

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



Las competencias del Fondo MIVIVIENDA S.A en el marco de
los proyectos de vivienda de interés social promovidos por el
Estado Peruano

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogada

Autor:

Mariana Victoria Reyes Vásquez

Asesor:

Christian Cesar Chocano Davis

Lima, 2022

RESUMEN

El presente informe aborda las competencias del Fondo MIVIVIENDA S.A en los proyectos de vivienda de interés social promovidos por el Estado Peruano a través del Ministerio de Vivienda, a partir de la constitución de fideicomisos inmobiliarios con la finalidad de atender proyectos Techo Propio con problemas de continuidad.

El caso se desarrolla a raíz de la Demanda Arbitral por parte de una empresa promotora quien suscribió un contrato de fideicomiso con la citada entidad para culminar la ejecución de un proyecto de vivienda de interés social “Las Garzas”. En la Demanda Arbitral, entre otras pretensiones, la empresa exige al Fondo MIVIVIENDA S.A se constituya como “mejorador” a fin de aportar recursos para la construcción del proyecto.

Para el análisis se debe considerar en primer lugar que el Programa Techo Propio es un programa de fomento de la actividad privada inmobiliaria, fue creado mediante Ley N° 27829 y su Reglamento fue aprobado por Decreto Supremo N° 13-2007-VIVIENDA. Su funcionamiento está regulado en los Reglamentos Operativos vigentes para acceder al Bono Familiar Habitacional en las diferentes modalidades.

Por su parte, el Fondo MIVIVIENDA S.A, cuyo principal rol es la administración y operatividad del Programa Techo Propio fue creado mediante Ley N° 28579, Ley de Conversión del Fondo Hipotecario de la Vivienda a Fondo MIVIVIVENDA S.A., sus competencias se encuentran detalladas en su norma de creación y en el Estatuto Social del Fondo MIVIVIENDA S.A.

De acuerdo a lo expuesto, del análisis del caso, se desprende la necesidad de que los roles de los actores que participen del Programa Techo Propio se encuentren adecuadamente definidos y se circunscriban a la normativa vigente con el objetivo de asegurar que el Bono Familiar Habitacional cumpla su finalidad. No resulta idóneo que, a efectos de buscar la continuidad de proyectos, se opten por alternativas que jurídicamente no son posibles.

Palabras clave

Vivienda de interés social, Programa Techo Propio, Actividad de fomento, Fondo MIVIVIENDA, fideicomiso inmobiliario

ABSTRACT

This report addresses the competences of Fondo MIVIVIENDA S.A in social housing projects promoted by the Peruvian State through the Ministry of Housing, based on the constitution of real estate trusts in order to address Techo Propio projects with continuity problems.

The case is developed as a result of the Arbitration Claim by a promoter company who signed a trust agreement with the aforementioned entity to complete the execution of a housing project of social interest "Las Garzas". The operation of the Techo Propio Program was created by Law No. 28579, Law on the Conversion of the Mortgage Fund of Housing to a Fondo MIVIVIENDA S.A., its powers are detailed in its creation standard and in the Social Statute of Fondo MIVIVIENDA S.A.

For the analysis, it should be considered first of all that the Techo Propio Program is a program to promote private real estate activity, it was created by Law No. 27829 and its regulations were approved by Supreme Decree No. 13-2007-HOUSING. Its operation is regulated in the Current Operating Regulations to access the Family Housing Bonus in the different modalities. For its part, Fondo MIVIVIENDA S.A., whose main role is the administration and operation of the Techo Propio Program, was created by Law No. 28579, Law on the Conversion of the Mortgage Fund for Housing to Fondo MIVIVIENDA S.A. its powers are detailed in its creation regulation and in the Social Statute of Fondo MIVIVIENDA S.A.

According to the above, the analysis of the case shows the need for the roles of the actors participating in the Own Roof Program to be adequately defined and limited to current regulations in order to ensure that the Family Housing Bonus fulfills its purpose. It is not ideal that, in order to seek the continuity of projects, alternatives that are not legally possible are chosen.

Keywords

Housing of social interest, Techo Propio Program, Development activity, Fondo MIVIVIENDA, real estate trust

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
I. 2	
Justificación de la elección de la resolución	2
Presentación del caso y análisis	3
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	5
Antecedentes	5
Hechos relevantes del caso	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	10
Problema principal	10
Problemas secundarios	10
VI. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	10
Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	10
Posición individual sobre el fallo de la resolución	11
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	11
VI: CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN	19
VII. BIBLIOGRAFÍA	19

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho administrativo, Arbitraje, Fideicomiso, Derecho Urbanístico
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Laudo Arbitral de fecha 10 de julio 2015
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Veritas Edificaciones SAC
DEMANDADO/DENUNCIADO	Fondo Mivivienda SAC
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Arbitraje de Derecho
TERCEROS	-
OTROS	-

I. INTRODUCCIÓN

1. Justificación de la elección de la resolución

El presente expediente es un proceso arbitral respecto al cumplimiento de un Contrato de Fideicomiso suscrito con la finalidad de concluir con un Proyecto de Vivienda de Interés Social del Programa Techo Propio.

La política habitacional vigente, en concordancia con el marco constitucional, se implementa a través de la promoción y financiamiento de la adquisición de la vivienda de interés social mediante el otorgamiento de subsidios. Es decir, el Estado no construye viviendas de interés social sino fomenta la actividad privada en dicho sector y facilita el acceso a dichas viviendas bajo un rol subsidiario principalmente a través de dos productos: el Bono Familiar Habitacional (en el marco del Programa Techo Propio) y el Bono del Buen Pagador (en el marco del Nuevo Crédito Mivivienda).

Estos productos son administrados por el Fondo Mivivienda S.A. (en adelante el FMV), empresa pública adscrita al Ministerio de Vivienda, cuyo objeto social es dedicarse a la promoción y financiamiento de la adquisición, mejoramiento y construcción de viviendas, especialmente las de interés social, entre otros aspectos afines a esta materia.

El expediente a analizar aborda un problema recurrente en el Programa Techo Propio que a la fecha no cuenta con una solución idónea: ¿Cuál es la medida adecuada a adoptar cuando existen incumplimientos por parte de los promotores de los proyectos Techo Propio, considerando que se debe buscar que el Bono Familiar Habitacional cumpla con su finalidad?

En el presente se optó por constituir un fideicomiso que posteriormente dio origen al proceso arbitral, exigiendo que el FMV cumpla constituyéndose como mejorador del Proyecto, de acuerdo a lo estipulado en el contrato de fideicomiso.

Es un tema relevante toda vez que a la fecha no se ha abordado a nivel académico a pesar de que el programa Techo Propio tiene ya 20 años de creación.

2. Presentación del caso y análisis

El Proyecto “Las Garzas” se inicia en el marco del programa Techo Propio, en la modalidad Adquisición de Vivienda Nueva (AVN), en el año 2003, asignándose el código 0015, siendo el promotor la empresa Veritas Edificaciones S.A.C. (Veritas).

El proyecto original contemplaba 1220 viviendas y 767 estacionamientos; inició sus preventas en diciembre de 2003 y la construcción en mayo del 2004, teniendo hasta el año 2005, un total de 109 beneficiarios.

El Proyecto se paralizó en abril de 2005, porque el Banco Wiese tomó la decisión de no continuar con el financiamiento del Proyecto, debido a que el Promotor del proyecto estaba destinando recursos a otras etapas del proyecto, sin el consentimiento del banco como institución financiera de respaldo.

En mayo de 2006, a fin de dar continuidad al Proyecto, se suscribió un contrato de fideicomiso para reemplazar las cartas fianza que garantizaban los desembolsos. El contrato de fideicomiso fue suscrito con la intervención del Fondo MIVIVIENDA S.A. (FMV) en calidad de fideicomitente y fideicomisario; Veritas Edificaciones S.A.C. (Veritas) en calidad de fideicomitente y fideicomisario; el Fondo de Vivienda Policial (FOVIPOL) en calidad de fideicomisario; Banco de Comercio (Bancomer) en calidad de fiduciario; y los adquirentes de las unidades inmobiliarias (fideicomisarios no otorgantes ni firmantes), que se ampliaron de 109 a 493. Este contrato fue elevado a Escritura Pública en mayo de 2006. Es importante señalar que FOVIPOL participó porque el proyecto tenía alrededor de 232 beneficiarios de viviendas miembros de la Policía Nacional del Perú.

Las obras del Proyecto se paralizaron por segunda vez en julio del 2007, al agotarse los recursos del fideicomiso, los cuales provenían únicamente de los aportes de beneficiarios¹: Bono Familiar Habitacional, ahorro y Créditos Hipotecarios (dependiendo de cada caso).

¹ Es importante señalar que para acceder al Programa Techo Propio, en la modalidad de Adquisición de Vivienda Nueva, los beneficiarios tienen que cumplir con los siguientes requisitos: 1) No contar con otra vivienda o terreno a nivel nacional 2) Conformar un grupo familiar 3) Contar con un ingreso familiar no mayor a S/ 3715.00 soles (el valor del ingreso familiar máximo se actualiza cada año) 4) No haber recibido apoyo habitacional del Estado previamente (tanto del Fondo Mivivienda como de ENACE, FONAVI o Banco de Materiales en su momento) y 5) Contar con un valor de ahorro equivalente al 3% del valor de la vivienda como mínimo.

En ese sentido, el valor de la vivienda está conformado por el valor del bono familiar habitacional (BFH) + el valor del ahorro aportado por las familias + el crédito complementario de ser el caso. Por ejemplo si la vivienda cuesta S/ 87 400 soles, el ahorro deberá ser S/ 2 622 soles + S/ 40 250 soles del BFH y la diferencia de 44 528 deberá ser abonada por las familias a través de un crédito complementario otorgado por una institución financiera o de contar con ahorros equivalentes a ese monto, podrá ser pagado directamente.

Hasta abril del 2012, tanto el FMV como Veritas trabajaron el desarrollo de una Tercera Adenda para viabilizar la reanudación de obras y entrega de viviendas a los adquirientes del proyecto; sin embargo, no se llegó a un acuerdo, al no aceptarse la inclusión de una cláusula que contemplaba la posibilidad de reemplazar al constructor Veritas Edificaciones S.A.C. en caso de un eventual incumplimiento de sus obligaciones.

En dicho escenario, el 20 de junio de 2012, el FMV fue notificado del pedido de arbitraje presentado por Veritas ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Dentro del proceso arbitral, Veritas atribuyó al FMV la responsabilidad de la no viabilidad del proyecto, solicitándole, entre otras cosas, una indemnización y que asuma el costo de la terminación del proyecto, constituyéndose como Mejorador del mismo. El FMV por su parte exigió la restitución al patrimonio fideicometido de US \$ 400,000.00 por concepto de material en cancha que fue retirado por Veritas el 2007 en la paralización del proyecto, poder vender lotes libres para financiar la culminación del proyecto, entre otros.

