba”, aunque después se generaliza a otros supuestos. GOLDSCHMIDT señaló que **las cargas no constituyen deberes jurídicos, en el sentido que no son nunca directamente exigibles, pero implican la necesidad de la adopción de una conducta para la evitación de un perjuicio**”.* Lo destacado con negrita es nuestro.

38. Y se prosigue destacando:

*“Reimer SCHMIDT señaló que, **al lado de las obligaciones perfectas y de otras que se pueden denominar incompletas, existen supuestos de origen legal o convencional en que la necesidad de adopción de una conducta por parte de un sujeto, posee una intensidad menor. Estos supuestos se caracterizan porque regularmente el sujeto activo no le corresponde ninguna pretensión encaminada a su cumplimiento, ni tampoco la posibilidad de una acción o de ejecución, ni una pretensión de resarcimiento de daños por su inobservancia o infracción. Sin embargo, la persona colocada en la necesidad de adopción de esta conducta se ve situada, en caso de inobservancia, frente a ciertas desventajas jurídicas. La relación que en tales normas se produce entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se encuentra articulada en interés del sujeto activo y del sujeto pasivo. Se crea una situación en virtud de la cual la observancia del comportamiento es premisa del buen resultado del propio interés. La misma idea ha sido sostenida por otros autores, como ESSER y SMICHDT, quienes señalan que las cargas obedecen a criterios de atribución y distribución de riesgo, y son, en definitiva, imperativos colocados para defender el propio interés. La inobservancia de las cargas***

² DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen segundo (Las relaciones obligatorias), quinta edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996, págs. 109 y 110.

determina un entorpecimiento, una reducción o una pérdida del derecho o, en general, de la posición jurídica del gravado”. Lo destacado con negrita es nuestro.

39. Siguiendo siempre a calificada doctrina³: *“(La carga) definida también como “deber libre” y destinado a ubicarse entre la libertad y la obligación, se traduciría como un comportamiento necesitado para la realización de un interés propio del titular”.*
40. Dicha definición es concluyente, porque de ella se extrae, que la contraparte (que, en este caso es la MDLM) no puede exigir la conducta, no puede “obligar” coercitivamente a que se ejecute, ni tiene la herramienta de la prestación indemnizatoria de manera alterna, por lo que la parte sujeta a la carga (en este caso, PETRAMAS) decide “libremente” si la observa o no; pero, de no hacerlo, le traerá (graves) consecuencias jurídicas, se afectará su propio interés, perderá derechos o se verá expuesto a alguna contingencia. La materialización de un determinado riesgo dependerá, en consecuencia, de la observancia o no de la respectiva carga por el propio interesado.
41. Conforme a lo anterior, si PETRAMAS no requirió, no exigió, el pago del reajuste al poner en cobranza el pago adeudado por el servicio prestado en un determinado mes, quedó impedida automáticamente de poder hacerlo de manera sobreviniente, fuera de la cobranza de dicho período mensual, por haber caducado su correspondiente pretensión por inobservancia de una específica carga contractual que aceptó en su oportunidad, libremente, y cuyo conocimiento y aplicación no puede ser negado, en función al principio de obligatoriedad contractual, menos puede ser obviada o suplida en sede arbitral en la que se debe resolver no solo imparcialmente sino conforme a derecho.
42. Debe destacarse que, como anexo 20 de su demanda, PETRAMAS presenta las diversas comunicaciones dirigidas a la MDLM informando sobre el reajuste de precios tanto por IPC como por Remuneración Mínima Vital (RMV). A juicio del suscrito una cosa es informar sobre el monto del reajuste (siendo que ya se ha admitido que el contrato autoriza a cobrarlo) y otra, muy distinta, es evidenciar la voluntad exigir su pago, de cobrarlo. Y es que, conforme ya se ha destacado, en el importe facturado periódicamente por servicios, el mismo que se deriva de una liquidación (presentada por la propia PETRAMAS) y de la ulterior conformidad administrativa, no hay mención alguna a la cobranza del reajuste por IPC. Conforme a ello, es particularmente relevante, significativo, en abono a lo señalado, que en las facturas electrónicas emitidas por PETRAMAS por los servicios prestados por los correspondientes períodos mensuales (que también obran como anexos de la demanda arbitral), las mismas sólo contengan el importe pertinente por concepto del pretendido reajuste por RMV, pero no contengan el importe que pretendidamente correspondería al reajuste por IPC, no habiéndose hecho ni siquiera reserva alguna sobre dicho reajuste, máxime cuando la carga contractual a observar por PETRAMAS era particularmente severa, en el sentido que el reajuste se cobraba con el pago del servicio prestado en el correspondiente mes, caso contrario, caducaba, se extinguía, la respectiva pretensión de pago.

³ BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. Derecho Civil, tomo I, volumen 1 (Normas, sujetos y relación jurídica), primera edición en español, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, págs. 447 y ss.

43. En buena cuenta, está probado incuestionablemente que PETRAMAS no exigió oportunamente el pago de los reajustes mensuales por IPC. Este tema es fundamental. Recurriendo a autorizada doctrina, una carta o comunicación haciendo saber de una deuda, indicando su fecha de vencimiento, o su importe, no es suficiente para afirmar que se está ante un requerimiento o exigencia de pago. Un requerimiento es una cobranza, es una exigencia, y esa voluntad debía estar inobjetablemente documentada en la liquidación presentada mes a mes por el acreedor (indicando los reajustes que fuesen pertinentes), esto es, por PETRAMAS a la MDLM, lo cual permitía a su vez que el respectivo importe sea reflejado en la conformidad administrativa que debía extender esta última (lo que incluye la cifra derivada de aplicar el reajuste por IPC), para luego plasmarse en la correspondiente factura que debía ser atendida en cierto plazo.
44. Resulta sofisticado sostener, conforme a ello, que el comprobante (factura) presentado no corresponde al derecho en sí, tal como se afirma en el voto por mayoría, ya que se omite considerar el protocolo de pago: primero, la existencia de una liquidación previa de PETRAMAS de todos los conceptos por cobrar por el correspondiente mes; segundo, la conformidad administrativa de la MDLM a esa liquidación, lo cual permite programar, calendarizar el pago, y tercero, la presentación del correspondiente comprobante de pago. Cualquier persona con un mínimo de experiencia y/o conocimiento administrativo, conoce muy bien que la entidad (como deudora) no va a pagar a la acreedora (PETRAMAS, en este caso) suma mayor a la que hubiese sido facturada, porque ésta es el sustento de la orden de pago. Por ello, precisamente, existe el trámite de liquidar y brindar la conformidad a la suma mensual que se pretende en total cobrar. Y ello se agrava por el hecho que, si PETRAMAS no requería oportunamente el pago del reajuste del IPC por el correspondiente período mensual, se extinguía su derecho de cobro, por lo que debía ser la primera interesada en cumplir rigurosa, puntual, escrupulosamente, el régimen pactado, era su carga conforme ya se ha destacado.
45. El suscrito desconoce las razones de tan grave omisión de PETRAMAS, a pesar que ya había manifestado por escrito a la MDLM cuánto correspondería por dicho reajuste, pero tiene claro que, al margen de ella, en derecho, caducó su derecho a solicitar el pago de los reajustes reclamados, conforme a las Bases Integradas. En cualquier caso, si considerase que su derecho no se ha extinguido, tiene otras vías legales residuales para el cobro, pero ello no es materia propia de arbitraje administrativo, por expresa previsión legal.
46. Para concluir, llama la atención la afirmación contenida en el voto por mayoría en el sentido que, en cualquier caso, no operaba caducidad alguna del derecho de cobro, porque la caducidad, como figura jurídica, sólo tiene por fuente a la ley, no a un contrato.
47. Pareciera que se genera, en el voto por mayoría, una grave confusión entre lo que es prescripción extintiva y caducidad, entre los artículos 2000 (*“Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción”*) y 2004 (*“Los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario”*) del Código Civil, siendo que toma dicha redacción de manera textual,

nivel primario de lo literal, sobre la base de un supuesto que no está contenido en la norma.

