

ARB-01-18

CARGO

SUMILLA: PRECISO SOBRE MEDIO
PROBATORIO

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES, debidamente representada por su Procuradora Pública Municipal **Dra. MARIELA GONZALEZ ESPINOZA**, en los seguidos por **PETRAMAS S.A.C.**; sobre **ARBITRAJE DE DERECHO**; a usted atentamente digo:

Que, el 2 de julio de 2018, se presentó dentro del plazo legal el escrito de contestación, en el cual se señaló como medio probatorio en el **Anexo 1-H**, Grupo de Cartas remitidas a Petramás requiriendo mayor información.

Al respecto, debemos precisar que hubo un error material en la descripción del anexo, pues éste Grupo de Cartas, conformado por la Carta N° 716-2016-SGLPAV/GOSP/MM, de fecha 20.10.2016, Carta N° 763-2016-SGLPAV/GOSP/MM del 21.11.2016, fueron remitidas a la empresa INTELFIN, realizando observaciones al Informe emitido por ésta, la cual no tuvo una respuesta final o versión final del informe, motivo por el cual podemos señalar que el Informe de INTELFIN es a la fecha unilateral, toda vez que la Municipalidad no la convalidó.

Por tanto

Solicito a usted, Señor Presidente, admitir tener por presentada la citada aclaración y rectificación respecto al medio probatorio 1-H.

Miraflores, 3 de junio de 2018.

RODRIGUEZ ANGOLO
RECIBIDO
NO ES SENAL DE CONFORMIDAD
Fecha: 3/7/18
Hora: 5:06 pm



MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES

MARIELA GONZALEZ ESPINOZA
Procuradora Pública Municipal
Reg. CAL. 22917

Lima, 03 de julio de 2018

420

Señores:
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES
Av. Larco N° 400
Miraflores.-

Atención: **Dra. Mariela González Espinoza**
Procuradora Pública

Referencia: Arbitraje Ad Hoc Petramás S.A.C – Municipalidad Distrital de Miraflores

De mi consideración:

En atención al caso arbitral de la referencia cumplo con notificar lo siguiente:

- Resolución N° 4 de fecha 03 de julio de 2018.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente.


FREDY DOMINGUEZ FERNANDEZ

DNI 41497224

Secretario Arbitral

Celular 990-540-629

Calle Chinchun 601 - San Isidro



CARTA EXTERNA Nro.
22813 - 2018
Secretaría General

Solicitante : DOMINGUEZ FERNANDEZ FREDY
Asunto : REMITE RESOLUCION NRO. 4
Folios : 2
Observaciones : CASO ARBITRAL

Registrado por: TVEGA el 04-07-2018 12:14:21
U. Organica : ADMINISTRACION DOCUMENTARIA



Resolución N° 4

Lima, 03 de julio de 2018.

VISTOS: Los escritos presentados por la Municipalidad Distrital de Miraflores con fechas 02 y 03 de julio de 2018; y **CONSIDERANDO:** 1) Que, con fecha 11 de junio de 2018 la empresa Petramás S.A.C. presentó su escrito de demanda contra la Municipalidad Distrital de Miraflores; 2) Que, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 1 resolvió admitir a trámite la demanda presentada y corrió traslado a la Municipalidad Distrital de Miraflores para que en el plazo de diez (10) días hábiles de notificada cumpla con contestarla, y de considerarlo conveniente, formule reconvencción; 3) Que, dicha Resolución N° 1 fue debidamente notificada a Municipalidad Distrital de Miraflores con fecha 15 de junio de 2018, conforme se aprecia del respectivo cargo de notificación que obra en el expediente; 4) Que, la Municipalidad Distrital de Miraflores, dentro del plazo concedido, ha cumplido con contestar la demanda y en el mismo escrito ha deducido excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda; 5) Que, asimismo, la Municipalidad Distrital de Miraflores mediante escrito presentado el 02 de julio de 2018 ha aclarado y rectificado el medio probatorio 1-H de su escrito de contestación de demanda, por lo que se debe tener presente; 6) el numeral 29) del Acta de Instalación señala que cualquier tipo de excepción y/o defensa previa deberá se opuesta, por el demandado, a más tardar en la contestación de la demanda; 7) Que, en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera razonable conceder el plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que Petramás S.A.C. conteste la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda; por lo que el Tribunal Arbitral **RESUELVE:** **Primero.- TENER POR CONTESTADA LA DEMANDA**, por la la Municipalidad Distrital de Miraflores, en los términos que se precisan y por ofrecidos los medios probatorios que se señalan. **Segundo.-TENER** por aclarado y rectificado el medio probatorio 1-H del escrito de contestación de demanda presentado por la Municipalidad Distrital de Miraflores. **Tercero.- CORRER TRASLADO** de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda a Petramás S.A.C. a fin de que en el plazo de cinco (5) días hábiles, de notificada la presente resolución, cumpla con contestarla. **Al otrosí del escrito de contestación de demanda.- TENER** por delegadas las facultades a los abogados que se indica.

(Firmado por): **Enrique Antonio Varsi Rospigliosi**, Presidente del Tribunal Arbitral; **Cecilia Mónica Espiche Elías**, Árbitro; **Alberto Antonio Martín Loayza Lazo**, Árbitro; **Fredy Edgar Domínguez Fernández**, Secretario Arbitral.

Lima, 18 de julio de 2018

Señores:
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES
Av. Larco N° 400
Miraflores.-

Atención: **Dra. Mariela González Espinoza**
Procuradora Pública



Referencia: Arbitraje Ad Hoc Petramás S.A.C – Municipalidad Distrital de Miraflores

De mi consideración:

En atención al caso arbitral de la referencia cumpro con notificar lo siguiente:

- Resolución N° 5 de fecha 17 de julio de 2018.
- Escrito de fecha 26 de junio de 2018 presentado por Petramás S.A.C.
- Escrito de fecha 11 de julio de 2018 presentado por Petramás S.A.C.

De recibir
inf ora
??

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente.


FREDY DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ

DNI 41497224

Secretario Arbitral

Celular 990-540-629



CARTA EXTERNA Nro.
24759 - 2018
Secretaría General

Solicitante : DOMINGUEZ FERNANDEZ FREDY
Asunto : REMITE RESOL.05 ARBITRAJE
Folios : 12
Observaciones : ARBITRAJE AD HOC PETRAMAS
S.A.C.

Registrado por: TVEGA el 20-07-2018 15:15:50
U. Organica : ADMINISTRACION DOCUMENTARIA



Resolución N° 5

Lima, 17 de julio de 2018

En atención al estado del presente proceso, el Tribunal Arbitral tiene en consideración lo siguiente:

1. Con fecha 11 de junio de 2018 y dentro del plazo otorgado, Petramás S.A.C. presentó su escrito de demanda.
2. La Municipalidad Distrital de Miraflores contestó la demanda y formuló TACHA contra el medio probatorio contenido en el anexo 1-Q del escrito de demanda arbitral de Petramás S.A.C.
3. Petramás S.A.C., mediante escrito de fecha 26 de junio de 2018, se pronunció con relación a la tacha planteada por la Municipalidad Distrital de Miraflores contra el estudio realizado por la empresa INTELFIN; sin embargo, a Petramás S.A.C. se le concedió un plazo a fin de que absuelva el traslado y no lo hizo dentro del plazo respectivo, por lo que su descargo es extemporáneo. Asimismo, el Tribunal Arbitral considera necesario establecer que la tacha será resuelta por el Tribunal Arbitral al momento de laudar.
4. La Municipalidad Distrital de Miraflores dedujo la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.
5. El Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 4, otorgó el plazo de cinco (5) hábiles a Petramás S.A.C. para que absuelva la excepción deducida por la Municipalidad Distrital de Miraflores. Mediante escrito de fecha 11 de julio de 2018, Petramás S.A.C. cumple con absolver la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.
6. Ahora bien, el Tribunal Arbitral considera que en el presente arbitraje se ha concedido a ambas partes la oportunidad para plantear su posición en relación con la controversia, por lo que corresponde proceder a fijar los puntos controvertidos, así como a determinar la admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos.
7. En ese orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del numeral 31 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 28 de mayo de 2018, es potestad del Tribunal Arbitral citar a una Audiencia a fin de determinar los puntos controvertidos, la que puede efectuarse mediante Resolución, si así lo considera el Tribunal Arbitral.
8. Por consiguiente, en atención al estado del proceso, y con el fin de dar celeridad al trámite del presente arbitraje, en aplicación de lo dispuesto por el numeral antes señalado, el Tribunal Arbitral procederá mediante esta Resolución a fijar los puntos controvertidos, así como a determinar la admisión los medios probatorios ofrecidos en el presente arbitraje.

9. El Tribunal Arbitral precisa que los puntos controvertidos que serán objeto de su pronunciamiento en el presente arbitraje son derivados de la demanda presentada por la parte demandante, el 11 de junio de 2018 y del escrito de contestación de demanda, presentado por la Municipalidad Distrital de Miraflores el 02 de julio de 2018.
10. El Tribunal Arbitral deja claramente establecido que se reserva el derecho de analizar y, en su caso, resolver, los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que han sido señalados en la presente Resolución y que, al resolver sobre las pretensiones que le han sido planteadas, se pronunciará en cada caso sobre las cuestiones de hecho y de derecho que pudieran resultar pertinentes para decidir las materias que han sido sometidas a su conocimiento, en el marco de sus competencias.
11. Asimismo, el Tribunal Arbitral podrá omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.
12. Del mismo modo, se deja constancia que los puntos controvertidos señalados tienen valor puramente referencial y podrán ser ajustados o reformulados por el Tribunal Arbitral si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

DE LA EXCEPCIÓN DE AMBIGÜEDAD Y OSCURIDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA DEDUCIDA POR LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES

13. El Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 4 otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles a Petramás S.A.C. para que absuelva la excepción deducida por la Municipalidad Distrital de Miraflores. Mediante escrito de fecha 11 de julio de 2018, Petramás S.A.C. cumplió con absolver la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.
14. Sobre el particular, el profesor MONROY dice que *“la excepción sirve para denunciar la incapacidad que tiene el demandado para responder a alguna de las siguientes preguntas: ¿quién demanda?, ¿a quién se demanda?, ¿qué se demanda? o ¿por qué se demanda?, de manera fluida y clara. Por otro lado, intentando ubicar el defecto incurrido para cuando esta excepción se ampare, nos parece que se trata de la afectación a los Requisitos de la demanda”*¹.
15. A criterio del Tribunal Arbitral, sin entrar al fondo de la controversia, advierte que Petramás S.A.C. al plantear en la demanda sus pretensiones y fundamentarlas, ha seguido una estructura, secuencia e inteligibilidad. Si seguimos lo sostenido por la doctrina procesal civil observamos que se ha

¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Las Excepciones en el Código Procesal Civil peruano*. En: Themis 27-28. 1994, pp. 119-129, p. 126.

identificado a quien se demanda, se sabe qué se demanda y porqué se demanda, situaciones estas que son las necesarias para poder determinar *in limine* la controversia. A ello se suma el hecho de que la Municipalidad Distrital de Miraflores ha contradicho las alegaciones del demandante, por lo que corresponde declarar infundada la excepción deducida.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

16. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal Arbitral precisa los siguientes puntos controvertidos que serán materia de su pronunciamiento al momento de laudar:

PUNTOS CONTROVERTIDOS O MATERIAS DE PRONUNCIAMIENTO DERIVADAS DE LAS PRETENSIONES CONTENIDAS EN LA DEMANDA PRESENTADA 11 DE JUNIO DE 2018:

16.1. PRIMERA PRETENSÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral, declare el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato de concesión para la prestación del servicio público, barrido, lavado y desinfección, limpieza de servicios higiénicos y limpieza del mobiliario urbano en el distrito de Miraflores, desde el mes de febrero del 2016.

16.2. PRIMERA PRETENSÓN ACCESORIA:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene pagar a la Municipalidad Distrital de Miraflores el monto de S/. 3'309,401.11 Soles, dejados de pagar por los servicios de limpieza, desde febrero del 2016 hasta el mes de abril del 2018, más los intereses legales.

16.3. SEGUNDA PRETENSÓN ACCESORIA:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el monto a pagar reestablecido adicional a la prestación sea de S/. 641,100.35, que se computara desde mayo del 2018 hasta setiembre del 2018 (fecha de término del contrato).

16.4. TERCERA PRETENSÓN ACCESORIA:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad Distrital de Miraflores pagar el monto de S/. 351,836.67, como consecuencia del no pago de barrido de calles efectuado por la barredora mecánica desde el año 2014.

16.5. CUARTA PRETENSÓN ACCESORIA:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Municipalidad Distrital de Miraflores que cumpla con pagar las costas y

costos procesales hasta la fecha de pago, como producto de la declaración del equilibrio económico.