El 14 de julio de 2015, el FMV fue notificado del laudo arbitral expedido por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Lima, emitido el 10 de julio 2015, a través del cual, se exime al FMV de toda responsabilidad en la demora y paralización del proyecto, se rechaza la petición de inclusión del FMV como mejorador, no correspondiendo pagar ningún concepto demandado por Veritas, se ordenó asimismo que el promotor devuelva los US \$ 400,000.00 por material en cancha y la liberación a favor del promotor de 114 lotes según condiciones estipuladas en el contrato. Con respecto a la exigencia del FMV de poder vender lotes no comprometidos para financiar la obra faltante, el Tribunal Arbitral ratificó que esto no era posible por no estar pactado en el contrato.

Del expediente analizado se desprenden los siguientes problemas:

- a) Determinar las competencias del promotor y del Fondo Mi Vivienda en el Programa Techo Propio, así como la importancia de tener claridad sobre los límites de las funciones de cada actor que interviene en este programa habitacional, como problema principal
- b) ¿Qué acciones debería adoptar el FMV cuando exista un incumplimiento en la ejecución del proyecto por parte del promotor?, como problema secundario.
- c) ¿Qué medidas debería adoptar el FMV para garantizar la continuidad de los proyectos Techo Propio, a pesar de posibles incumplimientos del promotor? como problema secundario.

En relación a los principales instrumentos normativos empleados, tenemos los siguientes:

- Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y sus modificatorias (en adelante “Ley del Sistema Financiero”) y sus modificatorias.
- Ley N° 28579 - Ley de Conversión del Fondo Hipotecario de la Vivienda - Fondo MIVIVIENDA a Fondo MIVIVIENDA S.A. y sus modificatorias. ·
- Estatuto Social del Fondo MIVIVIENDA S.A.
- Ley N° 27829 – Ley que crea el Bono Familiar Habitacional y sus modificatorias
- Ley N° 30156 Ley Orgánica del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento
- Decreto Supremo N° 013-2007-VIVIENDA – Reglamento del Bono Familiar Habitacional.
- Resolución SBS N° 1010-99, Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios. ·
- Resoluciones Ministeriales que aprueban los Reglamentos Operativos vigentes para acceder al Bono Familiar Habitacional en las diferentes modalidades. ·
- Reglamento de Organización y Funciones del Fondo MIVIVIENDA S.A.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

1. Antecedentes

En principio, es menester señalar que a partir de la dación y entrada en vigencia Constitución Política de 1993 que adopta la economía social de mercado como modelo económico; el Estado, si bien no se encuentra excluido de participar en la economía, su rol es de naturaleza subsidiaria; es decir que solo podrá intervenir siempre que ningún particular, entiéndase agentes económicos que participan en el mercado, no puedan intervenir en el mismo por diversos factores, tales como la rentabilidad, alto riesgo u otro afín.

En ese sentido el Estado podrá realizar subsidiariamente actividad empresarial directa o indirecta, por razón del alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, previa ley

autoritativa para ello, de acuerdo a lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

En este marco constitucional se promulga la Ley N° 26912 - “Ley de Promoción del acceso de la población a la propiedad privada de vivienda y fomento del ahorro, mediante mecanismos de financiamiento con participación del sector privado”, de fecha 16 de enero de 1998, y la Ley N° 28579 - “Ley de Conversión del Fondo Hipotecario de la Vivienda - Fondo MIVIVIENDA a Fondo MIVIVIENDA S.A.”.

A través de la primera norma citada, se promovió el acceso de la población a la actividad privada de vivienda y fomento del ahorro, mediante mecanismos de financiamiento, con participación del sector privado, para lo cual se creó el Fondo Hipotecario de Promoción de la Vivienda (Fondo Mivivienda), con recursos, al inicio provenientes del FONAVI, y posteriormente, a través de la segunda norma invocada, se dispuso la conversión de este Fondo Hipotecario Mivivienda, en una sociedad anónima denominada Fondo MIVIVIENDA S.A. bajo el “*ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE y adscrita al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento*”, tal como lo señala su norma de creación.

En dicho ámbito, de acuerdo al artículo N° 1 de la Ley N° 28579, el Fondo MIVIVIENDA S.A. (en adelante, el FMV) tiene por objeto dedicarse a “*la promoción y financiamiento de la adquisición, mejoramiento y construcción de viviendas, especialmente las de interés social*”, entre otros aspectos directamente relacionados con la promoción de la vivienda.

Frente a ello, a efectos de contextualizar corresponde diferenciar las competencias entre el FMV y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en adelante, el MVCS).

Para dicho fin, es pertinente señalar lo establecido en la Ley Orgánica del MVCS, Ley N° 30156, señala que el MVCS tiene como una de sus finalidades, “*facilitar el acceso de la población a una vivienda digna en especial de aquella rural o de menores recurso y; promueve el desarrollo del mercado inmobiliario*”, entre otros aspectos.

En ese sentido, las políticas de brindar las citadas facilidades de acceso a una vivienda digna son competencia del MVCS de acuerdo a su norma de creación. No obstante, son ejecutadas a través del FMV. Es decir, conforme al modelo económico vigente el Estado pasó de ser un agente activo en la producción de vivienda de interés social, como ejecutor directo de proyectos inmobiliarios, a ejercer la actividad de fomento, mediante un rol promotor a través de posibilidades de financiamiento, cuya operatividad corre a cargo del FMV.

Corresponde señalar que a la fecha, el FMV cuenta con dos productos para la ejecución de sus fines en el marco de la vivienda de interés social: el “Nuevo Crédito Mivivienda” y “Techo

Propio”; este último producto está dirigido a un sector de la población de niveles socioeconómicos d y e principalmente con dificultades para acceder a una vivienda. El Programa Techo propio tiene a su vez como característica principal la entrega del subsidio “Bono Familiar Habitacional” (en adelante, BFH) creado mediante Ley N° 27829, el que constituye un subsidio otorgado por el Estado como premio al ahorro de las familias de escasos recursos para adquirir una vivienda. Este BFH se destina exclusivamente a la adquisición, construcción en sitio propio o mejoramiento de una vivienda de interés social (en adelante VIS). La VIS es una solución habitacional cuyo valor máximo es el equivalente a veinte (20) UIT, el cual se actualiza de manera anual mediante Decreto Supremo refrendado por el MVCS y el MEF.²

El Programa Techo Propio cuenta con tres modalidades actualmente: adquisición de vivienda nueva, construcción en sitio propio y mejoramiento de vivienda. El presente expediente versa sobre un proyecto Techo Propio en la modalidad de Adquisición de Vivienda Nueva.

La modalidad de Adquisición de Vivienda Nueva es la modalidad mediante la cual los grupos familiares beneficiarios pueden comprar con el BFH una vivienda nueva dentro del catálogo de oferta de proyectos tipo Techo Propio disponibles a nivel nacional.

Los proyectos del catálogo de la modalidad de adquisición de vivienda nueva son proyectos de habilitación urbana y/o de edificación, que cumplen los requisitos establecidos en el Reglamento Nacional de Edificaciones, en la Ley 29090; cuentan con licencia de edificación del gobierno local correspondiente y han obtenido un código de registro de Proyecto Techo Propio al cumplir con los requisitos y características establecidas por el Reglamento Operativo de Techo Propio en la modalidad de AVN que actualmente corresponde a la Resolución Ministerial N° 313-2020-VIVIENDA.

En ese sentido, el artículo 3 de la citada Resolución Ministerial que aprueba el Reglamento Operativo de AVN se desprende que el Promotor que desea registrar su proyecto inmobiliario como uno de Techo Propio puede acudir ante el FMV o ante el Comité de Registro de Proyectos (en adelante CRP), el CRP depende del Viceministerio de Vivienda y Urbanismo del MVCS.

² Mediante Decreto Supremo N° 013-2007-VIVIENDA, de fecha 21 de abril de 2007, se aprobó el Reglamento de la Ley N° 27829, referido al BFH, norma que contiene las normas de carácter general a las que deben ceñirse los participantes del Programa Techo Propio, a fin que se les otorgue el BFH. En efecto, dicha reglamento define al BFH como la ayuda económica directa otorgada por el Estado por única vez al Grupo Familiar Beneficiario, como complemento de su ahorro, para facilitarles el acceso a las modalidades del Programa Techo Propio.

Los proyectos que cuentan con el respaldo de una entidad financiera inician el procedimiento para otorgamiento del código en el FMV.

El FMV verifica el cumplimiento de los requisitos y de encontrarse acorde a la normativa vigente procede con la inscripción y otorgamiento del código de Registro de Proyecto. Por otro lado, aquellos proyectos que no cuentan con respaldo de entidad financiera son registrados por el CRP que es presidido por el Director de la Dirección General de Programas y Proyectos en Vivienda y Urbanismo.

Una vez otorgado el código, el promotor queda facultado para participar en el programa, ofreciendo en venta las unidades de vivienda de su proyecto a los grupos familiares elegibles, utilizando los logos de Techo Propio y los canales de difusión nacional con los que cuenta el FMV y sus centros autorizados.

2. Hechos relevantes del caso

2.1 La empresa Veritas con fecha 16 de mayo 2006 suscribió un contrato de fideicomiso con el FMV y otros actores con la finalidad de continuar con la ejecución del proyecto de Techo Propio “Las Garzas” modalidad AVN.

3.2 La finalidad del fideicomiso es: (I) Que se desarrolle el proyecto, se concluya integralmente la obra que formará parte del patrimonio fideicomitado y se cancelen las obligaciones que pueda tener el fideicomiso; y (II) que una vez independizadas las unidades inmobiliarias, se suscriba la respectiva escritura pública de transferencia de propiedad. Para este efecto, BANCOMER administrará los bienes aportados al patrimonio fideicomitado según lo estipulado en el presente contrato. (página 17 del contrato de fideicomiso).

2.2 El FMV participó del mismo en calidad de fideicomitente, fideicomisario y mejorador, mientras que Veritas participó en calidad de fideicomitente, propietario del terreno donde se ejecutaba el proyecto, promotor del proyecto y fideicomisario.

2.3 El FMV aportó los fondos provenientes del BFH, del desembolso de FOVIPOL, mientras que Veritas aportó el inmueble, la obra y los contratos de compraventa obligándose a mantener la promoción, dirección y gerencia del proyecto y la construcción de la obra.

2.4 Es preciso señalar que, en su calidad de mejorador, el FMV asumió la siguiente participación:

(...) 1.29 Mejorador: Será el FMV, cuya participación como mejorador en el presente contrato estará sujeta a lo dispuesto en la normatividad vigente y consistirá en garantizar I) que la cuenta de administración contara con los recursos necesarios para financiar la

culminación del proyecto, hasta que las unidades inmobiliarias cuenten con declaratoria de fábrica de independización inscritas en registros públicos, hayan sido entregadas y se hayan suscrito las respectivas escrituras públicas de transferencia de la propiedad de las unidades inmobiliarias a los adquirientes o II) la devolución del integro de los ahorros, del BFH, del desembolso de FOVIPOL, del financiamiento adicional y del crédito a proveedores (páginas 13 y 14 del contrato de fideicomiso)

2.5 De manera posterior, Veritas; alegando que el proyecto se paralizó por desfase en el presupuesto, lo que conllevó a la suscripción de una segunda adenda que no pudo ejecutarse, presenta una propuesta para suscripción de una tercera adenda, la misma que no se logro suscribir.