48. Para ello, resulta pertinente remitirnos a calificada doctrina, tanto nacional⁴ como extranjera⁵, que se pronuncian sobre el tema, entre ella, la siguiente:

“Dos cosas quedan claras de este artículo a nuestro juicio:

La primera, que cuando la ley ha fijado plazos de caducidad, las partes no pueden pactar en contrario. Entendemos que los plazos de caducidad son de Orden Público y, por consiguiente, todo pacto en contrario será nulo en vista del artículo V del Título Preliminar del Código Civil. Dado que las acciones están reguladas por norma con rango de ley, hay que entender que los plazos de caducidad, también deben ser fijados por normas del mismo rango, no inferiores.

Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, aquí es posible que las partes fijen plazos de caducidad cuando no contravenga uno que haya sido establecido por la ley. Hay que notar, en este sentido, que existe una marcada diferencia entre el artículo 2004, referido a la caducidad, y el 2000, que trata la misma materia en referencia a la prescripción. En éste se dice: “Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción”. El artículo 2000 está excluyendo que se fije plazos de prescripción por medios distintos a los de la norma legislativa con rango de ley. como oportunamente hicimos notar. Sin embargo, el artículo 2004 no establece taxativamente lo mismo, simplemente, se limita a decir que los plazos fijados por ley no pueden ser modificados”. Lo destacado es nuestro.

Y siendo que el Código Civil vigente tiene como influencia directa al Código Civil italiano de 1942, resulta más que pertinente lo que expresa, sobre los pactos de caducidad convencional, su más reputada doctrina:

*“También en la hipótesis de que un término, al que se remite el ejercicio de un derecho, haya sido estipulado convencionalmente por los particulares, tiene importancia la calificación jurídica de la figura. En efecto, como bien es sabido, la cláusula es nula, si las partes han pretendido derogar las normas sobre la prescripción. **En cambio, la cláusula puede ser válida, si el término es configurable como de “caducidad”, siempre que no se trate de un “negocio en fraude a la ley”, tendiente en últimas a remover la inderogabilidad de las normas previstas en materia de prescripción, o dictadas en otra materia, pero también sustraída a la disponibilidad de las partes”.** Lo destacado es nuestro.*

49. Siendo la cobranza de un crédito (en el presente caso, el reajuste por IPC) una materia patrimonial, de carácter evidentemente disponible, resulta innegable que las partes pueden acordar un régimen de caducidad, de manera que no requerirse el cobro del respectivo crédito en cierto término ello derive en la extinción de la pretensión o derecho. Siendo así las cosas, no corresponde disponer en sede arbitral la obligación de pago de un crédito ya extinguido, inexistente, caduco, sin perjuicio que se genera un

⁴ RUBIO CORREA, MARCIAL. Prescripción y caducidad. La extinción de derechos y acciones en el Código Civil. En: Biblioteca para leer el Código Civil, tomo VII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989, pág. 73.

⁵ BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. Op. cit., pág. 531.

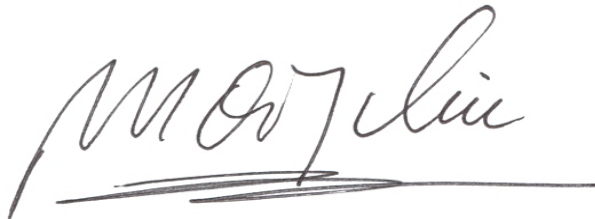
grave desincentivo para que las partes cuiden responsablemente de ejercer de manera oportuna sus titularidades.

Conclusión

50. Por las consideraciones precedentemente expuestas, el suscrito concluye que corresponde definitivamente declarar INFUNDADA esta segunda pretensión principal, por lo que no corresponde ordenar que la MDLM deba pagar el reajuste por IPC demandado por PETRAMAS, por inobservancia propia de carga contractual que derivó en la caducidad de su derecho.

Por lo expuesto, el árbitro que suscribe el presente voto discrepante vota por:

DESESTIMAR la segunda pretensión de la demanda, declarándola INFUNDADA, por las razones expresadas en la parte considerativa.



MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA
ÁRBITRO