17. El Tribunal Arbitral declara que la presente enumeración de materias controvertidas es meramente ilustrativa, constituyendo una pauta referencial, la cual no limita el orden del análisis que realizará el Tribunal Arbitral respecto de la controversia y las pretensiones planteadas en el arbitraje.
18. El Tribunal Arbitral se reserva el derecho de analizar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento en un orden distinto del orden en el que están señalados en la presente resolución.
19. Asimismo, el Tribunal Arbitral se reserva el derecho de pronunciarse sobre cualesquiera cuestiones conexas o accesorias al fondo de la controversia que se hayan promovido durante las actuaciones arbitrales, incluyendo, de ser el caso, las pretensiones implícitas promovidas durante el desarrollo del proceso, siempre que respecto de éstas se haya respetado estrictamente el derecho de defensa de las partes, incluyendo, pero no limitándose, al derecho de contradecir, probar y ser oídos, en igualdad de condiciones.
20. Si al momento de referirse a alguna cuestión materia de pronunciamiento, el Tribunal Arbitral llega a determinar que carece de objeto pronunciarse sobre otras cuestiones con las que ésta guarde vinculación, podrá omitir referirse a estas otras, expresando las razones de tal omisión.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

21. Acto seguido, el Tribunal Arbitral pasa a pronunciarse sobre la admisión de las pruebas ofrecidas por las partes dejando constancia que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión de los medios probatorios, así como su pertinencia, actuación y valor, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.
22. Que, la admisibilidad y pertinencia de los medios probatorios debe determinarse en función a la posibilidad que éstos sirvan para dar convicción al Tribunal Arbitral respecto de la forma y circunstancias como se han producido los hechos materia de la controversia, sin que la admisión implique un pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido ni sobre el valor que se concede a dichos medios de prueba, aspectos sobre lo cual se pronunciará el Tribunal Arbitral oportunamente al momento de laudar.
23. Que la actividad probatoria está informada, entre otros, por el principio de pertinencia en materia probatoria, en virtud del cual las pruebas que ofrezcan las partes deben ser pertinentes para dilucidar la materia controvertida; así, no deben pretender acreditar hechos ajenos al proceso,

sino que debe tener el propósito de demostrar los hechos alegados en el proceso arbitral.

24. Teniendo en cuenta los principios antes expresados, el Tribunal Arbitral de conformidad con lo establecido en el numeral 32 del Acta de Instalación admite las siguientes pruebas:

MEDIOS PROBATORIOS PRESENTADOS POR PETRAMÁS S.A.C:

25. Se admiten los documentos ofrecidos por Petramás S.A.C en el acápite V "Medios Probatorios y Anexos" de su escrito de demanda de presentado 11 de junio de 2018, los cuales se encuentran detallados del numeral 1-A al 1-P.

MEDIOS PROBATORIOS PRESENTADOS POR LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES:

26. Se admiten los documentos ofrecidos por la Municipalidad Distrital de Miraflores en el acápite III "MEDIOS PROBATORIOS DE LA CONTESTACIÓN" de su escrito de contestación de demanda presentado el 02 de julio de 2018, los cuales se encuentran detallados del numeral Anexo 1-A al Anexo 1-L. Además, se debe tener en cuenta la rectificación del medio probatorio 1-H del escrito de contestación de demanda presentado por la Municipalidad Distrital de Miraflores. Esta rectificación se efectuó el 03 de julio de 2018.
27. Asimismo, el Tribunal Arbitral se reserva el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente.

DEL PAGO DE HONORARIOS EN DEFECTO DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES

28. El Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 2 habilitó a Petramás S.A.C. para que asuma el pago que corresponde a su contraparte, dejándose constancia que en caso de incumplimiento el Tribunal Arbitral queda facultado a suspender el proceso.
29. Petramás S.A.C. mediante cheque ha cumplido con pagar los gastos arbitrales por lo que se debe tener por pagado, debiéndose tener en cuenta al momento de distribución de costos, de ser el caso.

DE LOS ALEGATOS E INFORMES ORALES

30. De conformidad con el numeral 43 las reglas procesales contenidas en el Acta de Instalación: *"Concluida la etapa de actuación de medios probatorios, el Tribunal arbitral concederá a las partes un plazo de tres (3) días para que presenten sus alegatos escritos y, de solicitarlo alguna de las partes, las citará a una Audiencia de Informes Orales.*

31. Teniendo en cuenta que los medios probatorios son documentos de manera que son de actuación inmediata, corresponde al Tribunal Arbitral cerrar la etapa probatoria, y conceder a las partes un plazo de tres (3) días para que presenten sus alegatos escritos.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral **RESUELVE:**

PRIMERO: DECLARAR extemporánea la absolución de la tacha contra el medio probatorio contenido en el anexo 1-Q del escrito de demanda.

SEGUNDO: DEJAR CONSTANCIA que la tacha contra el medio probatorio contenido en el anexo 1-Q del escrito de demanda será resuelta por el Tribunal Arbitral al momento de laudar.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda deducida por la Municipalidad Distrital de Miraflores.

CUARTO: FIJAR los puntos controvertidos según se enumeran del Punto 16.1 al 16.5 de la presente Resolución, dejándose expresa constancia que el Tribunal Arbitral se reserva el derecho a modificar, ajustar o reformular los mismos, a su entera discreción, según el desarrollo de las actuaciones arbitrales o para facilitar la resolución de la controversia.

QUINTO: ADMITIR los medios probatorios indicados en los considerandos 25 al 26 de la presente Resolución, reservándose el Tribunal Arbitral el derecho de disponer la actuación de oficio de cualquier medio probatorio que considere conveniente.

SEXTO: TENER POR CUMPLIDO el requerimiento de pago por parte de Petramás S.A.C. efectuado mediante Resolución N° 2, debiéndose tener en cuenta al momento de distribución de costos, de ser el caso.

SÉTIMO: DECLARAR CERRADA la etapa probatoria.

OCTAVO: CONCEDER a las partes un plazo de tres (3) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

(Firmado por): **Enrique Antonio Varsi Rospigliosi**, Presidente del Tribunal Arbitral;
Cecilia Mónica Espiche Elías, Árbitro; **Alberto Antonio Martín Loayza Lazo**, Árbitro;
Fredy Edgar Domínguez Fernández, Secretario Arbitral.

SUMILLA: ABSOLVEMOS TRASLADO

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

PETRAMAS SAC, en el proceso arbitral seguido con la Municipalidad de Miraflores, a Usted atentamente decimos:

Que, habiéndonos notificado la Resolución N° 04 de fecha 03 de julio del 2018, en la cual nos corren traslado de la excepción de Ambigüedad, absolvemos traslado, bajo los siguientes argumentos:

1. Que, procuraduría de la Municipalidad de Miraflores interpone la presente excepción, debido a que, según ellos, petitionamos el restablecimiento del equilibrio económico desde el mes de febrero del 2016 pero no indicamos hasta cuando, además nuestras pretensiones accesorias no guardan relación con la pretensión principal.
2. Señor Presidente del Tribunal Arbitral, nuestras pretensiones fueron las siguientes:

Pretensión Principal:

- ***Se declare el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato de Concesión para la prestación del servicio publico de barrido, lavado y desinfección, limpieza de servicios higiénicos y limpieza del mobiliario urbano en el distrito de Miraflores, desde febrero del 2016.***

Primera Pretensión Accesoría.

- ***Se nos pague el monto de S/. 3'309,401.11 soles dejados de pagar por los servicios de limpieza, desde febrero del 2016 hasta el mes de febrero del 2018, más intereses legales.***

Segunda Pretensión Accesoría:

- ***Que, solicitamos que el tribunal declare que el monto a pagar reestablecido adicional a la prestación es de S/. 641,100.35, que se computara desde mayo del 2018 hasta setiembre del 2018 (fecha de término del contrato).***

Tercera Pretensión Accesoría:

- **Que, se nos pague el monto de S/. 351,836.67, como consecuencia del no pago de barrido de calles efectuado por la barredora mecánica desde el año 2014.**

Cuarta pretensión accesorias:

- **Cumpla con pagarnos las costas y costos procesales hasta la fecha de pago como producto de la declaración del equilibrio económico.**

3. Como puede verse, el petitorio es completamente claro, en la cual pedimos el restablecimiento del equilibrio económico desde la solicitud que le hicéramos a la Municipalidad de Miraflores, esto es febrero del 2016 hasta el termino del contrato esto es setiembre del 2018.
4. Nuestra pretensión principal es que su Despacho declare el restablecimiento económico del contrato, y de darse ello, la consecuencia directa será que se nos pague lo que perdimos y se nos pague el total del servicio venidero hasta setiembre del presente año, es por ello que las pretensiones son accesorias.
5. En efecto, en todas las pretensiones accesorias, indicamos todo el tiempo en que se nos deberá reconocer lo perdido como consecuencia del desequilibrio económico, esto es desde que se lo pedimos a la municipalidad hasta el término del contrato. Entonces es claro las pretensiones accesorias, por lo que su Despacho deberá declara en este extremo INFUNDADA la excepción.
6. Respecto al uso de la barredora, justamente esta máquina se utilizó para poder cumplir con nuestras obligaciones como consecuencia del aumento de la limpieza, entonces estos gastos nunca se nos fueron abonados justamente por existir el desequilibrio económico, entonces de ampárese nuestra pretensión principal la municipalidad deberá pagarnos el costo del servicio de la máquina.
7. Por otro lado, La procuraduría indica que nuestra cuarta pretensión debe aclararse, debido a que no se sabe a que costas y costos se refiere, obviamente nos referimos a los costas y costos procesales que se generen en este proceso arbitral, tal y como lo ordena el numeral 5) del artículo 73° de la Ley General de Arbitraje.

Petramás

Peruanos trabajando por un medio ambiente saludable.

Por estos fundamentos, solicitamos al Digno tribunal, declara INFUNDADA, la excepción de oscuridad y ambigüedad al proponer la demanda.

POR TANTO:

A Usted Señor presidente, solicitamos proveer conforme a Ley.

Lima 11 de julio del 2018


Gerónimo A. Ojeda Montoya
ABOGADO
Reg. C.A.L. N° 47481

SUMILLA: INFORME ESCRITO

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

PETRAMAS SAC, en el proceso arbitral seguido contra la Municipalidad de Miraflores a Usted atentamente decimos:

Que, habiéndonos notificado la Resolución N° 03 de fecha 20 de junio del 2018 la tacha contra el Estudio realizado por la empresa INTELFIN, presentamos informe escrito, bajo los siguientes argumentos:

1. Que, la procuraduría pública plantea tacha contra el Informe consensuada por las partes, elaborada por la empresa INTELFIN, por ser esta nula e ineficaz.
2. Las Tachas se encuentran reguladas en los artículos 243° y 244° del Código Procesal Civil, bajos los siguientes textos:

Artículo 243°. Ineficacia por Nulidad de documento.

Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada.

Artículo 244°. Falsedad o inexistencia de la matriz.

La copia de un documento público declarado o comprobadamente falso o inexistente, no tiene eficacia probatoria. La misma regla se aplica a las copias certificadas de expedientes falsos o inexistente.

3. Como vemos, la tacha de documento procede cuando este es nulo por contravenir alguna formalidad que la ley sanciona con nulidad, como bien lo señala la Casación N° 4296-2011-PUNO que dice:

Debe precisarse que conforme lo prescribe el artículo 243 del Código Procesal Civil la ineficacia por nulidad de documentos, se configura cuando resulta manifiesta la ausencia de una formalidad esencial; es

decir, sólo se refiere a aspectos circunscritos a la forma del acto cuyo incumplimiento se sanciona con nulidad.

4. En el texto del escrito de tacha presentado por la procuraduría en ninguna línea indica o expone porque considera NULO el estudio ITELFIN, y cual es la formalidad que le falta y que este tipificado en norma legal.
5. En efecto, la procuraduría se limita a sustentar la tacha en documentación supuestamente faltante para que con la opinión del Ministerio de Economía se realice un acuerdo respecto al equilibrio económico, cuando no tiene absolutamente nada que ver con la figura procesal de la tacha.

Entonces, no viendo expuesto cual es la norma jurídica que regule una formalidad en la emisión del informe Intelfin que lo sanciones con nulidad, la tacha deberá declararse **INFUNDADA.**

POR TANTO.

A Usted Señor presidente solicitamos proveer conforme a Ley.

Lima, 26 de junio del 2018.