2.6 Frente a ello con fecha 20 de junio 2012, el FMV fue notificado del pedido de arbitraje presentado por Veritas ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

2.7 Veritas planteo las siguientes pretensiones:

- Declaración de la nulidad de la segunda adenda.
- Que se disponga que el FMV pague a veritas una indemnización por incumplimiento de sus obligaciones como fideicomitente.
- Que se disponga que el FMV mantenga indemne a VERITAS por los reclamos de terceros afectados con los retrasos del Proyecto.

El FMV, por su parte planteo lo siguiente:

- Que se declare que cumplió con todas sus obligaciones como fideicomitente.
- Que se ordene a VERITAS devolver al patrimonio fideicomitado materiales adquiridos pero no utilizados en el Proyecto de US \$ 400,000.00 por concepto de material en cancha que fue retirado por Veritas el 2007 en la paralización del proyecto.
- Que se ordene a VERITAS a entregar las cartas fianzas,
- Que se declare que el FMV no puede actuar como mejorador en la medida que es fiduciario.

Dentro del proceso arbitral, Veritas atribuyó al FMV la responsabilidad de la no viabilidad del proyecto, el 14 de julio de 2015, el FMV fue notificado del laudo arbitral expedido por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Lima, emitido el 10 de julio 2015, a través del

cual, entre otras cosas, se exime al FMV de toda responsabilidad en la demora y paralización del proyecto, no correspondiendo pagar ningún concepto demandado por Veritas, se ordenó asimismo que el promotor devuelva los US \$ 400,000.00 por material en cancha y la liberación a favor del promotor de 114 lotes según condiciones estipuladas en el contrato.

Con respecto a la exigencia del FMV de poder vender lotes no comprometidos para financiar la obra faltante, el Tribunal Arbitral ratificó que esto no era posible por no estar pactado en el contrato.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Problema principal

Determinar las competencias del promotor y del Fondo Mi Vivienda en el Programa Techo Propio, así como la importancia de tener claridad sobre los límites de las funciones de cada actor que interviene en este programa habitacional.

2. Problemas secundarios

- a) ¿Qué acciones debería adoptar el FMV cuando exista un incumplimiento en la ejecución del proyecto por parte del promotor?
- b) ¿Qué medidas debería adoptar el FMV para garantizar la continuidad de los proyectos Techo Propio, a pesar de posibles incumplimientos del promotor?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

La naturaleza del FMV, como empresa estatal de derecho privado, adscrita al MVCS, cuya actividad se rige por su ley de creación y su Estatuto tiene como objeto social principal la promoción y financiamiento de la adquisición, mejoramiento y construcción de viviendas, especialmente las de interés social, entre otras actividades.

El FMV, en el marco de Techo Propio, es el administrador del Bono Familiar Habitacional, se encarga del proceso operativo del mismo y debe velar porque el mismo cumpla su finalidad: el acceso a una vivienda de interés social de la población de los sectores socioeconómicos c y d.

En ese sentido, como administrador del subsidio debe orientar sus acciones a dicho fin acotándolas al marco jurídico vigente y en base a criterios técnico financieros dada su naturaleza de institución supervisada por la SBS.

Por ello, el FMV debe agotar los mecanismos existentes para la recuperación del BFH cuando los proyectos tienen peligro de continuidad o se paralizan. Dichos mecanismos están dados a través de la ejecución de las garantías de respaldo con las que se otorgan los códigos de proyectos e intentar dar continuidad a los proyectos a través de la suscripción de contratos de fideicomiso resulta de mayor riesgo y no garantiza que se culminará el proyecto de manera definitiva. Finalmente, en el presente caso materia de análisis, el FMV asume un compromiso jurídicamente no posible de cumplir: su incorporación como mejorador; ya que como se ha señalado el FMV únicamente es el administrador del BFH.

Sobre el Promotor Veritas

La labor del promotor únicamente es la promoción, dirección y gerencia del proyecto y la construcción de la obra de acuerdo a la norma competente para su entrega a los beneficiarios en plazo acordado.

En ese sentido, de existir incumplimientos por parte del promotor el FMV debe proceder con la ejecución de las garantías sin ingresar en negocios jurídicos adicionales.

Finalmente, para garantizar la continuidad de los proyectos, el FMV en coordinación con el MVCS debería evaluar la reestructuración del Programa Techo Propio para posibilitar el ingreso de otro promotor cuando el primero incumpla, en tanto recupera el BFH.

2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

En relación al fallo del Laudo Arbitral, considero parcialmente en contra en el extremo de declarar que el FMV ha cumplido efectivamente su rol ya que desde la suscripción del contrato de fideicomiso se obligo a cumplir un rol que no era posible jurídicamente (constituirse como mejorador).

La principal crítica de la resolución es que justamente el tribunal no se pronunció directamente sobre el fondo de esta obligación, si no se oriento al pronunciamiento en base a la forma señalando que el FMV cuenta con una prohibición legal en cuanto a garantizar en el marco del mejorador; más no al porque el FMV se obligo en un contrato de fideicomiso en principio a asumir dicho rol.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para determinar las competencias del FMV y de la empresa promotora Veritas en el Programa Techo Propio con la finalidad de delimitar de manera correcta las funciones de cada actor interviniente en este programa habitacional resulta importante desarrollar en primer lugar la naturaleza del Programa Techo Propio.

El Programa Techo Propio es un programa enmarcado en la actividad de fomento de la administración pública.

Al respecto, de acuerdo a Rodríguez Rodríguez (2015) se reconoce la actividad de fomento como aquella que tiene la finalidad de brindar ayuda, promoción o estímulo para la ejecución de actividades que, a pesar de ser privadas, son de interés general³.

En ese sentido, el autor citado desarrolla los siguientes principios de la actividad: a) legalidad, b) igualdad, c) concurrencia y objetividad, d) publicidad y transparencia

Corresponde señalar que el Programa Techo Propio cumple con los principios por lo que se condice con la actividad de fomento.

En relación a la legalidad, existe la norma jurídica, Ley N° 27829 que crea el subsidio, su reglamento, y los reglamentos operativos que establecen el proceso de otorgamiento del BFH en cada una de sus modalidades.

En relación a la igualdad, el BFH se otorga de manera indistinta a cualquier ciudadano peruano que cumpla con los requisitos del programa por lo que también se cumple con el principio.

Sobre la concurrencia y objetividad; el principio se cumple ya que las empresas privadas acceden a la actividad con los subsidios una vez que logran obtener el código de registro de proyecto sea en el FMV o en el CRP.

En torno al principio de publicidad y transparencia se cuenta con centros autorizados de difusión a nivel nacional para que el programa pueda ser promocionado tanto para potenciales beneficiarios como para privados que quieran participar de la actividad.

Corresponde ahora, realizar el análisis respecto al rol FMV, el FMV de acuerdo a la Ley de creación del BFH tiene las siguientes funciones:

- a) Realizar la administración del BFH con cargo a sus Recursos Propios y a los ingresos financieros provenientes de los aportes que efectúe el Estado para financiar el BFH y el Bono del Buen Pagador - BBP, creado por Ley N° 29033, Ley de Creación del Bono del Buen Pagador.
- b) Otorgar el citado bono previo proceso de promoción, inscripción, registro, verificación de información y calificación de postulaciones.

³ Rodríguez - Arana, J. y Rodríguez, L. (Dirs.) Rodríguez, M. (Coord.) (2015) Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano Editorial Comares S.L Instituto Nacional de Administración Pública.p.399

- c) Conducir el sistema de información de todas las operaciones del BFH con la finalidad de controlar el proceso de manera transparente.
- d) Realizar el control posterior del BFH desembolsado, en su calidad de administrador, para garantizar el cumplimiento de los fines para los cuales fue otorgado, conforme a la metodología que apruebe para tal efecto”.

Es así que, como ya se ha anticipado se desprende que el FMV es el administrador del BFH en cada una de sus etapas y tiene el rol de garantizar que el mismo cumpla su finalidad: reducir el déficit habitacional a través de la adquisición de una vivienda nueva por parte de una familia.

Ante ello, en el marco del control posterior del BFH desembolsado, el FMV es el responsable de asegurar que los proyectos sean culminados y de no serlo, ejecutar las garantías con la finalidad de recuperar el BFH.

A pesar de ello, existen casos en los que el FMV opta por no ejecutar las garantías de los proyectos y decide intentar la conclusión de los mismos a través de la suscripción de contratos de fideicomiso regulares o de fideicomiso “de salvataje”.

Este tipo de contratos de fideicomiso se encuentra regulado en el documento interno “Políticas de Participación del FMV en fideicomisos para el Desarrollo de Proyectos de Vivienda y Desarrollo Urbano de Interés Social” (Anexo 1A) con código PO-N3e-2-2-GPIS del FMV que deroga la versión anterior aprobada mediante Acuerdo de Directorio N° 07-27D-2020 y que tiene por objeto: *Establecer los lineamientos generales que deben seguir las unidades orgánicas del Fondo MIVIVIENDA S.A., para la toma de decisiones respecto a la evaluación, estructuración, participación, seguimiento y cierre de fideicomisos para el desarrollo de proyectos de vivienda y desarrollo urbano de interés social.*

En relación al fideicomiso el mismo se define como una relación jurídica mediante la que se transfieren bienes para constituir un patrimonio “patrimonio fideicomitado” para la consecución de un fin específico y predeterminado; de acuerdo al artículo N° 241 de la Ley N° 26702 “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros” se tiene el siguiente concepto:

Artículo 241.- CONCEPTO DE FIDEICOMISO.

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicomitado, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.

Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios.

La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no está afectada a encaje.

La Superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios.

En ese sentido, el fideicomiso resulta una relación jurídica que necesariamente cuenta con un fideicomitente quien transfiere bienes a la persona que cumplirá como fiduciario para que a través de los mismos pueda cumplirse un fin específico. En relación a los bienes, corresponde señalar que pueden ser materia de fideicomiso tanto bienes muebles como inmuebles. Al respecto, Balat (2011) citando la Resolución SBS n° 1010-99 que aprueba el Reglamento de Fideicomisos y de las Empresas de Servicios Fiduciarios señala que el citado Reglamento confirma dicha afirmación: “bienes: los muebles e inmuebles establecidos en los artículos 885 y 886 del código civil, respectivamente”, señala también que los bienes deben ser determinables y encontrarse en el mercado; pueden ser bienes futuros e incluso garantías de tipo personal.

En relación a las características del mismo Comitre, Bazan (2015) señalan las siguientes: a) Es multilateral b) Es principal c) Es típico d) Es oneroso e) Es formal. Corresponde agregar en las características que es tiene fin lícito ya que es requisito de validez de acuerdo a la norma que la finalidad sea lícita.

Escobar (2004) establece tres diferencias entre las facultades del dominio fiduciario y las características del derecho de propiedad: 1) Las facultades atribuidas tienen vocación temporal (únicamente por el plazo del fideicomiso) mientras que en el derecho de propiedad tiene vocación de permanencia. 2) Las facultades del fiduciario son de uso, disposición y reivindicación, por su parte el derecho de propiedad cuenta también con el poder jurídico de disfrute y permite la modificación e incluso destrucción del bien. 3) El dominio fiduciario únicamente puede ser ejercido para cumplir el fin de la constitución del fideicomiso. El derecho de propiedad puede ser ejercido a libre voluntad del propietario siempre que el uso sea lícito y no afecte los derechos de terceros (como se citó en Comitre, 2015, p.36).

Asimismo, es pertinente señalar que la doctrina refiere que la naturaleza del fideicomiso es la de un derecho real. Al respecto, Castillo Freyre afirma que: “el fideicomiso al constituir

precisamente un derecho que otorga facultades de administración, uso, posesión y reivindicación, no dando el derecho de disfrutar de los frutos de ese bien al fiduciario, sí constituiría un derecho real distinto” (2013, p.123)

Escobar, en línea de lo establecido por el artículo 881 del Código Civil que señala que son derechos reales los regulados en el Código y **otras leyes (resaltado propio)**, afirma que el “dominio fiduciario es un nuevo derecho real creado por la Ley de Bancos, el cual tiene una naturaleza propia e independiente” (como se citó en Comitre, 2015, p.36).

Realizando el análisis tanto de su norma de creación como de sus estatutos, el FMV si se encuentra facultado para participar en fideicomisos por lo que la suscripción del contrato de fideicomiso para la culminación del proyecto Las Garzas, se encontraba en el marco de la legalidad. Como se ha detallado, el FMV participó bajo tres roles en el citado contrato: fiduciario, fideicomitente y mejorador

Es justamente el rol de mejorador el que la empresa Veritas solicita como una de sus pretensiones se ejecute y el FMV señala su imposibilidad en base a la restricción legal por lo que se encuentra en conflicto si el FMV en realidad debió suscribir un contrato de fideicomiso ejerciendo como mejorador.

En ese sentido, efectivamente, el FMV de acuerdo a sus estatutos podía ser mejorador únicamente en los procesos de titulación regulados en el TUO de la Ley del mercado de valores; por lo que una vez más se confirma que no debió obligarse como mejorador en un contrato de fideicomiso. Asimismo, de acuerdo los estatutos, cuenta con una serie de facultades que deberían ser analizadas en tanto su ejercicio podría vulnerar el principio de subsidiariedad. A efectos del presente informe, únicamente se analizará las funciones a, b y c⁴ que como postura propia se considera no vulneran el citado principio ya que se enmarcan en el rol de

⁴ Artículo 6. El Fondo MIVIVIENDA S.A. está facultado a realizar todas las operaciones y ofrecer productos y servicios dentro del marco establecido en su objeto social.

Entre sus actividades y funciones principales se encuentran las siguientes: a. Promover el acceso de la población a la vivienda implementando los productos y servicios necesarios para generar oferta y demanda inmobiliaria con fines de vivienda.

b. Otorgar financiamiento a las entidades que integran el sistema financiero y a las cooperativas de ahorro y crédito que solo operan con sus socios y que no están autorizadas a captar recursos del público u operar con terceros, inscritas en el registro nacional de cooperativas de ahorro y crédito no autorizadas a captar recursos del público, con el objeto de incentivar el desarrollo de proyectos habitacionales promovidos y ejecutados por el sector privado, así como el acceso de las personas al crédito hipotecario

c. Implementar productos y servicios que fomenten el ahorro de la población y/o la inversión del sector privado con fines de vivienda

administrador de los programas habitacionales diferenciados para personas de niveles socioeconómicos c, d y e

De acuerdo a la política vigente de participación del FMV en fideicomisos para el desarrollo de proyectos de vivienda y desarrollo urbano de interés social, se contempla la posibilidad que el FMV intervenga en fideicomisos de manera general y en fideicomisos denominados “de salvataje” de proyectos siempre que se den determinadas condiciones previas de acuerdo a su normativa interna. Las mismas que se pueden resumir de acuerdo al siguiente detalle:

Fideicomisos regulares: El FMV podrá participar en fideicomisos para el desarrollo de Proyectos cuya oferta de viviendas corresponda en un 30% a viviendas de interés social como mínimo, con respecto al total de su oferta, en ese sentido en Las Garzas se cumplía ya que la totalidad del proyecto era vivienda de interés social.

Fideicomisos de salvataje: Corresponde señalar que este fideicomiso se constituye cuando la entidad financiera que respaldaba el Proyecto de Techo Propio es intervenida por la SBS (caso de ejemplo: Financiera TFC). El fideicomiso de salvataje está considerado como garantía para el desembolso de ahorros, BFH e inclusive, podrán garantizar créditos para la construcción o créditos hipotecarios colocados por otra ESFS que haya recibido cobertura de riesgo excepcional del 100% otorgada por el FMV.

De lo señalado por la norma interna, se confirma que el FMV efectivamente estaba habilitado a suscribir el contrato de fideicomiso pero únicamente como fideicomitente.

Corresponde señalar que las competencias de la empresa promotora se enmarcan en lo estipulado en el Reglamento Operativo para Adquisición de Vivienda Nueva, las que son su rol de promotor y ejecutor de la obra.

En relación a las acciones que debería adoptar el FMV cuando exista un incumplimiento en la ejecución del proyecto por parte del promotor.

De acuerdo a la normativa vigente el FMV debería requerir al Promotor mediante carta notarial y brindar un plazo para descargos bajo apercibimiento de ejecutar la carta fianza o la garantía que respalde el proyecto.

En el supuesto en que no exista garantía o no pueda ejecutarse, no debería optar por suscripción de fideicomisos sino por iniciar el proceso judicial al promotor para la recuperación del BFH con lo que podría restituir la elegibilidad de las familias y brindar así la posibilidad de que ellas accedan a otro proyecto Techo Propio a nivel nacional ya que al retornarle su condición de

“elegible” se desvinculan del proyecto (en este caso del proyecto Las Garzas) y pueden satisfacer su demanda de vivienda en otra unidad dentro del catálogo de Techo Propio vigente.

Esta ruta se desprende del análisis de la normativa vigente en el marco de Techo Propio, no obstante no ha sido aplicada en ningún caso por el FMV.

Del Decreto Legislativo N° 1226

A través del Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27829, Ley que crea el Bono Familiar Habitacional y que dicta medidas complementarias para el acceso a la vivienda de la población vulnerable se establecen medidas para optimizar el acceso a la vivienda de interés social.

Dentro de estas medidas se establece la segunda disposición complementaria final con el objetivo de recuperar el BFH y restituir la elegibilidad a los grupos familiares.

Decreto Legislativo N° 1226

Disposiciones Complementarias Finales (...)

Segunda. - Recuperación del BFH

Entiéndase que el inicio del proceso judicial de recuperación del BFH por incumplimiento del desarrollador inmobiliario, promotor, entidad técnica y/o garante, restituye la condición de elegible del beneficiario del BFH del Programa Techo Propio

Asimismo, en la Exposición de Motivos del citado Decreto Legislativo N° 1226, se detalla que la Disposición Complementaria Final está orientada a aquellos casos en que los grupos familiares no han obtenido su vivienda debido al incumplimiento de los desarrolladores inmobiliarios, promotores, entidades técnicas y/o garantes. Por lo que en esos supuestos se considerará restituida la condición de elegible del beneficiario con el inicio del proceso judicial de recuperación del BFH por incumplimiento.

Por su parte, a través del Reglamento Operativo de Adquisición de Vivienda Nueva aprobado por Resolución Ministerial N° 313-2020-VIVIENDA se establece el procedimiento para acceder al BFH para la modalidad de aplicación de Adquisición de Vivienda Nueva.

El Reglamento Operativo se enmarca en lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 013-2007-VIVIENDA, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2011-VIVIENDA que aprueba el Reglamento del BFH y establece las normas de carácter general a las que deben

ceñirse los participantes en el Programa Techo Propio para el acceso al BFH en sus diversas modalidades de aplicación.

Decreto Supremo N° 013-2007-VIVIENDA

(...)

Artículo 3.- Disposiciones complementarias

Mediante Resolución Ministerial el Ministerio de Vivienda, Construcción y

Saneamiento aprobará las diversas modalidades del Programa Techo Propio, así como sus respectivos Reglamentos Operativos. En el marco del Reglamento Operativo de AVN vigente, se establece que el FMV restituye la condición de Grupo familiar perjudicado por las obligaciones del Promotor.

Artículo 31.- Restitución de la condición de GFE

Ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Promotor para la ejecución de la VIS, contenidas en el Contrato de Compraventa, y ante la imposibilidad de recuperación inmediata del BFH, el FMV en salvaguarda del cumplimiento de los fines para los cuales fue otorgado el BFH, restituye la condición de GFE al GF perjudicado de acuerdo a la normativa vigente, permitiéndole a este aplicar a otras modalidades de otorgamiento del BFH. Estos casos son sustentados por el FMV, conforme a su normativa interna.

A partir de la revisión de la normativa vigente y de acuerdo a lo señalado tanto en la Ley del BFH, su Reglamento y los Reglamentos Operativos vigentes, al ser el FMV el administrador del Bono Familiar Habitacional, con facultades de otorgamiento del citado bono y conductor del sistema de información de todas las operaciones del Bono Familiar Habitacional; se infiere que es el actor competente para iniciar el proceso judicial de recuperación del BFH.

Finalmente, en relación a las medidas que debería adoptar el FMV para garantizar la continuidad de los proyectos Techo Propio, a pesar de posibles incumplimientos del promotor, se proponen principalmente que el FMV se ciña a su rol de institución financiera – técnica, no política y se limite al cumplimiento estricto de sus estatutos en cada una de sus acciones. No obstante, debido a que a la fecha no se ha iniciado ningún proceso judicial ni se ha culminado satisfactoriamente ningún proyecto que cuente con fideicomiso vigente en el marco de Techo Propio, sería idóneo una reestructuración del programa que permita de manera posterior al inicio judicial de acciones de recuperación o posterior a la ejecución de garantías, la posibilidad de incorporar un nuevo promotor para culminar las viviendas.

VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

En el presente caso se tiene un incumplimiento en una obligación asumida en el contrato de fideicomiso que desde el inicio era imposible a nivel jurídica mientras que en paralelo el Bono Familiar Habitacional no cumple su finalidad y se cuentan con recursos públicos utilizados sin satisfacer el objetivo para el cual se desarrolla la actividad de promoción y fomento de la vivienda de interés social.

Se recomienda la reestructuración del Programa y que el FMV se ciña únicamente a sus funciones de administrador del subsidio sin el ingreso a actividades fuera de su competencia.

BIBLIOGRAFÍA

Comitre, P., Bazan, M., Farfán, D., Gutiérrez, R., Navarrete, J., Valdez, Marllury., (2015) *El fideicomiso y el financiamiento público*. Universidad ESAN.

Larroumet, C. (Coord.) (2013) *V Congreso Internacional de la Asociación Andrés Belo de Juristas Franco Latinoamericanos sobre Fideicomiso, Lima 2011* Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L.

Rodríguez - Arana, J. y Rodriguez, L. (Dirs.) Rodriguez, M. (Coord.) (2015) *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano* Editorial Comares S.L Instituto Nacional de Administración Pública.