Cristian A. Ojeda Montoya
ABOGADO
Reg. C.A.L. N° 47481

CARGO

SEC. ARBITRAL : FREDY DOMINGUEZ FERNANDEZ
CASO ARBITRAL :
SUMILLA : RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES, debidamente representada por su Procuradora Pública Municipal **Dra. MARIELA GONZALEZ ESPINOZA**; en el proceso seguido por **PETRAMAS S.A.C.**, sobre **ARBITRAJE DE DERECHO**, a ustedes atentamente decimos:

Que, habiendo sido notificados el 20 de julio de 2018, con la Resolución N° 5 de fecha 17 de julio de 2018, a través del cual se declara **infundada la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y en consecuencia se procede a fijar los puntos controvertidos**, dentro del plazo establecido en el numeral 37 del Acta de Instalación, INTERPONEMOS RECURSO DE RECONSIDERACIÓN CONTRA LA CITADA RESOLUCIÓN, exponiendo los argumentos de hecho y de derecho en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

1. Señor Presidente, la Resolución impugnada señala que la demandante ha identificado a quien se demanda, se sabe qué se demanda y porqué se demanda, situaciones que son las necesarias para poder determinar *in limine* la controversia, sumándose a ello el hecho de que la Municipalidad de Miraflores ha contradicho las alegaciones del demandante, por lo que corresponde declarar infundada la excepción.
2. Al respecto, debemos señalar que **la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda**, regulada en el inciso 4) del artículo 446 del Código Procesal Civil, no se dirige a la comprobación de los hechos afirmados en ella, **sino a exigir que éstos, su fundamentación y el petitorio sean expuestos con claridad en términos que no sean oscuros, imprecisos o contradictorios**. Sobre el particular sostiene Alsina que *"No se refiere al fondo o justicia de la pretensión, sino que sólo es procedente cuando por su forma la demanda no se ajusta a los requisitos y solemnidades que la ley prescribe"* ALSINA, 1961, Tomo III:110; asimismo, Ferrero señala que esta excepción *"...procedería si no se designa el Juez, si falta el nombre del demandante, si no se fija con precisión lo que se pide o si la exposición de los hechos es oscura o*

RODRIGUEZ DOMINGUEZ FERNANDEZ
RECIBIDO
NO ES SERIAL DE
Fecha: 24/7/18
Firma: [Firma manuscrita]

insuficiente, habiéndose omitido circunstancias que se consideran indispensables”
Ferrero, 1980:132

3. Por lo tanto, señor Presidente, consideramos que la definición de excepción (únicamente) que señala la Resolución N° 5, resulta inadecuada pues es general, tendría en todo caso definirse la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, como lo hemos realizado en párrafo anterior.
4. Por otro lado, mi representada presentó la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda porque consideramos imprecisas las pretensiones de la demanda las cuales generan incertidumbre para ejercer un cabal ejercicio del derecho de contradicción; no obstante, procedimos a contestar la demanda a fin de cumplir con el plazo otorgado para dicha actuación y tratando de entender “las pretensiones” de la demanda, aun cuando evidentemente éstas son incompatibles entre sí, y no hay precisión en las mismas; por lo tanto, el hecho que mi representada haya contestado de todas maneras la demanda, no convalida que la demandante no haya planteado sus pretensiones en forma oscura o confusa, más bien hace notar la diligencia debida de mi representada en cumplir con los plazos, en advertir errores desde el inicio, a fin que el Tribunal Arbitral realice un análisis coherente con lo pretendido y obtener un laudo debidamente motivado.

De la misma manera, el hecho de haber contestado la demanda, no implica que mi representada este amparando o convalidando la vulneración a nuestro efectivo ejercicio de derecho de defensa, al no tener unas pretensiones precisas, y acumulación de pretensiones acorde a ley.

5. Señor Presidente, sólo de la lectura de la Pretensión Principal se advierte una imprecisión en la temporalidad, la cual tiene que ser aclarada por la demandante, pues no debería ser el Tribunal quien decida hasta cuándo supone que hay un desequilibrio, pues dice desde el mes de febrero de 2016, pero no hasta cuándo.
6. En cuanto a las pretensiones accesorias, señor Presidente, vale precisar que al ser tal, al ser amparada la principal se ampararían también las accesorias, de acuerdo a lo establecido en el artículo 87° del Código Procesal Civil, empero en éste caso sería una contradicción grave y evidente pues las pretensiones “accesorias”, tal como las plantea la demandante, no coinciden con la Pretensión Principal, situación que debe aclarar desde el principio la demandante, a fin de evitar futuras impugnaciones.

7. En efecto en la Primera Pretensión Accesorias se solicita determinar si corresponde ordenar el pago de S/. 3'309.401.11 soles dejados de pagar por los servicios de limpieza, desde febrero de 2016 hasta el mes de abril de 2018, más intereses legales; sin embargo, la pretensión principal, si bien señala fecha de inicio, no tiene fecha de culminación; es más, si consideramos que la pretensión principal debía señalar hasta setiembre de 2018 (fecha de culminación del Contrato de concesión), tampoco tiene relación con ésta primera pretensión accesorias, pues señala hasta abril de 2018, lo cual no guarda conexión y coherencia con la pretensión principal.

8. En cuanto a la Segunda Pretensión Accesorias, se solicita a pagar el monto reestablecido adicional a la prestación que es de S/. 641,100.35, que se computará desde mayo de 2018 hasta setiembre de 2018 (fecha de término del contrato); sin embargo, siendo ésta una pretensión accesorias, la cual, de acuerdo al Código Procesal Civil, antes señalado, se da cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás, no tiene relación o conexidad con la pretensión principal toda vez que la primera se refiere a un supuesto desequilibrio económico financiero del Contrato, desde el mes de febrero de 2016, sin especificar hasta cuándo; sin embargo, la segunda pretensión accesorias se refiere al periodo comprendido entre mayo de 2018 hasta el mes de setiembre de 2018 y por servicios de limpieza en forma específica, cuando el supuesto desequilibrio económico financiero planteado en la Pretensión Principal es por todos los servicios.

9. Señor Presidente, el hecho más evidente de incoherencia y falta de conexidad es la que hay entre la Pretensión Principal y la Tercera Pretensión Accesorias, pues ésta supone que la Municipalidad pague el monto de S/. 351,836.67 como consecuencia del no pago de barrido de calles efectuado por la barredora mecánica desde el año 2014; sin embargo la Pretensión Principal supone un desequilibrio económico financiero producido desde febrero del año 2016.

Señor Presidente, si la pretensión principal es desde el año 2016, y ésta, en el supuesto negado caso se ampare, ¿cómo podría también ampararse un pago del año 2014?, es más ésta tercera pretensión accesorias puntualiza un pago por el servicios de barrido de calle, cuando el supuesto desequilibrio económico financiero planteado en la Pretensión Principal es por todos los servicios.

10. Señor Presidente, consideramos que la demandante debe precisar sus pretensiones a fin que el Tribunal analice cada pretensión en su debido contexto, y no tenga que

supeditarse sólo a la Pretensión Principal, teniendo en cuenta en cómo se planteó las pretensiones y a lo establecido en el Código Procesal Civil.

11. Señor Presidente, consideramos que el petitorio y su fundamentación deben ser expuestos con claridad, en términos que no sean imprecisos o contradictorios. La excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda planteado por mi representada cuestiona los aspectos relativos a una mejor comprensión, por parte de los miembros del Tribunal y mi representada de lo demandado, a fin que también se proceda a realizar una coherente y correcta fijación de puntos controvertidos; máxime si, en el ítem 16 de la Resolución impugnada se precisa como puntos controvertidos las mismas pretensiones mal planteadas por la demandante.
12. Cabe señalar en éste extremo que Zavaleta Rodríguez señala que *“determinar cuáles son los puntos controvertidos no pasa por leer solo el petitorio de la demanda, es necesario – además – revisar los fundamentos fácticos y jurídicos que ella contiene, confrontándolos con la oposición y los respectivos fundamentos de hecho y de derecho que se encuentran en la contestación de la demanda, sin perder de vista también los elementos que el ordenamiento jurídico exige para amparar la pretensión.”*¹(2009: 143)
13. Señor Presidente, en atención a lo anteriormente citado, consideramos que, tal cual se fijan los puntos controvertidos en la Resolución N° 5, harían suponer que se está acogiendo sólo la versión de una de las partes, esto es del demandante quien planteó sus pretensiones de acuerdo a sus intereses, y no nuestra versión que la hicimos conocer con nuestra contestación de la demanda, a pesar de estar en desventaja por no conocer las pretensiones precisas del demandante y carecer éstas de conexidad, y accesoriad.
14. Señor Presidente, debe tener en cuenta que la Casación N° 3738-2010-TACNA², se declaró fundada por considerar que se presentó infracción normativa, pues señala que en *“la contestación de la demanda se presentaron hechos relevantes que el juzgador no cuidó en analizarlos, llevando a lo escueto los puntos controvertidos fijados y a la ausencia de pronunciamiento en la sentencia”*. En este caso estamos ante una inadecuada fijación de los puntos controvertidos, pues el Juez solamente consideró la posición señalada por el demandante, no haciendo una evaluación de los alcances de la

¹ ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. 2009. “Los Puntos Controvertidos como Pauta o Guía Metodológica para la Praxis Jurisdiccional”. En Athina Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima. Vol. 6. Editorial Jurídica Grijley.

² Publicada el 02 de julio de 2012

contestación, con lo que se presenta un supuesto de indefensión, por lo que se anularon las sentencias emitidas.

POR TANTO:

Señor Presidente, solicitamos se declare fundado nuestro recurso de reconsideración y se exija a la demandante precisar sus pretensiones y realizar una adecuada acumulación de las mismas, a fin de dilucidar cualquier incertidumbre tanto a mi representada para ejercer un cabal ejercicio del derecho de contradicción; así como para que el Tribunal Arbitral pueda fijar correctamente los puntos controvertidos y posteriormente analizar y emitir un laudo coherente con las pretensiones plateadas y la contestación realizadas a ésta por parte de mi representada.

Miraflores, 24 de julio de 2018

 **MIRAFLORES MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES**
[Handwritten Signature]
MARILEZ GONZALEZ ESPINOZA
Procuradora Pública Municipal
Reg. CAL. 22917

MGE/kam

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES, debidamente representada por su Procuradora Pública Municipal **Dra. MARIELA GONZALEZ ESPINOZA**; en el proceso seguido por **PETRAMAS S.A.C.**, sobre **ARBITRAJE DE DERECHO**, a ustedes atentamente decimos:

Que, habiendo sido notificados el 20 de julio de 2018, con la Resolución N° 5 de fecha 17 de julio de 2018, a través del cual, entre otros aspectos, se concede a las partes un plazo de tres (3) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos, procedemos a presentar el mismo, sin perjuicio de haberse presentado Recurso de Reconsideración contra la citada Resolución en el extremo de declararse infundado nuestra excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y fijación los puntos controvertidos; asimismo, solicitamos realizar informe oral, conforme establece el numeral 43 del Acta de Instalación:

1. Señor Presidente, la demandante **solicita como pretensión principal: se declare el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato de concesión.**

¿ QUE ES EL EQUILIBRIO ECONOMICO FINANCIERO DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN EN EL MARCO DE LA NORMA SOBRE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA?

2. **El equilibrio económico-financiero de un contrato de Asociación Público Privada es: la proporcionalidad que existe entre las obligaciones (costos) y derechos (beneficios) de cada una de las partes, en el momento de suscribir el contrato de APP. Tomando en cuenta que el equilibrio económico del contrato APP debe mantenerse para garantizar la sostenibilidad económica (cubrir los costos y alcanzar márgenes de utilidad) y la sostenibilidad financiera del proyecto (tener flujos suficientes para la operación normal del servicio), la normativa o los contratos suelen prever soluciones que permiten superar la ruptura del equilibrio económico como consecuencia de la dación de normas que afectan el desempeño de la concesión.**

Dicha definición se encuentra en el documento académico denominado "**Asociaciones Público Privadas en Perú: Análisis del Nuevo Marco Legal**" publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) de nuestro país, respecto al Decreto Legislativo N. 1224 y su Reglamento, vigentes.

(https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_5.pdf)

3. De tal manera señor Presidente que **el equilibrio económico financiero de un contrato de Asociaciones Público Privadas (una de las modalidades de participación de la inversión privada), como lo es el suscrito entre mi representada y la demandante, se da si solo si, el equilibrio se ve afectado EXCLUSIVAMENTE DEBIDO AL CAMBIO DE LEYES APLICABLES**, en primer lugar, y no sólo ello, sino que, en segundo lugar, si solo

si, dicho cambio de leyes, tiene un impacto directo con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista; por lo tanto, una primera conclusión evidente de la regulación vigente en cuanto al equilibrio económico financiero de un Contrato de APP, como lo es el Contrato submateria, es que ésta no se da por algún otro cambio o variación de costos que unilateralmente proponga la concesionaria o disminución de sus utilidades, sino que el restablecimiento del equilibrio económico financiero se da sólo si hay un cambio de leyes aplicable y éste tenga un impacto directo con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista.

4. Asimismo, debemos precisar que la norma aplicable al caso y vigente a la fecha, es el Decreto Legislativo N°1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, publicado el 25 de setiembre de 2015 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, publicado el 27 de diciembre de 2015, el cual establece en el artículo 58°:

“Artículo 58.- Restablecimiento del equilibrio económico-financiero

58.1 De incluirse disposiciones sobre el equilibrio económico financiero en los contratos de Asociaciones Público Privadas, éstas precisan que el restablecimiento del equilibrio económico financiero será invocado por cualquiera de las partes únicamente en caso dicho equilibrio se vea significativamente afectado, exclusivamente debido al cambio de leyes aplicables, en la medida en que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista. Una afectación se entiende como significativa cuando se hubiesen alcanzado los porcentajes que para tales efectos debe establecer el respectivo contrato de Asociación Público Privada. En estos supuestos, se restablecerá el equilibrio al momento anterior a la afectación significativa producida por los cambios en las leyes aplicables.”

5. Por lo tanto, estando a que **la demandante ha solicitado el 19 de enero de 2017, a través de Carta Externa N° 2029-2017, el reajuste por restablecimiento del equilibrio económico financiero, materia del presente Arbitraje, la norma aplicable y vigente a la fecha es el Decreto Legislativo N°1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF,** consecuentemente, todo análisis de equilibrio económico financiero de un contrato de APP a la fecha, debe realizarse bajo ésta óptica, para que sea objetiva y válida.