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

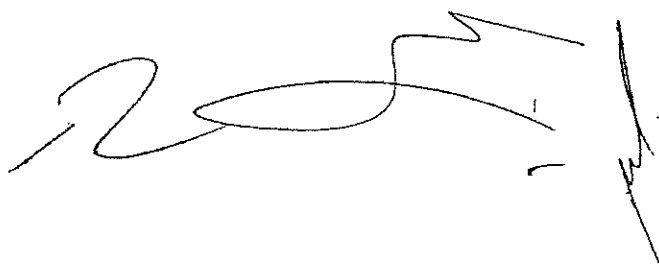
31 JUL 16 09:10

LAUDO ARBITRAL

En la ciudad de Lima, con fecha 10 de julio de 2015, en la sede del Tribunal Arbitral, sita en la Avenida Giuseppe Garibaldi N° 396, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima; se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral conformado por los doctores Manuel Diego Aramburú Yzaga en su calidad de Presidente, Rolando Eyzaguirre Maccan y Mario Castillo Freyre, a efectos de emitir el Laudo Arbitral, en el proceso arbitral iniciado por Veritas Edificaciones S.A.C. contra Fondo Mi Vivienda S.A.

CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes, el cual se encuentra contenido en la Cláusula Vigésimo Primera del Contrato de Fideicomiso, contenido en la Escritura Pública de fecha 16 de mayo de 2006, otorgada ante el Notario Público de Lima Jaime Murguía; (ii) que no se reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que Veritas Edificaciones S.A.C. (en adelante, Veritas o el demandante) presentó su demanda dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación; (iv) que Fondo Mi Vivienda S.A. (en adelante, el Fondo o el demandado) fue debidamente emplazado con la demanda y tuvo oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa, contestando la demanda y reconviendo; (v) que el demandante fue debidamente emplazado con la reconvenición y tuvo oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa; (vi) que ninguna de las partes dedujo excepción de incompetencia dentro de los



Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

plazos establecidos en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral; (vii) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios en la etapa respectiva; (viii) que las partes han presentado sus alegatos escritos e informaron oralmente en la Audiencia respectiva; y, (ix) que este Tribunal Arbitral ha procedido a emitir el Laudo dentro del plazo acordado en el Acta de Instalación.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

El Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes. Asimismo, el Colegiado deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el Arbitraje.¹ Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

RESPECTO A LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS

Según Couture,² la excepción es el poder jurídico de que se haya investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él. Es

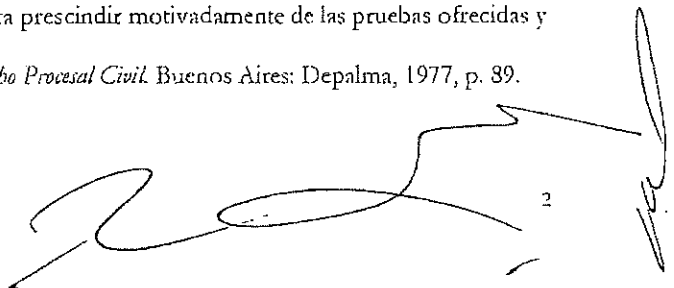
¹ El artículo 43 del Decreto Legislativo n.º 1071, establece lo siguiente:

Artículo 43.- Pruebas

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

² Cfr. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 89.



2

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que se nieguen los hechos en que se funda la demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretende derivarse, sea que se limite a impugnar la regularidad del procedimiento.

Ahora bien, el Fondo interpuso dos excepciones:

(i) Excepción de falta de legitimidad para obrar

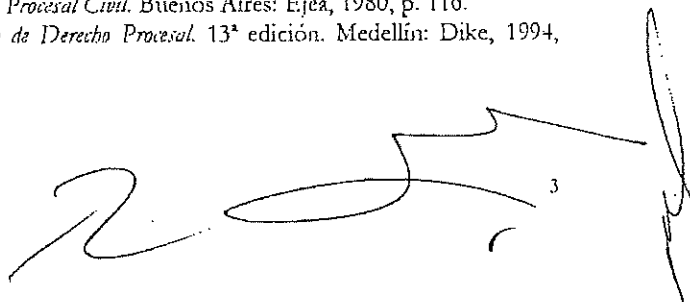
El interés para accionar está dado por la relación jurídica entre la situación antijurídica que se denuncia y la providencia que se pide para ponerle remedio mediante la aplicación del derecho, y esta relación debe consistir en la utilidad de la providencia como medio para adquirir tutela jurisdiccional.³

Así, pues, la falta del interés para obrar resulta un defecto de la pretensión del demandante y, por lo tanto, un obstáculo para su prosperidad que debe ser considerada de oficio por el juez al dictar sentencia.⁴

Teniendo ello en cuenta, en relación a la excepción de falta de interés para obrar de Veritas, el Tribunal considera que la misma resulta infundada, ya que la aparente contradicción entre la segunda pretensión principal y la pretensión subordinada a ésta, de existir, resulta irrelevante jurídicamente, en la medida de que dichas pretensiones están subordinadas una a la otra. Por esa razón, el hecho de que en la pretensión principal el Fondo sea demandado como Fideicomitente, no es impedimento para que en la subordinada se le demande como Mejorador.

³ Cfr. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ejea, 1980, p. 116.

⁴ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. 13ª edición. Medellín: Dike, 1994, tomo 1, p. 258.



3

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan

Marlo Castillo Freyre

(ii) Excepción de falta de interés para obrar

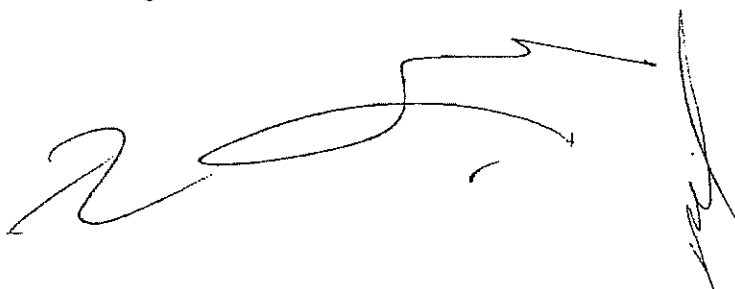
De otro lado, la legitimación es definida como la relación sustancial que se denuncia que existe entre las partes del proceso y que es el objeto de la decisión reclamada. Bajo esa óptica se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido.⁵

En ese sentido, y en torno a la excepción de falta de legitimidad para obrar de Veritas para reclamar la pretensión indemnizatoria, este Colegiado considera que la misma resulta infundada, debido a que se encuadra en un escenario en el que parte de las pretensiones del demandante están referidas a la imputación de incumplimiento del Contrato por parte del demandado, lo que de ser correcto podría generar un derecho indemnizatorio a favor de Veritas y, por ende, dicha parte tiene derecho a que este Tribunal analice la reclamación indemnizatoria que ha planteado.

Es decir, hay una relación sustancial que se reclama existe entre las partes de este proceso y que, precisamente, será objeto de la decisión que este Tribunal Arbitral va a emitir.

En ese sentido, este Colegiado considera que la excepción de falta de interés para obrar interpuesta por el Fondo, debe ser declarada infundada.

⁵ Cfr. LIEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. 4ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, tomo II, p. 13.



Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

CONSIDERANDO

1. Que Veritas interpone demanda⁶ en contra del Fondo, a efectos de que se declaren fundadas las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

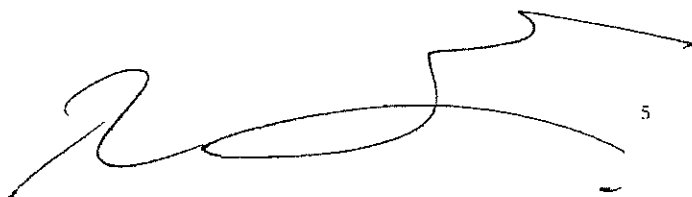
Que se declare nula y sin efecto legal la segunda adenda al contrato de fideicomiso, celebrada mediante escritura pública de fecha 9 de mayo de 2008, elevada ante Notario Público de Lima, doctor Jaime Tuccio Valverde.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se disponga el cumplimiento de la prestación a cargo del Fondo, en su calidad de fideicomitente, y que, en consecuencia, éste asuma íntegramente el costo actualizado de la culminación del Proyecto, a la fecha de ejecución del Laudo. A la fecha de presentación de la demanda, dicho importe asciende a US\$ 3'437,856.66, recursos que deberán ser canalizados conforme está pactado en el punto 5.1. del Contrato de Fideicomiso.

Adicionalmente, en cumplimiento del punto 5.1. de la Cláusula Quinta del Contrato de Fideicomiso, se transfiera a favor de Veritas ciento cuarenta (140) Lotes parte del Inmueble no utilizado en el Proyecto, y a los que Veritas tiene derecho al haber culminado e independizado igual número de viviendas.

⁶ Cabe señalar que, tal como aparece en la Audiencia de determinación de las cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral, de fecha 2 de octubre de 2013, las cuestiones materia de pronunciamiento tienen en cuenta el escrito N° 2 (escrito que modifica la demanda contenida en el escrito N° 1, presentado con fecha 15 de octubre de 2012), presentado con fecha 7 de diciembre de 2012.



5

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

Asimismo, que el Tribunal declare que, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Quinta del Contrato de Fideicomiso, conforme se vayan entregando las unidades inmobiliarias debidamente terminadas e independizadas, se transfiera a favor de Veritas los lotes que conforman parte del Inmueble no utilizado en el Proyecto. En todo caso, deberá quedar claro que la obligación de Veritas de culminar el Proyecto depende directamente de que a su vez el Fondo cumpla previamente con pagar la suma necesaria para dicha culminación.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Fondo cumpla con pagarles una indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de sus obligaciones por un monto ascendente a US\$ 3'888,729.66. Este monto comprende:

- Daño emergente: US\$ 3'437,856.66.
- Daño emergente (sic): US\$ 450,873.00.

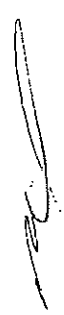
CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal declare que el Fondo mantenga a Veritas indemne o libre de toda responsabilidad frente a los fideicomisarios por los retrasos presentados en el desarrollo del Proyecto y por cualquier otro daño que se les haya podido ocasionar, y que, por ende, cubra cualquier costo o daño que sea reclamado por los mismos en contra de Veritas.

PRETENSIÓN ACCESORIA A TODAS LAS PRETENSIONES PRINCIPALES

Que el Fondo cumpla con pagar los costos y costas del proceso arbitral.