PETRAMAS EN TRES OPORTUNIDADES SOLICITÓ EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO, POR HABERSE INCREMENTADO LA REMUNERACIÓN MÍNIMA VITAL DECRETADOS MEDIANTE DECRETOS SUPREMOS, Y POR ELLO SE SUSCRIBIERON UNA SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA ADENDAS AL CONTRATO

6. En efecto señor Presidente, la demandante, conocedora de la normatividad legal en cuanto a los Contratos suscritos bajo el Marco de las APP, ha solicitado el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato en tres oportunidades, debido a la publicación de normas legales, como son los Decretos Supremos, que incrementaban la Remuneración Mínima Vital, y dichas solicitudes han culminado con la modificación del contrato, a través de Adendas, las cuales son:

Segunda Adenda, de fecha 27 de febrero de 2012:

7. Señor Presidente, el 10 de enero de 2012, a través de Carta Externa N° 1078-2012, la concesionaria realiza una solicitud, equivocando el nombre del mismo, pues en lugar de solicitar el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato, **por haberse incrementado la remuneración mínima vital decretados mediante Decreto Supremo N° 011-2011-TR**, solicita **el "reajuste de precios de los servicios" como consecuencia de los incrementos de la remuneración mínima vital decretados por el Gobierno Central**, solicitud que fue aceptada por la Entidad, una vez realizada el análisis legal respectivo (contando previamente con los Informes técnicos pertinentes), conforme se aprecia del Informe N° 107-2012-GAJ/MM de fecha 27 de febrero de 2012 de la Gerencia de Asesoría Legal

Al respecto, debemos precisar que de éste Informe se aprecia que en dicha fecha (10 de enero de 2012), el artículo 79° de la Ordenanza N° 867 –MLM que aprobó el Reglamento para la Promoción de la Inversión privada establecía: *"cuando resultare conveniente modificar la Concesión, las partes observarán lo dispuesto en el literal c) del artículo 5°, y seguirán el procedimiento especificado en el Contrato. Las modificaciones que sean introducidas según lo dispuesto en el presente artículo, deberán respetar cuando menos la naturaleza de la concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las partes"*; asimismo, de la atenta lectura del Contrato de Concesión que nos atañe, se advierte de la Décimo Segunda Cláusula como una de las atribuciones de la Municipalidad la de ***Modificar el contrato cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el concesionario y respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes.***

8. Por lo tanto señor Presidente, la segunda Adenda, de fecha 27 de febrero de 2012, se suscribe en atención a la permisión de la Ordenanza N° 867-MLM y a la atribución de mi representada para modificar el contrato, cuando resulte necesario, **y respetando el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes.**

Adicionalmente, conviene precisar que la solicitud de la suscripción de la segunda adenda también fue aceptada **debido a que las normas legales vigentes al 10 de enero de 2012 (petición de la solicitud de la segunda adenda), lo permitían.**

En efecto, se encontraba vigente el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión

privada, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF, el cual establecía en el artículo 10°, numeral 10.3, lo siguiente:

*10.3 De incluirse disposiciones sobre equilibrio económico-financiero, éstas precisarán que **el restablecimiento del mismo será invocado únicamente en caso éste se vea significativamente afectado, exclusivamente debido a cambios en las Leyes aplicables**, en la medida que dichos cambios tengan directa relación con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista.*

9. Cabe precisar señor Presidente, que teniendo en cuenta ésta regulación sumamente clara, que no necesita mayor interpretación, y que así entendió también la concesionaria, al solicitar el mal llamado “reajuste de precios de los servicios” **como consecuencia de los incrementos de la remuneración mínima vital decretados por el Gobierno Central**, mi representada aceptó la propuesta de modificación al contrato, **basado en el cambio de las leyes aplicables.**
10. Asimismo, en ésta Segunda Adenda, en sintonía con lo regulado por el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, se estableció en la Cláusula Quinta que en caso el Gobierno Central apruebe un nuevo aumento de remuneración mínima vital, se procederá a efectuar el reajuste previa opinión favorable de las áreas competentes la cual deberá constar en la adenda correspondiente.

Tercera Adenda, de fecha 9 de julio de 2012:

11. Posteriormente, ante un **nuevo incremento de la Remuneración Mínima Vital mediante Decreto Supremo N° 007-2012-TR**, publicado el 17 de mayo de 2012 dispuesto por el Gobierno Central, a través de Carta Externa N° 20595-2012, el concesionario vuelve a solicitar el reajuste del monto reconocido en la segunda adenda.
12. Al respecto, se suscribe la Tercera Adenda, el 9 de julio de 2012, disponiéndose el aumento de la remuneración mínima vital, conforme lo establece el Decreto Supremo N° 007-2012-TR, por la cantidad del S/. 98, 734.77 nuevos soles incluido IGV.

Cuarta Adenda, de fecha 15 de noviembre de 2016, previa opinión del MEF:

13. De la misma manera, señor Presidente, **al haberse incrementado la Remuneración Mínima Vital mediante Decreto Supremo N° 005-2016-TR**, publicado el 31 de marzo de 2016 dispuesto por el Gobierno Central, a través de Carta Externa N° 12387-2016, de fecha 27 de abril de 2016, el concesionario solicita el reajuste del monto reconocido en la tercera adenda, **suscribiéndose la cuarta y última adenda el 15 de noviembre de 2016, previa opinión del Ministerio de Economía y Finanzas-MEF, conforme se advierte del Acta N° 1 del Proceso de Evaluación conjunta del Pedido de Modificación Contractual solicitado por Petramás S.A.C.** respecto del Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Público de Barrido, Lavado y Desinfección. Limpieza de Servicios Higiénicos y Limpieza del Mobiliario Urbano en el Distrito de Miraflores, tal como lo establece el **Decreto Legislativo N° 1224 Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en**

Activos, publicado el 25 de setiembre de 2015 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, publicado el 27 de diciembre de 2015.

14. Señor Presidente, conforme puede advertirse claramente, todas las modificaciones contractuales (excepto la primera) que se dieron al Contrato de Concesión materia del presente arbitraje, fueron posibles debido a la atribución de mi representada para modificar el Contrato para restablecer el equilibrio económico financiero de las partes, cuando ello sea necesario, y porque las normas vigentes a dicho periodo en el que se presentaron las propuestas de modificación contractual lo permitían **EXCLUSIVAMENTE DEBIDO A CAMBIOS EN LAS LEYES APLICABLES**, y EN LA MEDIDA QUE DICHOS CAMBIOS TENGAN DIRECTA RELACIÓN CON ASPECTOS ECONÓMICOS FINANCIEROS VINCULADOS A LA VARIACIÓN DE INGRESOS O COSTOS ASUMIDOS POR EL INVERSIONISTA.

RESPECTO AL INFORME ELABORADO POR LA EMPRESA INTELFIN ESTUDIOS & CONSULTORÍA S.A.C., EN EL CUAL SUSTENTA PETRAMÁS S.A.C. UN REAJUSTE POR RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO, EL 19 DE ENERO DE 2017, A TRAVÉS DE CARTA EXTERNA N° 2029-2017.

15. Señor Presidente, la empresa consultora Intelfin Estudios & Consultoría S.A.C., elaboró un estudio el cual concluyó que se produjo un desequilibrio principalmente en: i) nueva infraestructura, ii) mayor actividad empresarial y comercial, iii) incremento del costo de los servicios, y iv) aumento de la remuneración mínima vital, sobre las cuales desvirtuamos en el numeral 24 literal f), g) y h), del presente escrito, que en todo caso dicho costo adicional (riesgo) corresponde asumir a la concesionaria y en ningún caso podría servir para sustentar un desequilibrio económico financiero del contrato de concesión; máxime si, de lo establecido en el Decreto Legislativo 1224 y su Reglamento artículo 58°, numeral 58.1, así se desprende.
16. Señor Presidente, debemos señalar que de acuerdo a lo establecido en la **“Guía Orientativa para la Aplicación del Decreto Legislativo N° 1224-Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyecto de Activos”** indica que:

*“Asimismo, la normativa de APP establece que a efectos de determinar la aplicación del restablecimiento del equilibrio económico financiero, se debe tener en cuenta que la afectación se entiende como significativa solo cuando se hubiesen alcanzado los porcentajes, umbrales o límites que establece el respectivo contrato de APP (por ejemplo, superior al 15%), para lo cual se **revisará el modelo económico financiero del proyecto**, entregado por el concesionario de manera previa a la suscripción del respectivo contrato. En estos casos, el equilibrio se restablece al momento anterior a la afectación significativa producida por los cambios en las leyes aplicables.”*

Ello quiere decir, señor Presidente que el Informe elaborado por la empresa INTELFIN, **no es un informe idóneo ni suficiente de información para sustentar un presunto desequilibrio económico financiero del contrato de Concesión**, puesto que, antes y principalmente tendría que existir un modelo económico financiero del proyecto que la concesionaria tendría que haber presentado, **y no sólo ello, sino que el rompimiento del equilibrio tendría que ser exclusivamente por cambio de leyes aplicable**, en la medida en que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista.

17. Sin perjuicio de lo expuesto, debemos informar que el Informe de Evaluación del Equilibrio Económico Financiero del Contrato de Servicios de Limpieza Prestados por Petramás a la Municipalidad de Miraflores, elaborado por la empresa INTELFIN Estudios & Consultoría S.A.C., fue observado en dos oportunidades, por la Sub Gerencia de Limpieza Pública y Áreas Verdes, que es área responsable de realizar la fiscalización, control y supervisión de la ejecución de los servicios materia del Contrato de Concesión con la empresa Petramas S.A.C., a través de Carta N° 716-2016-SGLPAV/GOSP/MM de fecha 20 de octubre de 2016 y Carta N° 763-2016-SGLPAV/GOSP/MM de fecha 21 de noviembre de 2016, toda vez que el Informe de Intelfin no se ajusta a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1224 Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, para iniciar un procedimiento de modificación contractual del contrato de concesión, conforme establece el artículo 55° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, publicado el 27 de diciembre de 2015, y así también lo expresó internamente la misma área a través de Informe N° 18-2017-SGLPAV/GOSP/MM, ante el Comité de Inversiones de la Municipalidad.
18. Prueba de que la información brindada por la empresa INTELFIN, en el Informe presentado en calidad de medio probatorio por la demandante, **NO ES PERTINENTE NI SUFICIENTE PARA PRESENTARSE Y SUSTENTARSE ANTE EL MEF, es que el Comité de Inversiones de la Municipalidad, le remitió sendas Cartas a la demandante a fin que presente información adicional para que proceda una evaluación conjunta en el MEF, para una posible modificación contractual.**
19. En efecto, adjuntamos la Carta N° 02-2017-CI/MM de fecha 31 de enero de 2017, la Carta N° 004-2017-CI/MM de fecha 09 de junio de 2017 y la Carta N° 009-2017-CI/MM de fecha 28 de junio de 2017, a través de las cuales se solicita a la demandante adjuntar la sustentación de los componentes de su pedido de reajuste de los precios de los servicios otorgados en concesión, de acuerdo a lo referido en el Informe N° 18-2017-SGLPAV/GOSP/MM, estructura de costos que sustentó la buena pro y la estructura de costos debidamente documentada que sustente su solicitud de modificación contractual para realizar el análisis comparativo que posibilite confirmar el posible incremento en los precios unitarios que solicitan; y el estudio comparativo de los costos adicionales a los servicios brindados por Petramas y de las demás empresas competidoras que operan actualmente en el mercado peruano generados

por las disposiciones establecidas por la Ley 29783, que sustente el incremento de los costos operacionales.

20. De tal manera señor Presidente, que podría existir muchos informes económicos que la demandante podría presentar, sobre una supuesta pérdida de sus ganancias y utilidades, empero, estos informes no reunirían la formalidad requerida por Ley y además tendrían que estar sustentadas únicamente en cambio de leyes aplicables, no a la devaluación de sus costos. La conclusión de Intelfin sólo demuestra la negligencia de la demandante en el momento de presentar su propuesta técnica y económica, que no puede trasladar a mi representada.

RESPECTO A LOS PEDIDOS DE PETRAMAS ANTERIORES A LA SOLICITUD FORMAL DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO, MATERIA DEL PRESENTE ARBITRAJE¹

21. Señor Presidente, la demandante señala que mediante Carta de fecha 13 de enero de 2016 comunicó a mi representada que el contrato le resulta excesivamente oneroso registrándose pérdidas, empeorando la situación con la máquina (barredora mecanizada) que tuvo que utilizar (para que la prestación quede cumplida a satisfacción de la Municipalidad) y que no puede ser valorado por no estar dentro del contrato; asimismo, señala que con fecha 2 de marzo de 2016, volvió a presentar una Carta señalando su preocupación por las pérdidas en el servicio durante los años 2014 y 2015 y solicita una tarifa justa acorde al mercado y el pago por el servicio que se realiza por su máquina de barrido que no se les valorizó por el metraje de barrido; y, finalmente, señala que el 13 de abril de 2016, nuevamente solicitó el ajuste de las tarifas debido a que la prestación de los servicios que brinda a la municipalidad resulta negativo económicamente para su empresa por la gran transformación del distrito de Miraflores y al cambio dado por el gobierno central.
22. Señor Presidente, conforme se advierte de las tres (3) solicitudes que señala el escrito de demanda (Anexo 1-H, I, J), éstas, evidentemente, no reúnen el requisito establecido por el Reglamento del Decreto Legislativo 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, el cual señala en el artículo 58°, numeral 1, esto es, que el supuesto **restablecimiento del equilibrio económico financiero se haya originado debido al cambio de leyes aplicables.**
23. En efecto señor Presidente, éstas 3 solicitudes sólo dan cuenta que el Contrato suscrito entre Petramás S.A.C. y mi representada, desde la fecha de la firma, 4 de febrero de 2008 hasta abril de 2016, le está resultando, a decir de la demandante, excesivamente onerosa, generándole pérdidas en el servicio los años 2014 y 2015, por supuestamente haberse transformado el distrito; es decir, da cuenta que la concesionaria al momento de presentar su Propuesta en la Licitación Pública Especial Nacional N° 001-2007-CEPRI/MM para la Concesión del Servicio Integrado de Limpieza Pública y Mantenimiento de Parques y Jardines, no realizó una debida estructura de costos y

¹ EL 19 de enero de 2017, a través de Carta Externa N° 2029-2017, PETRAMAS S.A.C., solicita formalmente el reajuste por restablecimiento del equilibrio económico financiero, materia del presente Arbitraje.

no realizó una correcta proyección para los 10 años de la Concesión, que obviamente ya conocía; consecuentemente, resulta meridianamente claro que la excesiva onerosidad y las pérdidas que aduce le son ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE IMPUTABLES A ÉSTA PARTE, POR NO HABER PREVISTO EN LA ETAPA DE PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS, LOS COSTOS QUE AHORA VÍA SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO ECONÓMICO FINANCIERO (QUE NO CORRESPONDE) Y VÍA PROCESO ARBITRAL PRETENDE QUE SE LE CONVALIDE, SITUACIÓN QUE NO PUEDE PERMITIR EL TRIBUNAL A SU CARGO; PORQUE DICHO ACTUAR NO ES LEGAL, Y PORQUE MI REPRESENTADA AL SER UNA ENTIDAD DEL ESTADO, SUJETA A LAS NORMAS PRESUPUESTALES ANUALES SE VERÍA SERIAMENTE PERJUDICADA POR UNA INACCIÓN U OMISIÓN IMPUTABLE SÓLO A LA DEMANDANTE.

24. Señor Presidente, sin perjuicio a lo antes señalado, en cuanto a que las 3 solicitudes (Anexo 1-H, I, J), anteriores al pedido formal de restablecimiento de equilibrio económico financiero, procedemos a refutar lo señalado por la demandante en dichas 3 solicitudes antes citadas, conforme lo señaló en su momento la Subgerencia de Limpieza Pública y Áreas Verdes, que es la Unidad Orgánica encargada de la Supervisión del Contrato de Concesión submateria, a través de Informe N° 79-2016-SGLPAV/GOSP/MM de fecha 30 de mayo de 2016:

- a) En primer lugar se deja claro que la Municipalidad cumplió con reajustar los precios unitarios del contrato señalados en la Cláusula Quinta, de acuerdo a lo dispuesto por la Cláusula Sexta; es decir, conforme al cambio del IPC (Índice de Precios al Consumidor), única variación dispuesta en el Contrato, como se aclaró en el numeral 7 y 8 del presente escrito, situación que no ha objetado la demandante.
- b) Durante los años de servicio concesionado la Fiscalización detectó deficiencias y actuó de acuerdo al procedimiento establecido en el anexo X de las Bases Administrativas, es decir aplicando las penalidades vía el procedimiento establecido en el contrato por causa imputable al demandante; asimismo los servicios no realizados y los que no corresponde no se consideró en la medición mensual, lo que generó que la empresa concesionaria manifieste supuestos descuentos injustificados en la medición, lo cual evidentemente no lo son, sino simplemente no se puso los servicios no realizados y los que no corresponde.
- c) La reducción de la calidad del servicio de limpieza se debe a que la empresa concesionaria no proporciona a sus trabajadores la cantidad de materiales e insumos necesario para realizar el adecuado servicio de limpieza, asimismo no cumple con la cantidad de personal ofrecido en la propuesta técnica.
- d) Respecto a la maquinaria (barredora mecanizada), que señala Petramás S.A.C. se vio obligada a incorporar a fin de mejorar la prestación de servicios y que supuestamente no puede ser valorado por no estar dentro del Contrato y por ende no se le realiza el pago por el servicios de ésta máquina, debemos señalar que DICHA AFIRMACIÓN ES FALSA, PUES TODOS LOS SERVICIOS OFRECIDOS EN LA PROPUESTA TÉCNICA, LA CUAL SE ADJUNTA AL

PRESENTE ESCRITO, SE ENCUENTRAN REGULADOS POR LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN; POR LO TANTO, EL SERVICIO DE BARRIDO MECANIZADO ESTÁ INCLUIDO EN EL SERVICIO DE BARRIDO DE CALLES Y AVENIDAS, EL CUAL SE ENCUENTRA TRATADO EN LA PÁGINA 33 DE LA PROPUESTA TÉCNICA DEL PLAN DE OPERACIONES DE BARRIDO DE CALLES Y AVENIDAS; consecuentemente, **no es cierto lo señalado por la demandante**, pues es claro que la propuesta técnica realizada por ésta parte en la Licitación Pública, forma parte del Contrato, y se incluyó dentro del ítem 1: Barrido de Calles y avenidas.

- e) En cuanto a que debería ajustarse las tarifas del Contrato submateria incrementado en 63.62%, 70.71%, 74.95%, 27.27% y 70.87%, los precios actuales de los ítems 1,2,3,4,5, pues resulta demasiado baja en comparación con otras Municipalidades por los mismos servicios, debemos señalar que mi representada convocó a una Licitación Pública para suscribir un Contrato por 10 años, basado en unos Términos de Referencia generados por el área usuaria, plasmados en las Bases Administrativas, las cuales se integraron para su versión última y puesta a disposición de las empresas que estuvieran interesadas; es decir, **mi representada convocó, de acuerdo a sus necesidades y presupuesto y NO OBLIGÓ A PETRAMAS S.A.C. a participar en el concurso, y menos aún la asesoró en cómo presentar su propuesta técnica y económica-financiera, sino es ésta la que VOLUNTARIAMENTE participó en el concurso, ganando la Buena Pro, de acuerdo a lo Propuesto por ésta (se entiende habiendo realizado debidamente su análisis económico financiero y proyectado para 10 años, dado que es una empresa Líder en el Mercado); por lo tanto, no puede trasladar su negligencia e irresponsabilidad a mi representada, y menos exigir lo que ésta no supo prever u observar en su momento.**
- f) En cuanto a la transformación que habría sufrido el distrito de Miraflores, mejorando su infraestructura, incrementando la actividad urbana y comercial a lo largo de los 10 años de la vigencia del Contrato, lo cual le estaría generando pérdidas en su ganancia; asimismo, que se habrían habilitado 7.4 kilómetros de nuevas ciclovías, ocasionando mayor empleo de recursos, así como mayores costos; de la misma manera el incremento de población flotante y modificación en las infraestructuras como el Puente Mellizo, mayor cantidad de papeleras, ensanchamiento de veredas en la Av. Larco, debemos ser claros en señalar que es conocido por todos que el objetivo de toda empresa es generar utilidades, y para ello deberá realizar un correcto análisis de costos (económico), proyectado, en éste caso, a los 10 años previsto en las bases de la Licitación Pública; es decir, siendo, la concesionaria la que cuenta con mayores capacidades para evaluar sus costos e ingresos, controlarlos y administrarlos, debió prever todas aristas asignados a los servicios que tiene experiencia en brindar (toda vez que no era novata en éste tipo de servicios) , y que por ello se presentó al concurso convocado por mi representada; por lo tanto, el que en el distrito de Miraflores haya mejorado la infraestructura (ciclovías), incrementando la actividad urbana y comercial a lo largo de los 10 años de la vigencia del contrato, no es causal para solicitar una modificación contractual, basado en el incremento de sus costos, y

menos aún tratarla como un supuesto desequilibrio económico financiero del Contrato de Concesión, cuando no es tal, pues a la fecha de la suscripción del Contrato y adendas ambas partes nos encontramos en equilibrio económico financiero, quedando claro que los costos de los servicios determinados en las Bases, propuesta económica y Contrato son inalterables, y porque a la fecha, el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, aplicables al presente caso, establecen expresamente que el equilibrio económico financiero en los contratos de Asociaciones Público Privadas, puede ser invocado por cualquiera de las partes **únicamente en caso dicho equilibrio se vea significativamente afectado, exclusivamente debido al cambio de leyes aplicables**, razón por la cual cualquier **variación de costos** posteriores a la firma de Contrato y adendas **que no se encuentren en leyes aplicables, no son ni legal ni contractualmente amparables**, conforme concluye el Informe Legal N° 05-2018-CI/MM de fecha 21 de junio de 2018.

- g) En adición, cabe precisar y recordar que de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Tercera, de realizarse servicios adicionales, realizados en exceso con relación a la propuesta y cantidades estimadas en la propuesta del postor, se realizará las correcciones para el pago, para el caso de barrido de calles y plazas avenidas multiplicando la cantidad de kilometraje eje de barrido de calles y plazas barridos, por el precio unitario en nuevos soles indicado en la Cláusula Quinta del contrato, y para el caso de barrido de parques y plazas, se determinará multiplicando la cantidad de metros cuadrados de barrido de parques y plazas barridos, por el precio unitario en nuevos soles también indicado en la Cláusula Quinta del contrato.

25. Además señor Presidente, conforme informa el Supervisor en el Informe N° 79-2016-SGLPAV/GOSP/MM, de fecha 30 de mayo de 2016, la concesionaria no ha incrementado personal, o jornadas de trabajo para atender la limpieza de ciclovías o el puente mellizo o papeleras, al contrario se ha reducido; sin embargo, es posible que se haya incrementado el gasto en bolsas y materiales de limpieza, lo cual en virtud de lo establecido en el artículo 58° del Reglamento del Decreto Legislativo 1224, corresponde asumir evidentemente a la concesionaria, al no tratarse de un cambio en las leyes aplicables

EN EL CONTRATO SE PREVIÓ QUE DE REALIZARSE SERVICIOS ADICIONALES, EN EXCESO CON RELACIÓN A LA PROPUESTA Y CANTIDADES ESTIMADAS EN LA PROPUESTA DEL POSTOR, SE REALIZARÁ LAS CORRECCIONES PARA EL PAGO.

26. Señor Presidente, con fecha 4 de febrero de 2008, la Municipalidad de Miraflores y Petramas S.A.C., celebraron un Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Público de:

1. Barrido de Calles y Avenidas.
2. Barrido de Parques y Plazas.
3. Lavado y Desinfección de Calles, Parques y Plazas Monumentos.
4. Limpieza de Servicios Higiénicos Municipales.
5. Limpieza de Mobiliario Urbano del Distrito (papeleras, bancas, farolas, postes)

27. Por las citadas prestaciones, de acuerdo a lo establecido en la **Cláusula Tercera**, la concesionaria recibiría la cantidad de S/. 422,800.20, el cual incluye el IGV., **estableciéndose que de realizarse servicios adicionales, realizados en exceso con relación a la propuesta y cantidades estimadas en la propuesta del postor, se realizará las correcciones para el pago**, para el caso de barrido de calles y avenidas multiplicando la cantidad de kilometraje eje de barrido de calles y plazas barridos, por el precio unitario en nuevos soles indicado en la Cláusula Quinta del contrato, y para el caso de barrido de parques y plazas, se determinará multiplicando la cantidad de metros cuadrados de barrido de parques y plazas barridos, por el precio unitario en nuevos soles también indicado en la Cláusula Quinta del contrato.
28. Es decir, señor Presidente, **en el Contrato se previó que de existir servicios adicionales, realizados en exceso por la concesionaria, comparándolos con su propuesta inicial, éstas serían pagadas por mi representada, realizando previamente el cálculo citado**; por lo tanto, si luego de la firma del contrato, por ejemplo sólo se barría 5 parques, y en el año 5 de la vigencia del contrato, se crea un parque más, y por lo tanto se amplía el servicio, por metros cuadrados, se multiplica éstos metros cuadrados adicionales por el precio unitario establecido en la Cláusula Quinta del contrato; o si, por ejemplo, la concesionaria en su propuesta previó el barrido de una calle X una sola vez al día, y por necesidad mi representada requiere que se haga el barrido más de una vez al día, entonces éste servicio adicional a lo propuesto por la concesionaria se pagará realizando el cálculo previsto en la citada Cláusula Quinta del contrato.

LAS ÚNICAS VARIACIONES Y/O REAJUSTES POSIBLES QUE SE PREVIÓ EN EL CONTRATO, SON LOS QUE SE DEN POR EFECTO DE LA VARIACIÓN DEL IPC, ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR A NIVEL DE LIMA METROPOLITANA

29. Señor Presidente, en la Cláusula Quinta del Contrato, último párrafo, se establece lo siguiente:

*“Por lo tanto, los pagos que la Municipalidad haga a el Concesionario representarán la retribución total y única de éste y no darán lugar a reclamación alguna, **con excepción de las variaciones y/o reajustes a que haya lugar de acuerdo con lo previsto en la Cláusula Sexta de éste contrato**”.*

Es decir, señor Presidente, mi representada de acuerdo a lo previsto en la Cláusula Quinta del Contrato, tiene la obligación de realizar el pago a la Concesionaria, CONFORME A LA PROPUESTA ECONÓMICA PRESENTADA POR LA CONCESIONARIA EN LA LICITACIÓN PÚBLICA, la cual se transcribe en ésta Cláusula, **PRECIOS UNITARIOS (que incluyen sin excepción alguna todos los costos directos, indirectos, administrativos, generales, y en general todos los costos en que habrá de incurrir el Concesionario para la prestación de los servicios, incluyendo entre otros, equipo, combustibles, instalaciones y repuestos, personal, materiales, garantías, seguros, gastos de administración y dirección y los honorarios y utilidades del concesionario, así como el IGV que grava los servicios)**, siendo la única excepción LAS VARIACIONES Y/O REAJUSTES a que haya lugar de acuerdo con lo previsto en la cláusula sexta del contrato.