2. Que la emplazada, Fondo Mi Vivienda, contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando que en su oportunidad



Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

sea declarada infundada. Asimismo, reconvino a efectos de que se declaren fundadas las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA

Que se declare que el Fondo, en su calidad de fideicomitente, ha cumplido con su obligación de desembolsar íntegramente los fondos provenientes del Desembolso FMV y el Desembolso FOVIPOL de 493 adquirentes.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

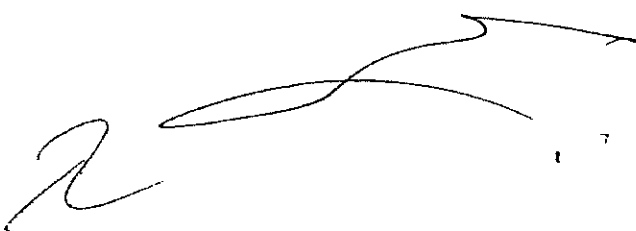
Que el Tribunal ordene a Veritas que cumpla con devolver al fideicomiso los materiales en cancha por un valor de US\$ 400,000.00 que no fueron incorporados a la obra; o que cumpla con el pago de su valor actualizado en el supuesto que haya dispuesto de dichos bienes de propiedad del Fideicomiso.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal ordene a Veritas que cumpla con lo pactado en la cláusula quinta de la Adenda 2, esto es, que entregue al Fondo una carta fianza de fiel cumplimiento, irrevocable, solidaria y de realización automática por la suma de US\$ 200,000.00 a fin de garantizar el cumplimiento y cronograma de obra.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, en el supuesto negado que se ampare la primera pretensión principal postulada por Veritas (pretensión de nulidad de la Adenda 2 al contrato de fideicomiso), se declare que el Fondo no puede actuar en calidad de mejorador (establecida en la cláusula novena del contrato de fideicomiso), en la medida que el Fondo tiene, también, la condición de fiduciario.



Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

**PRETENSIÓN CONDICIONADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL
DECLARATIVA**

Que se declare que, no pudiendo el Fondo actuar como mejorador (por prohibición legal expresa), se declare que el fiduciario (actualmente, el Fondo) disponga la realización de los terrenos remanentes con la finalidad de cumplir con la finalidad del contrato de fideicomiso.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

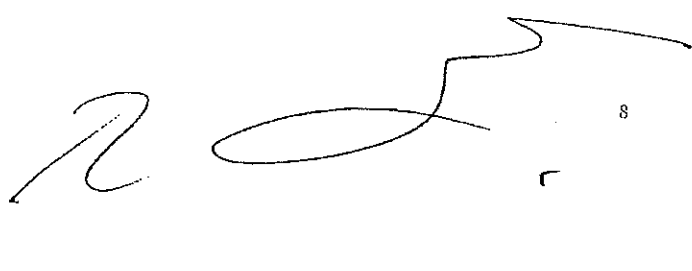
Que el Tribunal declare que a fin de que el fideicomiso cumpla sus objetivos, sea un tercero quien proceda a la construcción de las viviendas aún no terminadas. Que se declare que dicho tercero debe ser designado por el fiduciario y que el pago que deba hacerse a favor del constructor designado se haga con la realización de los lotes remanentes dados en garantía.

PRETENSIÓN ACCESORIA COMÚN

Que el Tribunal ordene a Veritas el pago de los gastos y costos del presente proceso arbitral.

3. Que, en ese sentido y de conformidad con lo establecido en el Acta de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral, de fecha 2 de octubre de 2013, corresponde al Tribunal Arbitral:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE DECLARE NULA Y SIN EFECTO LEGAL LA SEGUNDA ADENDA AL CONTRATO DE FIDEICOMISO CELEBRADA MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA DE FECHA 9 DE MAYO DE 2008, ELEVADA ANTE NOTARIO PÚBLICO DE LIMA, DOCTOR JAIME TUCCIO VALVERDE

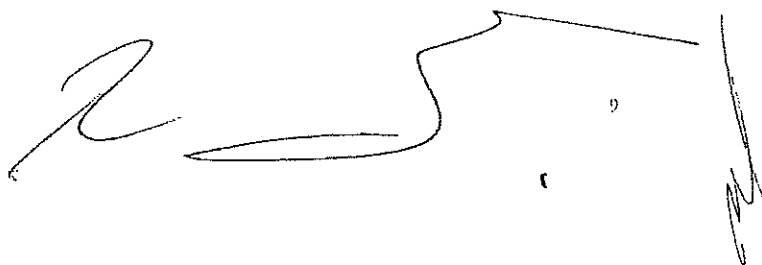


8

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

Posición de Veritas

- 3.1. Que Veritas sostiene que mediante escritura pública de fecha 16 de mayo de 2006, el Fondo y Veritas suscribieron un contrato de Fideicomiso (en adelante, el Contrato), el cual fue modificado mediante adenda de fecha 9 de mayo de 2008 (en adelante, la Adenda 2).
- 3.2. Que Veritas señala que la Adenda 2 le fue impuesta por el Fondo, estableciendo que en caso contrario no le otorgaría un proyecto a la empresa Promotora Renacer S.A.C. (empresa que pertenece en un 50% al representante de Veritas).
- 3.3. Que Veritas señala que lo indicado se puede comprobar por el hecho de que la constancia del registro de código a Promotora Renacer S.A.C., le fue entregada el mismo día en que Veritas suscribió la escritura pública que contenía la Adenda 2.
- 3.4. Que Veritas menciona que con la Adenda 2 se modificó el Contrato en los siguientes términos:
 - Que el Fondo dejaba de tener la condición de Mejorador, a cambio de otorgar un préstamo por la suma de US\$ 1'100,000.00 al Fideicomiso, con la finalidad de culminar el proyecto.
 - Que Veritas dejaba de ser el Constructor, y el Fondo sería quien nombrara al nuevo Constructor.
 - Que el Fondo se encargaría de nombrar a un nuevo Controlador.



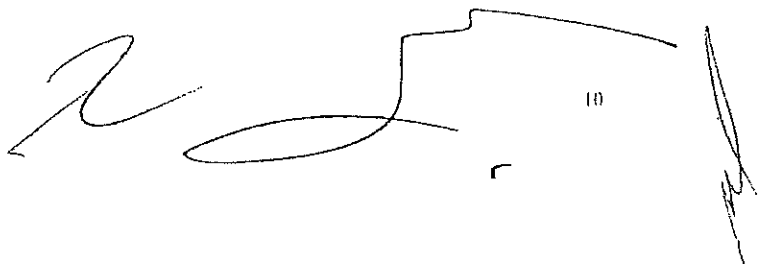
Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

- Que la empresa Fiduciaria realizaría de inmediato, en el plazo de doce meses, la venta de todos los lotes complementarios no comprometidos en el Proyecto.
 - Que, en caso el préstamo efectuado por el Fondo no fuera suficiente, Veritas daría un financiamiento adicional hasta por la suma de US\$ 400,000.00.
- 3.5. Que Veritas señala que en la Cláusula Cuarta de la Adenda 2, se estipuló que la entrada en vigencia del documento sería a partir de la aprobación de su texto por parte del Directorio del Fondo, por lo que esta condición sería suspensiva y puramente potestativa, entendida como la condición que hace depender la eficacia del negocio jurídico al acaecimiento de un hecho cuya ocurrencia o no está sometida a la voluntad exclusiva de una de las partes intervinientes en el acto jurídico o al arbitrio del obligado. Por tanto, las condiciones suspensivas en su modalidad potestativa, están prohibidas de acuerdo al artículo 172 del Código Civil, pues lo que se pretende evitar es que personas se obliguen y al mismo tiempo se desobliguen y mediante una conducta ambivalente quede al arbitrio del deudor obligarse o no al cumplimiento.
- 3.6. Que, por lo señalado en el párrafo precedente, Veritas indica que es por este motivo que la Adenda 2 debe ser declarada nula, en la medida de que la ocurrencia del hecho futuro e incierto del cual dependía la eficacia del Contrato, se encontraba sometida a la arbitrariedad del Fondo. Ello es así, debido a que mediante Carta n.º 304-2010-FMV/GG, de fecha 17 de marzo de 2012 (y luego de dos años de firmada la Adenda 2), se comunicó a Veritas que la SBS le había denegado la autorización para efectuar el



10

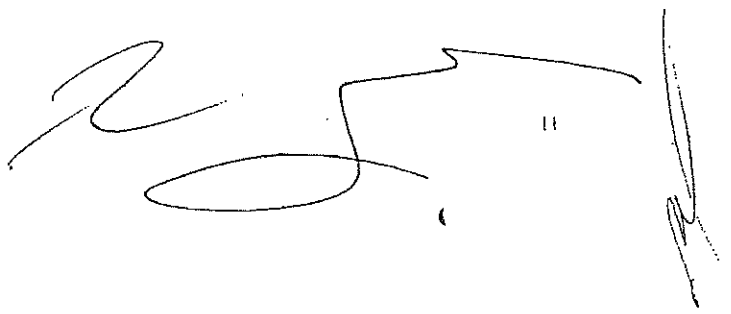
Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

préstamo de US\$ 1'100,000.00 al Fideicomiso y que, por tanto, debería ser Veritas quien otorgara un financiamiento adicional de US\$ 400,000.00. De la misma manera —señala Veritas—, el Fondo jamás realizó acto alguno para seleccionar al nuevo Constructor y al nuevo Controlador y recién mediante Acuerdo de Directorio n.º 03-08D-2010, de fecha 28 de abril de 2010, el Fondo aprobó la Adenda 2, con lo cual queda demostrado que la firma de la Adenda 2 nunca respondió a un interés serio y valedero del Fondo, sino más bien fue una decisión arbitraria de dicho organismo.

3.7. Que, por otra parte, otro argumento al que recurre Veritas para solicitar que la Adenda 2 sea declarada nula, es que señala que los Fideicomisarios no han otorgado su conformidad con la misma, pues con la firma de la Adenda 2 se modificaron aspectos sustanciales del Contrato, entre los que destacan:

- Un préstamo de US\$ 1'100,000.00, por parte del Fondo al Fideicomiso, para cuyo pago se creó una cuenta especial denominada «Cuenta Repago de Préstamo».
- El cambio de Constructor (reemplazando a Veritas).
- La extinción de la figura del Mejorador (no se reguló quién más garantizaría que la cuenta de administración contara con recursos financieros suficientes y necesarios hasta la terminación total del Proyecto).

3.8. Que, según la demandante, las modificaciones del Contrato fueron realizadas cuando existían adquirentes claramente determinados de las viviendas que conformaban el proyecto, los cuales se encontraban debidamente identificados con nombres y apellidos. Empero, dichas personas no participaron en la celebración de la adenda del Contrato de



Handwritten signature and initials, possibly representing the arbitrator or a party involved in the arbitration process.

Tribunal Arbitral:


Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan


Mario Castillo Freyre

Fideicomiso, pese a que ellas, en su calidad de beneficiarios, si bien no signatarios del Contrato, tenían una serie de derechos adquiridos y se podrían ver perjudicados con la firma de la Adenda 2 (ello, debido a que de acuerdo a lo regulado en el artículo 250 de la Ley n.º 26702, Ley General del Sistema Financiero, en un contrato de Fideicomiso, las partes pueden convenir las modificaciones que estimen adecuadas, salvo si con dichas modificaciones se lesionan derechos adquiridos por terceros).