30. Señor Presidente, no debe escapar a su agudo análisis, que la demandante, pretende confundir al Tribunal, señalando que el Contrato previó variaciones y/o reajustes en cuanto a los precios en las tarifas, esto es variaciones en los Precios unitarios, propuestos en la Licitación Pública; sin embargo, a la luz de lo establecido en la Cláusula Quinta, último párrafo, ésta interpretación maliciosa de la demandante, no es así, pues lo que se previó fue posibles **VARIACIONES Y/O REAJUSTES A QUE HAYA LUGAR DE ACUERDO CON LO PREVISTO EN LA CLÁUSULA SEXTA DEL CONTRATO, Y ¿QUÉ DICE ÉSTA CLÁUSULA SEXTA SEÑOR PRESIDENTE?:**

“El pago mensual que se realizará al concesionario será reajustado anualmente en función al IPC (Índice de Precios al Consumidor a nivel de Lima Metropolitana). El primer reajuste se ejecutará al inicio del segundo año calendario de prestación del servicio contado desde la fecha de suscripción del contrato de concesión, y así sucesivamente”

Es decir señor Presidente, las únicas variaciones y/o reajustes posibles que se previó en el Contrato, **son los que se den por efecto de la variación del IPC**, Índice de Precios al Consumidor a nivel de Lima Metropolitana, y de ninguna manera como señala la demandante en su demanda en el numeral 6 y 12 (Antecedentes), que las variaciones y/o reajustes se refieran a nuevos precios en las tarifas, o nuevos precios unitarios, que la empresa propuso para obtener la Buena Pro.

31. En éste extremo, señor Presidente, debemos puntualizar que mi representada ha cumplido con reajustar el pago mensual a la concesionaria, año a año; es decir, hemos cumplido con actualizar el IPC anualmente, y sobre éste extremo **NO HAY RECLAMO ALGUNO POR LA DEMANDANTE**; máxime si, la Subgerencia de Limpieza Pública y Áreas verdes, en el Informe N° 79-2016-SGLPAV/GOSP/MM, informa al detalle sobre ésta actualización anual que se efectuó a los precios unitarios por efecto del IPC

LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE DE ACUERDO A LA NORMA LEGAL VIGENTE, SON INFUNDADAS

32. Señor Presidente, por todos los motivos antes expuestos la Pretensión Principal es infundada, y por consiguiente todas las accesorias, aun cuando éstas no son coherentes con la Principal, como lo señaláramos en nuestro escrito de excepción de obscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda.
33. En efecto, en cuanto a la primera pretensión accesoria, es evidente que el Informe N° 005-2018/GG de fecha 30 de mayo de 2018 (anexo 1-N) de la demanda, carece de mérito probatorio que demuestre el supuesto desequilibrio económico financiero del contrato en el periodo que solicita en ésta pretensión accesoria, porque se encuentra sustentada en el Informe de INTELFIN, la cual hemos refutado ampliamente y expuesto las razones por las que no es idónea ni suficiente.
34. En el mismo sentido, en cuanto a la segunda pretensión accesoria, el Informe N° 005-2018/GG de fecha 30 de mayo de 2018 (anexo 1-N) de la demanda, carece de mérito

probatorio que demuestre el supuesto desequilibrio económico financiero en el periodo que solicita en ésta pretensión accesorio, porque se encuentra sustentada en el Informe de INTELFIN, la cual hemos refutado ampliamente y expuesto las razones por las que no es idónea ni suficiente.

35. Y, en cuanto a la tercera pretensión accesorio, señor Presidente, refutamos la misma, debido a que evidentemente no guarda relación o conexidad con la pretensión principal al referirse al periodo desde el año 2014, y porque de acuerdo a lo explicado y aclarado en el literal d) numeral 24 del presente escrito **la maquinaria (barredora mecanizada)**, que señala Petramás S.A.C. se vio obligada a incorporar a fin de mejorar la prestación de servicios y que supuestamente no puede ser valorado por no estar dentro del Contrato y por ende no se le realiza el pago por el servicios de ésta máquina, **SI SE PREVIÓ EN LOS SERVICIOS OFRECIDOS EN LA PROPUESTA TÉCNICA, LA CUAL SE ADJUNTA AL PRESENTE ESCRITO, Y SE ENCUENTRAN REGULADOS POR LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN; POR LO TANTO, EL SERVICIO DE BARRIDO MECANIZADO ESTÁ INCLUIDO EN EL SERVICIO DE BARRIDO DE CALLES Y AVENIDAS, EL CUAL SE ENCUENTRA TRATADO EN LA PÁGINA 33 DE LA PROPUESTA TÉCNICA DEL PLAN DE OPERACIONES DE BARRIDO DE CALLES Y AVENIDAS; consecuentemente, no es cierto lo señalado por la demandante**, pues es claro que la propuesta técnica realizada por ésta parte en la Licitación Pública forma parte del Contrato, y se incluyó dentro del ítem 1: Barrido de Calles y avenidas; **consiguientemente, sí se ha realizado el pago por el uso de la barredora mecanizada, el cual está incluido, subsumido en el ítem barrido de calles y avenidas, interpretar de la manera como lo hace la demandante maliciosamente, daría lugar a un doble pago.**

RESPECTO AL PROCEDIMIENTO PARA MODIFICAR EL CONTRATO QUE LA DEMANDANTE FRUSTRÓ, Y QUE DECIDIÓ SOMETERLA A ARBITRAJE, AÚN CUANDO DICHO PROCEDIMIENTO TIENE COMO ÚNICO MARCO LEGAL EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1012 Y SU REGLAMENTO, Y LOS ACTOS QUE SE APRUEBEN AL MARGEN DE DICHA NORMA SON NULOS DE PURO DERECHO.

36. Señor Presidente, teniendo en cuenta el principio de temporalidad de las normas, toda modificación de un Contrato de Concesión bajo el marco de Asociaciones Público privadas se debe adecuar a las normas vigentes al momento de planteada su solicitud conforme se ha estipulado en el artículo 103° de la Constitución Política del Perú, modificado por la Ley de Reforma Constitucional N° 28389, el cual establece que: **“La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos (...)”**. Asimismo, el artículo 109° de la Carta Magna establece que **“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”**; por lo tanto, la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato que solicita Petramas, debe evaluarse bajo lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento.

En cuanto a las modificaciones contractuales, el artículo 57°, numerales 57.2 y 57.3 del D.L 1012, regulan los efectos jurídicos de la opinión realizada por el MEF en los siguientes términos:

“57.2 Contando con la opinión del organismo regulador, la entidad pública solicita la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas en caso las modificaciones alteren el cofinanciamiento, las garantías, así como ante cambios en los parámetros económicos y financieros del contrato, y aquellos cambios que puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de Asociación Público Privada o que puedan generar contingencias fiscales al Estado.

57.3 Los acuerdos indistintamente a la denominación que adopten, que contengan modificaciones al contrato de Asociación Público Privada, que regulen aspectos de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas y que no cuenten con opinión previa favorable de éste, no surten efectos y son nulos de pleno derecho”.

37. Por lo tanto, la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (en adelante DGPPIP) del MEF, como ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, **es el único que puede aprobar la modificación de un contrato bajo el marco de APP, independientemente de la causal solicitada, bajo sanción de nulidad.**

El procedimiento de modificación contractual ante el MEF inicia con la solicitud que hace la entidad dirigida a la DGPPIP para el inicio de la evaluación conjunta, conforme a lo dispuesto en el artículo 55° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

Dentro de dicha evaluación, el MEF solicitó el proyecto de Adenda y los documentos que sustentan la solicitud de modificación contractual, que en el presente caso estaban referidos a: i) la estructura de costos que sustentó la adjudicación de la buena pro, ii) estructura de costos actualizada a la fecha de la solicitud de modificación contractual, y ii) estudio comparativo de de costos generados por La Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo los costos adicionales a los servicios brindados por Petramás y de las otras empresas competidoras que operan actualmente en el mercado. Asimismo, en forma general para todos los casos de modificaciones de Contratos Cofinanciados, el MEF solicita la certificación presupuestal (que acredita la capacidad presupuestal de pago de la Entidad), y el modelo económico financiero del proyecto, entre otros.

Este procedimiento de evaluación conjunta se lleva a cabo en forma verbal, principalmente entre el MEF y la Entidad, salvo que se requiera la presencia del Concesionario, puesto que su opinión tiene por finalidad verificar la capacidad de pago del Estado para asumir las obligaciones, los compromisos, garantías y contingentes significativos en concordancia con lo previsto en el artículo 27, inciso d) del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224.

La opinión por escrito brindada por el MEF se emite después de concluido el procedimiento de evaluación conjunta, y después de obtenidas las opiniones previas de los organismos reguladores y la Contraloría, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 22° del Decreto Legislativo N° 1224 y los artículos 55° y siguientes del Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

Como consecuencia, para que una pretensión de modificación contractual sea válida y exigible debe respetar el procedimiento establecido por el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, caso contrario, esta es nula de pleno derecho.

38. Con Carta Externa N° 2029-2017 de fecha 19 de enero de 2017, Petramás S.A.C solicitó el reajuste por restablecimiento del equilibrio económico financiero basado en el estudio realizado por la consultora Intelfin Estudios & Consultoría S.A.C, es así que luego de varias comunicaciones entre las partes, el Comité de Inversiones remitió el Oficio N° 03-2017-CI/MM de fecha 14 de febrero de 2017, reiterado con Oficio N° 11-2017-CI/MM del 15 de Agosto de 2017, solicitando al MEF el inicio del proceso de evaluación conjunta en virtud a lo dispuesto en el artículo 55° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

Como parte de la evaluación conjunta, y a pedido del Concesionario, el día 29.08.2017 se llevó a cabo una reunión en la participaron representantes del MEF, de la Municipalidad de Miraflores y de Petramás S.A.C. levantándose manualmente el Acta N° 09-2017-CI/MM dejando constancia de los temas tratados, el mismo que fue suscrito por el señor Oscar Rozas Romainville, en representación de Petramás S.A.C.

Tal como se dejó constancia, el Ministerio de Economía y Finanzas fue enfático al señalar que al momento de la suscripción del Contrato de Concesión las partes se encontraban en equilibrio económico, lo que implica que la oferta del Concesionario está prevista para ser sostenible durante toda su vigencia y no solo para los primeros años del Contrato. En esa medida, el MEF concluyó que solo lo no previsto en el Contrato y que haya sido contemplado en una norma legal expedida con posterioridad es susceptible de ser evaluada en la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión, quedando excluido así los demás supuestos planteados en la solicitud presentada por Petramás S.A.C., debido a que el Concesionario es la parte que asume el riesgo de mayores costos en el Contrato.

Acto seguido, y teniendo en cuenta que las opiniones brindadas por el MEF son verbales durante esta etapa, el Comité de Inversiones remitió el Oficio N° 13-2017-CI/MM del 31 de Agosto de 2017, dirigido al MEF solicitando emita opinión formal sobre los temas abordados en la reunión conjunta, la cual sin embargo, fue devuelta con Oficio N° 295-2017-EF/68.01 del 07 de setiembre de 2017, donde nos comunicaron que se debe remitir el Acta N° 09-2017-CI/MM debidamente visada por los representantes del Concedente y el Concesionario, a fin de que procedan a emitir la opinión solicitada.

Siendo así, mediante Carta N° 13-2017-CI/MM del 19 de setiembre de 2017, el Comité de Inversiones remitió a Petramás S.A.C, el Acta N° 09-2017-CI/MM formalizada (ya que la emitida en el 29.08.2017 fue manuscrita), para su visación correspondiente, y así continuar con el proceso de evaluación conjunta. Sin embargo, dicha empresa no se pronunció y en lugar de continuar con el procedimiento de evaluación conjunta, solicitó el arbitraje conforme fuera informado por la Procuraduría a través del Memorándum N° 212-2018-PPM/MM del 16.02.2018.

Cabe precisar que en este caso no se concluyó el procedimiento de evaluación conjunta, pues para que este sea efectivo, es menester que la Entidad comunique al MEF su decisión de darlo por concluido tal como se ha previsto en el segundo párrafo del artículo 55-A del Decreto Supremo N° 410-2015-EF que señala "(...) *El proceso de evaluación conjunta finaliza cuando el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local*

así lo determine, lo cual debe ser informado a las entidades públicas y al inversionista...”

El procedimiento de evaluación conjunta aún no ha concluido ya que existen pretensiones que sí resultaban amparables, como las referidas a los costos derivados de la implementación de la Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo.

Por lo mismo, resulta evidente que Petramás S.A.C. pretende que todos los extremos de su solicitud de modificación contractual por restablecimiento del equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión sea determinado por un árbitro, en lugar que este sea conducido por el MEF a través del procedimiento legal de obligatorio cumplimiento.