- 3.9. Que con este proceder se está violando la norma imperativa contenida en el artículo 250 de la Ley General del Sistema Financiero, el artículo 219 inciso 8 del Código Civil y el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil.
- 3.10. Que, si bien es cierto que el Fondo solicitó autorización a la SBS para desembolsar el préstamo por US\$ 1'100,000.00 al Fideicomiso, la solicitud de autorización la efectuó el Fondo en forma voluntaria, unilateral y de forma previa a la suscripción de la Adenda 2. Ello, debido a que la solicitud a la SBS es de fecha 21 de abril de 2008, y la Adenda 2 fue suscrita el 7 de mayo de 2008, por lo que no se trató de un acto en cumplimiento o ejecución del contenido de la Adenda 2, como lo quiere hacer ver el Fondo, sino más bien se trató de un acto previo.
- 3.11. Que en ese sentido, no sólo la Cláusula Cuarta de la Adenda 2 establece una condición potestativa, sino que el argumento del Fondo, cuando sostiene lo contrario, carece de todo fundamento jurídico. También — sostiene— debe tenerse en cuenta el hecho de que la aprobación tardía (esto es, dos años después) ratifica que el Fondo buscaba obligarse cuando quería.



12



Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- 3.12. Que, de otra parte, en relación al argumento de la nulidad de la Adenda 2 por contravenir una norma imperativa (que sería la afectación del derecho de los fideicomisarios no firmantes), si bien es cierto que en el Contrato se señala que tanto el Fondo, Bancoer y Veritas, se reservaron el derecho de modificar el mismo cuando lo estimen conveniente, ello no implica en modo alguno que no se aplique el artículo 250 de la Ley del Sistema Financiero, ya que dicha norma precisa que el fideicomitente puede convenir con el fiduciario las modificaciones que estimen convenientes, siempre y cuando no se lesionen los derechos adquiridos por terceros (es decir, beneficiarios y fideicomisarios), lo que sí ha ocurrido al haberse eliminado la figura de Mejorador y al no haber nombrado el Fondo a un nuevo Constructor y Controlador.
- 3.13. Que Veritas sostiene que el hecho de que se suprima la figura de Mejorador conlleva la eliminación del garante de la conclusión del proyecto, hecho que afecta, a todas luces, a los beneficiarios, como también los afectó el hecho de haber retirado del Contrato a 112 beneficiarios, sin haberles comunicado dicha decisión.
- 3.14. Que, sin perjuicio de la nulidad de la Adenda 2, Veritas alega que la viabilidad financiera de los acuerdos contenidos en el referido documento se volvió totalmente obsoleta, toda vez que el Fondo recién aprobó ese documento dos años después, siendo imposible que con tal presupuesto se culmine el Proyecto Las Garzas.



13

Tribunal Arbitral:

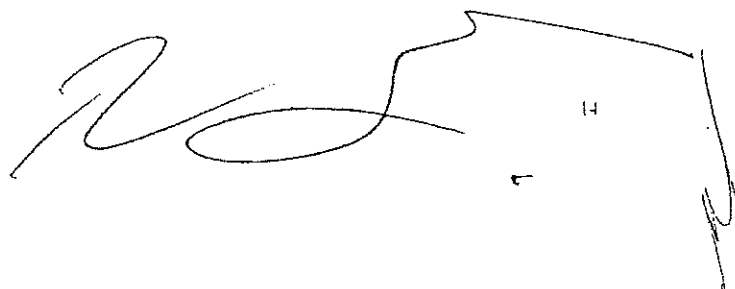
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

Posición del Fondo

- 3.15. Que el Fondo sostiene que no obligó a Veritas a que celebre la Adenda 2, y que no existen pruebas que demuestren lo contrario.
- 3.16. Que las partes acordaron que el Fondo dejaba de tener la condición de Mejorador, dado que el Fiduciario (Bancomer) no venía cumpliendo con pagar al Fondo la comisión estipulada en la cláusula 9.1, último párrafo, del Contrato, lo cual puede comprobarse de una lectura de la cláusula 2.4 de la Adenda 2, que señala lo siguiente: «2.4. Del Mejorador: Por la presente Adenda, las partes acuerdan modificar el contrato de Fideicomiso, dejando sin efecto la figura del Mejorador en el Fideicomiso a partir del mes de marzo del año dos mil siete. Asimismo, se deja claramente establecido por las partes, que al haberse producido la falta de pago de las comisiones que le correspondía al FMV [Fondo] como Mejorador, desde el mes de marzo del años dos mil siete, éste no prestó dicho servicio, en virtud de lo cual no existe ninguna obligación pendiente del FMV [Fondo] hacia el Fideicomiso como Mejorador».
- 3.17. Que en relación al hecho afirmado por Veritas, en el sentido de que se pactó la eficacia de la Adenda 2 a la aprobación de su texto por parte del Fondo, y que dicho hecho constituyó una condición suspensiva potestativa, el Fondo establece que la Adenda 2 comenzó a surtir efectos antes de que el Directorio del Fondo aprobase su texto, vale decir que la eficacia de la Adenda 2 no estuvo supeditada a su aprobación, pues se venían cumpliendo diversas prestaciones establecidas en dicho documento, como lo pactado en la cláusula 2.8 de la Adenda 2, según la cual «las partes acuerdan que a fin de cumplir la finalidad del fideicomiso, el FMV [Fondo] otorgará un préstamo al Fideicomiso ascendente a la suma de US\$



14

Tribunal Arbitral:

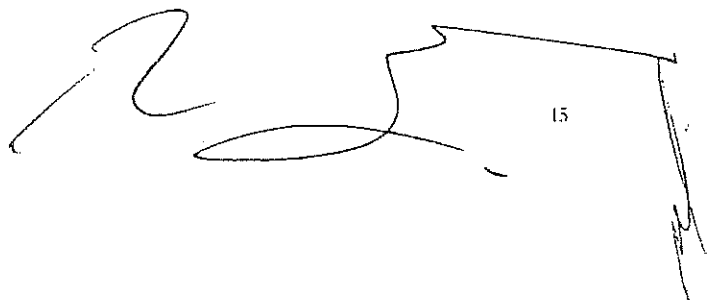
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

1'100,000.00, el cual se deja claramente establecido que será efectuado luego de que la Superintendencia de Banca Seguros y AFP, en adelante SBS, autorice al FMV [Fondo] a realizar tal préstamo al Fideicomiso».

- 3.18. Que, se puede apreciar que las partes acordaron que para que el Fondo procediera a otorgar el préstamo de US\$ 1'100,000.00, requería contar previamente con la autorización de la SBS, razón por la cual debe entenderse que el Fondo no difirió o aplazó la eficacia de la Adenda 2 hasta que su Directorio aprobara su texto, pues en virtud de lo pactado en la cláusula 2.8 de la Adenda 2, el Fondo procedió a solicitar a la SBS que autorice dicho préstamo.
- 3.19. Que el hecho de que el Fondo haya cumplido con la prestación a su cargo (esto es, la de solicitar autorización a la SBS para otorgar el préstamo), comprueba que la condición pactada en la Cláusula Cuarta de la Adenda 2 no constituye una condición suspensiva puramente potestativa.
- 3.20. Que el Fondo también sostiene que resulta incongruente que la demandada sustente que la Adenda 2 es nula porque su eficacia depende de su exclusiva voluntad y luego sostenga que dicha Adenda 2 requería para su eficacia la participación y suscripción de los terceros adquirentes.
- 3.21. Que en relación a la supuesta falta de manifestación de voluntad de los adquirentes y de la vulneración de lo dispuesto por el artículo 250 de la Ley n.º 26702, relativo a la participación de los fideicomisarios en el Contrato, si bien Veritas sostiene que los adquirentes debieron participar en la celebración de la Adenda 2, la norma invocada no resulta aplicable al presente caso, pues los adquirentes no intervinieron en el Contrato. Ello,



15

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

incluso, ha sido reconocido por la demandada al señalar que los beneficiarios no eran partes signatarias del Contrato.

- 3.22. Que según las cláusulas 5.4 y 8.14 del Contrato, el Promotor (esto es, Veritas) era responsable, frente a los adquirentes, de la ejecución y conclusión del Proyecto (vale decir, de la construcción de 602 viviendas). Dicha condición no varió con la suscripción de la Adenda 2, por lo que con la celebración de ésta no hubo riesgo de que se lesionen los derechos de los adquirentes. Incluso, las partes no quisieron que los terceros adquirentes participen (manifiesten su voluntad) en caso se introduzca una modificación al Contrato, pues de haber querido su participación, habrían señalado expresamente en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato, que tales adquirentes debían prestar su consentimiento para modificar el Contrato. En ese sentido, el hecho de que los terceros adquirentes no hayan participado respecto de los alcances de la Adenda 2, no trae consigo su nulidad.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.23. Que la demandante ha sostenido que la Adenda 2 debe ser declarada nula, debido a que el Fondo condicionó la entrada en vigencia de la misma a la aprobación de su texto por parte del Directorio de éste, lo cual para Veritas constituye una condición suspensiva puramente potestativa, debido a que se hizo depender la eficacia de dicha Adenda 2 al acaecimiento de un hecho cuya ocurrencia o no, se encontraba sometida a la voluntad exclusiva del Fondo, lo que trae como consecuencia una contravención de lo estipulado por el artículo 172 del Código Civil.



16

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

3.24. Que también se solicita la nulidad de la Adenda 2 porque se señala que ésta nunca contó con la aprobación de los fideicomisarios/beneficiarios, ya que con dicho documento se modificaron aspectos sustanciales del Contrato, como son solicitar un préstamo a la SBS por US \$ 1'100,000.00, cambiar al Constructor y la extinción de la figura del Mejorador. De tal manera que si bien los fideicomisarios no eran partes signatarias del Contrato, éstos tenían derechos adquiridos que se podrían ver perjudicados con la firma de la Adenda 2. En ese entender, se tiene como base el artículo 250 de la Ley General del Sistema Financiero.

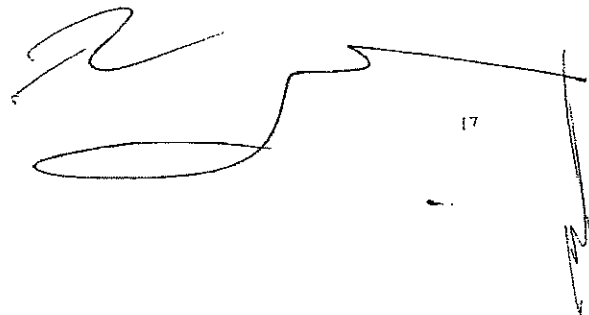
3.25. Que, vamos a referirnos por separado a cada una de las causales de anulación que se discuten en esta primera pretensión.

3.26. Que el artículo 172 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 172.- «Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor».

3.27. Que, autorizada doctrina ha señalado sobre el particular que la condición será potestativa, cuando el acontecimiento del suceso dependa de la voluntad de una de las partes intervinientes en el acto jurídico, o del arbitrio del obligado.⁷ En ese sentido, no es posible admitir que una misma persona se obligue y desobligue al mismo tiempo por su sola determinación, pues de lo contrario no se podría hablar en estricto de obligación, siendo tan sólo una máscara de obligación ficticia.

⁷ Cfr. BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. 13ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 427.



17

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

Sin perjuicio de lo señalado, debe tenerse en cuenta un aspecto de suma importancia para nuestro caso, y es que para que la condición *a parti debitoris* sea inadmisibile, debe consistir en un hecho cuyo suceso dependa de manera absoluta de su voluntad.