En igual sentido, y teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión suscrito con Petramás S.A.C. es cofinanciado, la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico y el proyecto de adenda del mismo, necesaria y obligatoriamente debe contar con la Opinión Previa de la Contraloría General de la República, tal como así se encuentra dispuesto en el artículo 23°, numeral 22.3 del Decreto Legislativo N° 1224, modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30594, publicada el 24 junio 2017, el cual señala lo siguiente:

“22.3 Culminado el proceso de evaluación conjunta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local evalúa y sustenta las modificaciones contractuales; y solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia, y tratándose de materias de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, debe requerirse la opinión previa favorable de dicho Ministerio. Los acuerdos que contengan modificaciones al contrato de Asociación Público Privada que no cuenten con opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

El proceso de modificación contractual regulado en el presente artículo, requerirá la participación de la Contraloría General de la República, a través de la emisión de un informe previo, en un plazo máximo de diez días hábiles, el cual será solicitado una vez concluido el proceso de evaluación conjunta. Dicho informe previo no es vinculante y deberá contener opinión sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado de conformidad con el inciso l) del Artículo 22 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Es emitido sin perjuicio del control posterior”. (El énfasis es nuestro)

Como se aprecia, la norma antes descrita ha hecho referencia a la Ley N° 27785, cuyo inciso l) señala que dentro de las facultades de la Contraloría está la de *“Informar previamente sobre las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, inclusive los proyectos de contrato, que en cualquier forma comprometa su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior”.*

En consecuencia, atendiendo que la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato afecta la capacidad presupuestal de pago de nuestra Entidad, corresponde que las opiniones del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Contraloría General de la República sean emitidas ante la petición de la Entidad dentro del procedimiento establecido en el Decreto Supremo N° 410-2015-EF, pero no ante la petición de personas a autoridades fuera del alcance del mismo.

Por ello, consideramos, que un Tribunal Arbitral no podría determinar el restablecimiento del equilibrio económico financiero solicitado por Petramás S.A.C., **debido a que la pretensión demandada compromete créditos y/o la capacidad financiera de la Municipalidad de Miraflores, los que no pueden efectuarse con desconocimiento del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Contraloría General de la República,** quienes se encuentran obligadas a emitir opinión sobre la validez de la modificación contractual dentro del procedimiento establecido por Ley.

La revisión que dichas Entidades realicen es importante para garantizar además, que las modificaciones contractuales no excedan el 15% del costo total del proyecto, pues de ser este el caso, el artículo 56, numeral 56.2 del Decreto Supremo N° 410-2015-EF prevé la posibilidad de realizar una nueva Licitación, tal como se describe a continuación:

“Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del Costo Total del Proyecto, la entidad, siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera, evalúa la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una modificación al contrato de Asociación Público Privada en el marco de lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley”.

La Municipalidad de Miraflores no se ha negado a dar trámite a la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico de Petramás S.A.C., por el contrario, ha cumplido con dar trámite a la Carta Externa N° 2029-2017 de fecha 19 de enero de 2017 para iniciar el procedimiento de evaluación conjunta ante el MEF, el mismo que no ha concluido hasta la fecha pues se encuentra pendiente que dicha empresa continúe con la determinación de los costos generados por la implementación de Salud y Seguridad en el Trabajo, los cuales deberán ser evaluados por el MEF.

El retraso viene siendo generado por el Concesionario, quien no ha dado respuesta a la Carta N° 13-2017-CI/MM del 19 de setiembre de 2017 remitida por el Comité de Inversiones, quien le requirió la visación de la formalización del Acta N° 09-2017-CI/MM para continuar con el proceso de evaluación conjunta.

Por consiguiente, no existiría ninguna obligación a cargo de nuestra Entidad que deba ser determinada en un proceso arbitral, ya que la pretensión del restablecimiento del equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión debe seguir el conducto regular, que en el presente caso ha sido obstaculizado por el propio Concesionario para acudir a la vía arbitral.

39. Por otro lado, entrando más a detalle en las pretensiones planteadas por Petramás S.A.C., se advierte que la demanda se focaliza en pagos por servicios de limpieza y de barrido de calles.

Al respecto, el artículo 58° del Decreto Supremo N° 410-2018-EF, ha dispuesto que de incluirse disposiciones sobre el equilibrio económico financiero en los contratos de APP (sin que sea obligatorio la incorporación expresa de esta cláusula), éstas deben precisar que el restablecimiento del equilibrio económico financiero será invocado por cualquiera de las partes únicamente en caso dicho equilibrio se vea significativamente afectado **exclusivamente debido al cambio de leyes aplicables, en la medida que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista.**

Como se puede apreciar, la normativa autoriza a que la cláusula de restablecimiento del equilibrio económico financiero solo pueda ser utilizada por cambios derivados de la emisión de leyes aplicables. Tan precisa es la norma, que si se incluye dentro de dicha cláusula a los cambios por interpretaciones normativas u otro supuesto de hecho, se contravendría la legislación de APP en el Perú.

La demanda interpuesta no precisa de forma expresa ni indirecta, la existencia de ninguna Ley o Disposición Aplicable que modifique en forma significativa los costos establecidos al momento de la suscripción del Contrato de Concesión respecto a los servicios de limpieza en general ni respecto al servicio de la barredora mecánica. El Contrato de Concesión tampoco establece un supuesto distinto, por lo que sería ilegal suponer o interpretar la existencia y validez de cualquier supuesto diferente al señalado por el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento.

Asimismo, el artículo 58° del Reglamento determina que la afectación se entiende como significativa solo cuando se hubiesen alcanzado los porcentajes, umbrales o límites que establece el respectivo contrato de APP (por ejemplo, superior al 10%), para lo cual se revisará el modelo económico financiero del proyecto, entregado por el concesionario de manera previa a la suscripción del respectivo contrato. En estos casos, el equilibrio se restablece al momento anterior a la afectación significativa producida por los cambios en las leyes aplicables.

Sobre este punto debemos precisar que debido a que el Contrato de Concesión con Petramás S.A.C. fue suscrito antes de la entrada en vigencia del D.L 1012 derogado por el D.L 1224, no se elaboró un modelo económico financiero del proyecto; **razón por la cual, es necesario que el Concesionario elabore uno y este sea revisado por la Entidad antes de ser presentado en la evaluación conjunta a fin de determinar las reales variaciones económicas**. Por consiguiente, el análisis de dichas variaciones de costos no puede determinarse con un estudio económico realizado sin tener como base el modelo económico financiero del proyecto, pues se desconocen los ingresos, el flujo de caja económico, el flujo de caja financiero, el Valor Actual Neto (VAN), la Tasa Interna de Retorno (TIR) y la estructura de costos del proyecto año a año durante la vigencia del Contrato de Concesión.

A mayor abundamiento, es importante considerar que los principales indicadores del modelo económico financiero son la VAN y el TIR. La VAN es el valor presente de los flujos futuros y la TIR es la rentabilidad del proyecto, los que deberán estar representados en valores positivos para que se considere un proyecto rentable; vale decir que en el caso que el Concesionario se haya equivocado en la evaluación económica financiera realizada en forma particular y los valores no resulten los esperados durante toda la vigencia del Contrato de Concesión, dicha falla no podrá ser atendida como restablecimiento del equilibrio económico puesto que no configura como un supuesto legal para su planteamiento (El único permitido como se reitera es por Leyes y Disposiciones Aplicables).

Por lo tanto, estando a que el Informe elaborado por la consultora INTELFIN no ha tomado como referencia los documentos antes descritos, no resultaría objetivo ni determinante en cuanto a la variación de los costos, máxime si la validez de este únicamente puede ser aprobado por el MEF con la opinión previa de la Contraloría.

Siguiendo lo señalado, las partes se encontraban en equilibrio económico financiero al momento de la suscripción del contrato, es decir, estaban en equivalencia prestaciones, lo cual incluye al pago como contraprestación a favor del Concesionario.

La cláusula quinta del Contrato de Concesión describe los precios unitarios de cada uno de los servicios conforme a lo presentado en la propuesta económica de Petramás S.A.C., incluyendo sin excepción alguna a todos los costos directos, indirectos, administrativos generales, y en general, todos los costos en que habrá de incurrir para la prestación de los servicios; incluyendo entre otros, a los equipos, combustibles, instalaciones y repuestos, personal, materiales, garantías, seguros, gastos de administración y dirección, y los honorarios y utilidades, así como el IGV, por lo que el pago efectuado por la Municipalidad de Miraflores representa la retribución total y única sin lugar a reclamación alguna, con excepción de las variaciones y/o reajustes de acuerdo a lo previsto en la cláusula sexta.

La cláusula sexta, a su vez, considera que se hará un reajuste anual en función al IPC, empezando a partir del segundo año de Concesión siempre que sea igual o menor al 5% (lo cual es automático y no requiere ninguna adenda).

Como se ve, como parte del equilibrio económico acordado por las partes estaba el considerar que las variaciones señaladas en la cláusula sexta eran los únicos supuestos válidos para modificar los costos iniciales, lo que constituye una restricción contractual que impide evaluar cualquier otro supuesto distinto.

Lo dicho demuestra que el Concesionario realizó su evaluación económico financiera determinando que dichos precios eran los que le resultaban viables para todo el plazo de vigencia de Contrato.

Ahora bien, mediante Adenda de fecha 05.09.2008, las partes acordaron modificar el contrato porque se ampliaron las actividades de barrido y se trasladó a personal obrero conforme a lo señalado en las cláusulas tercera y cuarta, lo que en su momento justificó la variación de la contraprestación ya que son obligaciones adicionales que no se encontraban contempladas al momento de suscribir el Contrato.

Igualmente, en la cláusula segunda de la Segunda Adenda de fecha 27.02.2012, se modificó el pago de la contraprestación a favor del Concesionario por efecto de la variación de la remuneración mínima vital (en cumplimiento de los lineamientos del MEF pues fue aprobado por una Ley o Disposición Aplicable), y vinculado a la cantidad de trabajadores señalados en la cláusula tercera. **En este caso las partes declararon de común acuerdo, que entre los servicios del Contrato y los precios unitarios reajustados existe una justa y perfecta equivalencia de prestaciones.** Asimismo, en la cláusula sexta precisó que los servicios concesionados, las obligaciones y compromisos establecidos en las Bases, absolución de consultas, propuesta técnica y el Contrato permanecen inalterables y se continúan ejecutando sin variación alguna; es decir, **las partes estaban de acuerdo al señalar que el cumplimiento de los servicios de barrido a cargo de Petramás S.A.C. se ejecutan con los costos de los servicios establecidos al momento de la suscripción del contrato sin que puedan generar ninguna variación a futuro.**

A través de la Tercera Adenda de fecha 09.07.2012, nuevamente se procedió a reajustar el monto de la contraprestación por variación de la remuneración mínima vital (aprobada por Decreto Supremo N° 007-2012-TR), y las **partes de común acuerdo declararon que entre los servicios del Contrato y los precios unitarios reajustados existe una justa y perfecta equivalencia de prestaciones al haberse restablecido el equilibrio económico financiero del Contrato, renunciando expresamente a toda acción administrativa o legal que tenga por finalidad invalidar los efectos de la presente adenda.** La cláusula octava deja constancia que los demás términos y condiciones del Contrato no surten variación alguna; es así que

a dicha fecha Petramás S.A.C. también tenía pleno conocimiento que no podía modificar los costos de los servicios de limpieza y barrido de las calles.

Finalmente, en la cláusula segunda de la Cuarta Adenda de fecha 15.11.2016, se dispuso el reajuste de precios por el incremento de la remuneración mínima vital (aprobada por Decreto Supremo N° 005-2016-TR), disponiendo que corresponde hacer efectivo el reintegro desde que operó legalmente, esto es, a partir del 01 de mayo de 2016. No obstante, la cláusula tercera señaló que los mismos serán cancelados por la Entidad a partir de enero de 2017. Al igual que en las modificaciones anteriores, la cláusula quinta señala que servicios concesionados, así como las obligaciones y compromisos establecidos en las Bases, absolución de consultas de la Licitación, propuesta técnica adjudicada y el Contrato se mantienen inalterables.

Tal como se aprecia, Petramás había suscrito la Cuarta Adenda reconociendo que no podía alterar los costos de los servicios contemplados al momento de la suscripción del Contrato de Concesión, lo cual demuestra que independientemente de lo señalado en la demanda, el Concesionario consideró que se encontraba en justa equivalencia de prestaciones.

Por tal motivo, el Concesionario no podría ir en contra de sus propios actos y desconocer los acuerdos que establecían el restablecimiento del equilibrio económico a noviembre del 2016, esto es, en fecha posterior al plazo señalado en la pretensión principal, primera pretensión accesoria y tercera pretensión accesoria de la demanda.

En igual sentido, el Concesionario tampoco se encontraría facultado a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico financiero por los servicios señalados en la segunda pretensión accesoria, que van desde mayo a setiembre del 2018, puesto que conforme se ha expuesto en el presente informe, ambas partes declararon en la Cuarta Adenda que los costos de los servicios considerados al momento de la suscripción del Contrato se mantienen inalterables, lo cual es una declaración de ambas partes brindadas en justa equivalencia de prestaciones.

Adicionalmente, cabe precisar que las Asociaciones Público Privadas son modalidades de participación de la inversión privada, en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente. Por lo tanto, su característica principal es que asigna los riesgos del proyecto a quien tiene mejor capacidad de administrarlos (a diferencia de los Contratos bajo el marco de la Ley de Contrataciones del Estado).

El MEF ha establecido Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas publicados en su Portal Institucional, que son de observancia obligatoria.

En ese sentido, durante la etapa de ejecución contractual, el MEF ha dispuesto que los riesgos de operación y mantenimiento son de cargo del Concesionario, por lo que si al momento de suscribir el contrato, **el Concesionario infraestimó los costos de mantenimiento durante todo el plazo de ejecución (hasta setiembre de 2018), debe asumir este riesgo íntegramente** dado que dicha parte es quien debe presupuestar adecuadamente el costo del servicio y/o de la infraestructura a su cargo.

Bajo ese entendido, la variación de los costos del servicio no pueden ser trasladados a la Entidad salvo que existan variaciones de los costos a causa de la dación de Leyes y Disposiciones Aplicables, que de acuerdo a lo planteado en la demanda únicamente resultaría aplicable para la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. No obstante, se debe tener en cuenta que el MEF validó la evaluación de la variación de costos generados con ocasión de la Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo, montos que deberán ser evaluados y determinado dentro del procedimiento de evaluación conjunta ante el MEF.

Así también, debe considerar que si bien correspondería reconocer toda modificación producto de una Ley o Disposición Aplicable, también es cierto que si en determinado momento la empresa ha reconocido que se encuentra en equilibrio económico financiero no puede desconocer posteriormente sus propios actos, pues ello implicaría una afectación al principio de buena fe contractual.

Finalmente, se puede advertir que la Adenda del 05 de setiembre de 2008 incluye actividades adicionales pero únicamente en cuanto al repaso de barrido hasta un máximo de 834.58 Km-eje mensuales por el importe de S/ 37,689.68 Soles. Bajo ese contexto, no existe un límite contractual sea en m² o km-eje para barrido de calles y avenidas, así como de parques y plazas (salvo los que corresponden al repaso), por lo que si se diera el caso de ampliación de calles, veredas o pistas por disposición municipal, no se afectaría las condiciones económico financieras pactadas en el Contrato ya que a mayor m² o mayor km-eje, automáticamente se ajustará el pago correspondiente.

POR TANTO:

Solicitamos a Usted, señor Presidente, tener por presentado nuestro alegato final, sin perjuicio del recurso de reconsideración interpuesto por mi representada.

Miraflores, 24 de julio de 2018

 **MIRAFLORES**
MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES

MARIELA GONZALEZ ESPINOZA
Procuradora Pública Municipal
Reg. CAL. 22917

MGE/kam

420

Lima, 30 de julio de 2018

Señores:
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MIRAFLORES
Av. Larco N° 400
Miraflores.-

Atención: **Dra. Mariela González Espinoza**
Procuradora Pública

Referencia: Arbitraje Ad Hoc Petramás S.A.C – Municipalidad Distrital de Miraflores

De mi consideración:

En atención al caso arbitral de la referencia cumplo con notificar lo siguiente:

- Resolución N° 6 de fecha 30 de julio de 2018.
- Escrito presentado el 25 de julio de 2018 por Petramás S.A.C.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente.


FREDY DOMINGUEZ FERNÁNDEZ
DNI 41497224

Secretario Arbitral

Celular 990-540-629

Sede arbitral: Calle Chinchón N° 601, San Isidro.



CARTA EXTERNA Nro.
25666 - 2018
Secretaría General

Solicitante : DOMINGUEZ FERNANDEZ FREDY
Asunto : ARBITRAJE AD-HOC PETRAMAS
Folios : 7
Observaciones :

Registrado por: TVEGA el 30-07-2018 16:34:30
U. Organica : ADMINISTRACION DOCUMENTARIA



Resolución N° 6.

Lima, 30 de julio de 2018

VISTOS:

- i) El escrito presentado por la Municipalidad Distrital de Miraflores el 24 de julio de 2018.
- ii) El escrito presentado por la Municipalidad Distrital de Miraflores el 25 de julio de 2018.
- iii) El escrito presentado por Petramás S.A.C el 25 de julio de 2018.

CONSIDERANDO:

- 1) El Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 5, declaró infundada la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda deducida por la Municipalidad Distrital de Miraflores.
- 2) La Municipalidad Distrital de Miraflores mediante escrito de vistos i) solicita que el Tribunal Arbitral reconsidere su decisión debido a que la definición de excepción señalada en la Resolución N° 5 es inadecuada porque tendría que hacerse de acuerdo a como hizo en su escrito, esto es, de acuerdo a la doctrina citada. Asimismo, observa imprecisiones en las pretensiones de la demanda, cuestiona la conexidad en la acumulación de pretensiones, entre otros.
- 3) Al respecto, se debe expresar que el Código Procesal Civil no resulta de aplicación supletoria, y ello se desprende del numeral 3 del artículo 34° del D. Leg N° 1071, norma que regula el arbitraje, que establece que: *“Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral”*.
- 4) En doctrina arbitral, el destacado autor MANTILLA-SERRANO señala: *“(…) la ley se toma el cuidado de evitar la aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano estableciendo que, a falta de disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral, o en su defecto, por la ley peruana de arbitraje (que no define pero se entiende referida al artículo 3 de la ley), el tribunal arbitral puede recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral (artículo 34.2)(…)”¹*.
- 5) En el mismo sentido, los reconocidos profesionales CANTUARIAS y CAIVANO hacen hincapié y resaltan, comentando el artículo 34 del D.

¹ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Breves comentarios sobre la nueva ley peruana de arbitraje*. En: Lima Arbitration. N°. 4, 2010/2011, p. 37.

Leg. N° 1071, que: "(...), este dispositivo (artículo 34.3) establece que si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral o, en su defecto, en la Ley de Arbitraje, los árbitros podrán recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral, negando así cualquier posible (e indebida) aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano"².

- 6) En atención a lo expuesto anteriormente el Tribunal Arbitral para resolver la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda deducida por la Municipalidad Distrital de Miraflores tuvo el cuidado de no aplicar el Código Procesal Civil. El Tribunal Arbitral entendió que no ameritaba amparar la excepción mencionada debido a que Petramás S.A.C., al plantear en la demanda sus pretensiones y fundamentarlas, había seguido una estructura, secuencia e inteligibilidad. Ello no significa de ninguna manera que el Tribunal Arbitral califique *in limine* la idoneidad para que se amparen o no las pretensiones, toda vez que el Tribunal Arbitral evaluará el fondo de la controversia al momento de laudar.
- 7) El Tribunal Arbitral consciente que no es aplicable el Código Procesal Civil a fin de contextualizar su decisión citó a un reconocido profesor y autor nacional. Juan Monroy Gálvez, *vid.* Numeral 14.
- 8) El profesor CAIVANO sostiene que *"una de las características del procedimiento arbitral es su mayor informalidad con relación a los procedimientos aplicables en sede judicial. La flexibilidad e instrumentalidad que se presentan como norma en materia de arbitraje, han sido señaladas precisamente como una de las mayores ventajas que este instituto reporta, en tanto permite a las partes, como una consecuencia natural, obtener un pronunciamiento más rápido y más consustanciado con las cuestiones de fondo que en artificios formales"*³.
- 9) En tal sentido, si la demanda está bien o mal planteada, si las pretensiones tienen imprecisiones, contradicciones, no tienen relación, no tienen coherencia, etc. serán objeto de análisis del Tribunal Arbitral al momento de laudar y, de haberlas, tendrán incidencias en las decisiones del Tribunal Arbitral. Por consiguiente, corresponde declarar infundado el recurso de reconsideración por los extremos expuestos.
- 10) Mediante Resolución N° 5, el Tribunal Arbitral concedió a las partes el plazo de tres (3) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.
- 11) A través de los escritos de vistos ii) y iii), dentro del plazo, las partes presentaron sus alegatos escritos. Además, la Municipalidad Distrital de Miraflores solicitó realizar informe oral.

Por lo que el Tribunal Arbitral **RESUELVE:**

² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. *La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad*. En: Revista Peruana de Arbitraje. N° 7, 2008, pp. 64-65.

³ CAIVANO, Roque. *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. Lima: APENAC, 1998, p. 267.

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de reconsideración presentado por la Municipalidad Distrital de Miraflores mediante escrito presentado el 24 de julio de 2018.

SEGUNDO: TENER por presentados los alegatos escritos por parte de Petramás S.A.C. y la Municipalidad Distrital de Miraflores.

TERCERO: CITAR a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día **viernes 03 de agosto de 2018** a las **10:00 a.m.**, la misma que se llevará a cabo en la sede arbitral sito en calle **Chinchón N° 601**, San Isidro, Lima.

(Firmado por): **Enrique Antonio Varsi Rospigliosi**, Presidente del Tribunal Arbitral;
Cecilia Mónica Espiche Elías, Árbitro; **Alberto Antonio Martín Loayza Lazo**, Árbitro;
Fredy Edgar Domínguez Fernández, Secretario Arbitral.

Recibido
25/07/18

EXPEDIENTE:

SECRETARIO:

SUMILLA: ALEGATOS

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

PETRAMAS S.A.C., en el proceso arbitral seguido con la Municipalidad distrital de Miraflores, sobre equilibrio económico, a Usted atentamente digo:

Que, habiéndonos notificado la Resolución de fecha 17 de julio del presente año, presentamos ante su Digno Tribunal, nuestros alegatos escritos, que deberán tenerse en consideración al momento de resolver los puntos controvertidos:

1. Que, en nuestra demanda planteamos que el tribunal arbitral declare el equilibrio económico de la relación contractual con la Municipalidad de Miraflores, debido a que en la ejecución contractual que data desde febrero del 2008, (hace 10 años) el distrito de Miraflores ha sufrido cambios, como es natural, ya sea en su infraestructura, material mobiliario, cambios en la legislación laboral y otros aspectos que se encuentran analizados en el Estudio Intelfin, el mismo que fue consensuado por ambas partes, conforme puede observarse del acta de fecha 10 de junio del 2016 suscrita con la finalidad de que se determine el equilibrio y de esa manera modificar el contrato.
2. Entonces, ambas partes nos hemos sometido a un peritaje para determinar la existencia del desequilibrio económico, hecho que ahora la procuraduría pretende desconocerlo.
3. También como hemos visto en nuestra demanda, cumple con todos los presupuestos, esto es la alteración se produce por actos ajenos a nuestra voluntad, por acontecimientos posteriores a la suscripción del contrato, por hechos que alteraron el normal desenvolvimiento contractual.
4. Todos estos acontecimientos llevaron a que nuestra empresa pierda mes a mes su capital, enriqueciendo a la Municipalidad de Miraflores, conforme a los informes que hemos presentado como calidad de prueba, pues no podemos dejar de prestar el servicio ya que de contrario nos penalizarían y hasta nos resolverían el contrato, siendo evidente que la municipalidad tiene una posición de ventaja en la relación contractual.

5. Es importante agregar, que la relación contractual entre la Municipalidad de Miraflores con nuestra representada proviene de una iniciativa privada plasmada en la Licitación Pública N° 001-2007-CEPRI/MM, en donde también participo y gano la empresa VEGA UPACA RELIMA; en otro ítem.
6. Entonces, siendo que ambos participamos y ganamos en la misma Licitación, no entendemos como en el caso de la empresa VEGA UPACA RELIMA, la Municipalidad de Miraflores sí acepto se establezca el equilibrio económico, conforme puede verse en la Cuarta Adenda denominado: "CUARTA ADENDA AL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE RECOLECCIÓN, TRANSPORTE Y DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS, RECOLECCIÓN DE MALEZA Y MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN, TRATAMIENTO Y LIMPIEZA DE AREAS VERDES EN EL DISTRITO DE MIRAFLORES", donde RELIMA y la MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES, pactaron lo siguiente:

(...)

1.5 Conforme a lo dispuesto en el numeral 2 de la cláusula décimo segunda del Contrato de Concesión, LA MUNICIPALIDAD cuenta con la atribución de modificar el Concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el concesionario, y respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractuales convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes.

1. 6 En atención al numeral que antecede, con fecha 03 de octubre de 2013, las partes dieron inicio a las negociaciones en el marco del Tracto Directo efectuado, a fin de determinar los alcances del desequilibrio económico financiero del Contrato de Concesión por variaciones normativas y unilaterales al Contrato de Concesión.

CLAUSULA SEGUNDA: MODIFICACIONES.

6.1 En virtud de la presente Adenda se modifican los precios unitarios de dos servicios contemplados en la cláusula quinta del Contrato de Concesión (...)

6.2 Dicha modificación es el resultado de la evaluación del peritaje efectuado por el Instituto de Regulación y Finanzas de la Universidad

ESAN, por encargo de las partes, a efectos de determinar los alcances del desequilibrio económico financiero del contrato de concesión, así como la negociación realizada entre las partes.

7. Como puede verse en el caso de la empresa RELIMA, Sí hubo equilibrio económico en su relación contractual, lo que no ocurrió con nuestro contrato que como hemos señalado en infinidad de documentos se encuentra en desequilibrio económico por lo cual no obtenemos ningún tipo de ganancia, teniendo en consideración que la Municipalidad debió aplicar el Principio universal de "*Igual Razón Igual Derecho*".

POR TANTO:

A Ustedes señor Presidente del Tribunal Ad-hoc, solicitamos declarar **FUNDADA**, en todos sus extremos.

Lima, 25 de julio del 2018


.....
Cristian A. Ojeda Montoya
ABOGADO
Reg. C.A.L. N° 47481