Dentro de tal orden de ideas, la doctrina hace una distinción muy interesante, y es que habla de las condiciones simplemente potestativas, las cuales son consideradas válidas. Tenemos, así, a un atleta que se compromete a representar a determinado club si obtiene una medalla en los juegos olímpicos; o el caso de un escritor novel que se compromete a publicar en una casa editorial si termina de escribir un libro de cuentos. En ambas hipótesis, si bien la realización del hecho depende de quién sería el obligado, no lo es de manera absoluta, resultando por tanto válida la condición así estipulada.

Según Díez-Picazo y Gullón, la línea demarcatoria entre ambas no es fácil de establecer. Ello, ya que se ve en la puramente potestativa una voluntad de la que nace un acto que es indiferente realizar; mientras la segunda (simplemente potestativa) opera sobre la voluntad una serie de motivos de libre estimación, pero que representan intereses, dificultades o apetencias a tener en cuenta para mover aquélla en un sentido o en otro.⁸

En ese sentido, el artículo 172 del Código Civil prescribe, así, que es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor. Esto quiere decir que son válidas aquellas condiciones puramente potestativas que dependan de

⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1. Madrid: Tecnos, 1982, p. 265.



18

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

la exclusiva voluntad de la parte acreedora (por ejemplo, exigir el pago de una deuda en soles o condonarla).

En ese entender, para que la condición potestativa *a parti debitoris* pueda anular el negocio jurídico, debe ser absoluta y no simplemente potestativa; ello quiere decir que el hecho puesto como condición esté sometido exclusivamente a la voluntad del deudor. Si la condición es simplemente potestativa de parte del deudor, pero no absolutamente (como si dijese que me obligo a donarte una cosa 'si me curo del vicio de la embriaguez'), el acto es válido.⁹

- 3.28. Que, teniendo en cuenta lo señalado, debe analizarse el contenido de la Cláusula Cuarta de la Adenda 2, precepto que establecía lo siguiente:

Cuarta.- Vigencia

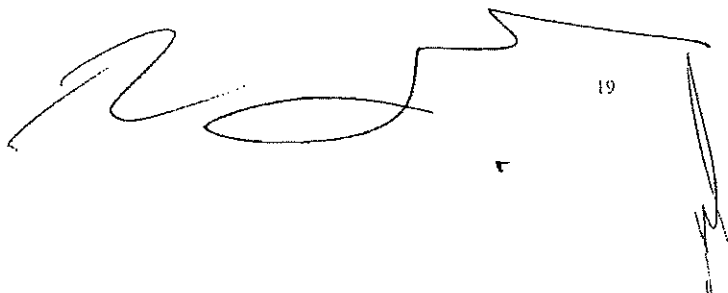
La presente Adenda surtirá efectos a partir de la aprobación de su texto por parte del Directorio del FMV.

Adicionalmente, todo lo relacionado con el Préstamo surtirá efectos a partir de la autorización al FMV para efectuar dicho préstamo por parte de la SBS.

- 3.29. Que cabe tener en cuenta que es un presupuesto de toda manifestación de voluntad el hecho de que las partes conocen los alcances y limitaciones del acto que se encuentran celebrando.

- 3.30. Que a estos efectos, corresponde tener en cuenta que el Estatuto del Fondo establece que entre las principales atribuciones, facultades y

⁹ Cfr. LEÓN BARANDIARÁN, José *Acto Jurídico*. 3ª edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1999, p. 142.



19

Tribunal Arbitral:

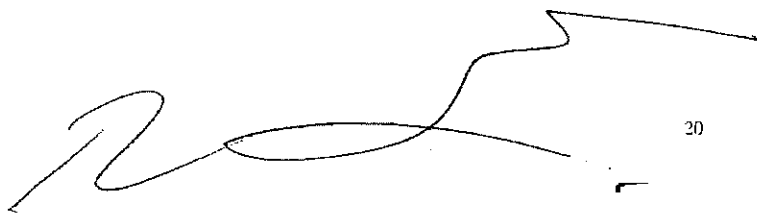
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

obligaciones del Directorio se encuentra la de aprobar el acto constitutivo para la creación de patrimonios fideicometidos.

- 3.31. Que si bien es cierto los alcances del artículo 172 del Código Civil son básicamente los de prohibir la incorporación de condiciones suspensivas que dependan de la exclusiva voluntad del deudor, lo cierto es que dicha norma no resulta aplicable a este caso, por cuanto Veritas conocía que el acuerdo que estaba firmando tenía la redacción y condición que posee.
- 3.32. Que, este Colegiado pone énfasis en el hecho de que la Cláusula Cuarta, aparte de hacer referencia al hecho de que la Adenda que la contiene surtirá efectos con la aprobación de su texto por parte del Directorio, señala también que todo lo relacionado con el Préstamo surtirá efectos a partir de la autorización al Fondo para efectuar dicho préstamo por parte de la SBS. Es decir, existe una secuencia lógica que debe diferenciarse claramente, ya que por un lado se señala que será el Directorio el que dará su aprobación al texto de la Adenda (conforme lo establecen sus estatutos, los cuales bien pudieron ser estudiados por el demandante antes de firmar el contrato), y por otro lado el hecho de que era necesaria la autorización de la SBS para que el Fondo otorgue el préstamo.
- 3.33. Que teniendo en cuenta lo señalado, este Tribunal considera que la cláusula cuarta no posee una naturaleza que la haga ser potestativa, por cuanto su contenido, que resulta a todas luces claro, era conocido por ambas partes y el hecho de que se señale que su eficacia se dará cuando sea aprobada por el Directorio, no implica que ésta sea inválida. A tales efectos, debe diferenciarse las figuras de la nulidad estructural (validez) y la nulidad funcional (eficacia), ya que consideramos que nos encontramos



Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

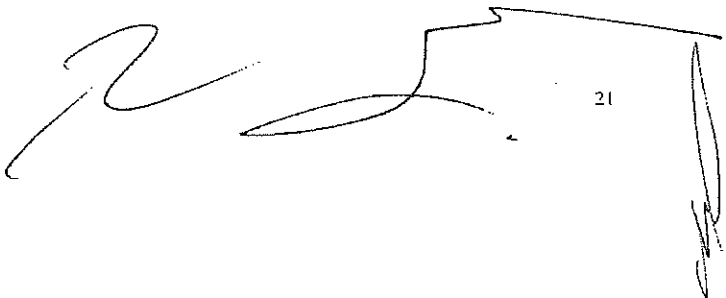
ante una estipulación válida, cuya eficacia estaba sometida a posterior aprobación.

- 3.34. Que, por lo demás, no existe medio probatorio alguno que nos permita afirmar que el Directorio haya actuado de mala fe en su tarea de aprobar el texto de la Adenda, más aún si se tiene en cuenta que el Fondo inició las actividades que la conducían a cumplir con las prestaciones contenidas en ella (esto es, solicitar a la SBS la autorización del préstamo a favor del fideicomiso).
- 3.35. Que, por otro lado, este Colegiado pasará a analizar el argumento a través del cual se pretende que la Adenda 2 sea declarada nula porque modificó en ciertos aspectos el Contrato sin contar con la aprobación de los beneficiarios.
- 3.36. Que, la base normativa que sustenta este pedido se encuentra en el artículo 250 de la Ley n.º 26702, que establece lo siguiente:

Artículo 250.- Fideicomisario que interviene en el contrato

Si el fideicomisario interviene como parte en el contrato, adquiere a título propio los derechos que en él se establezcan a su favor, los que no pueden ser alterados sin su consentimiento.

En los demás casos, el fideicomitente puede convenir con la empresa fiduciaria las modificaciones que estime adecuadas, y aún la resolución del fideicomiso, salvo que con ello se lesionen derechos adquiridos por terceros.



21

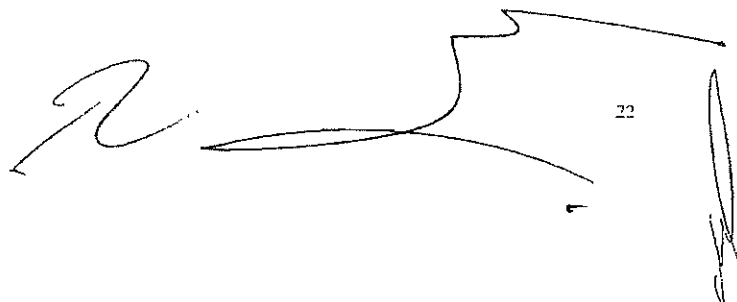
Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

El fideicomitente puede también resolver el contrato de fideicomiso constituido a título gratuito, excepto en el caso previsto en el primer párrafo y, también, si hubiere renunciado a tal derecho. De crearse esa facultad, debe pagar a la empresa fiduciaria la pena convenida, o en su defecto, la que señale el juez especializado o el tribunal arbitral, respectivo.

Para modificar o resolver el contrato de fideicomiso, los causahabientes del fideicomitente requieren, en todo caso, el consentimiento unánime de los fideicomisarios o, si éstos fueren indeterminados, la aprobación del Superintendente.

- 3.37. Que a estos efectos, debe tenerse en cuenta el contenido de la Cláusula 17 del Contrato que establece que «EL FMV, BANCOMER y el Promotor se reservan el derecho de modificar, de común acuerdo, los términos del presente contrato en el momento que lo estimen conveniente. Las modificaciones introducidas entrarán en vigencia a partir de la suscripción del Contrato que para el efecto suscriban o en la fecha que las partes acuerden [...]».
- 3.38. Que, de lo señalado, se puede establecer que las partes pactaron que se requería la participación de todas ellas para modificar el Contrato, pero no se hacía referencia al hecho de que para la modificación deban también participar los beneficiarios. Es decir, sólo se requería la participación de quienes firmaron dicho instrumento.
- 3.39. Que, debe tenerse en cuenta, también, que los adquirentes (vale decir, los fideicomisarios) al no haber suscrito el contrato, intentaron incorporarse al



22

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

proceso como terceros no signatarios, hecho que este Colegiado desestimó por los considerandos que en su oportunidad se expusieron.

- 3.40. Que, dentro de tal orden de ideas, se debe estar a lo establecido en el Contrato para estos efectos, pues de lo contrario, las partes bien hubieran podido convenir en que para modificar el contrato era necesaria también la participación de los fideicomisarios, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.
- 3.41. Que, por lo demás, el impedimento de modificar el Contrato sin consentimiento del fideicomisario contenido en el primer párrafo del artículo 250 de la Ley N° 26702, no resulta aplicable a nuestro caso, pues el mismo parte del supuesto de hecho que establece que «Si el fideicomisario interviene como parte en el contrato [...]»; y en nuestro caso dicho actor no es parte del contrato.
- 3.42. Que, en efecto, tal como los define el Contrato, *“Son fideicomisarios no otorgantes ni firmantes del presente contrato en virtud a los derechos que el mismo les confiere: Los adquirentes que se adhieran a los términos y condiciones del presente contrato en virtud de los contratos de compraventa por los que adquieran la propiedad de unidades inmobiliarias, las cuales Bancomer les transfiera”*.
- 3.43. Que, claramente se aprecia que el Contrato no incluyó como parte a los adquirentes, por ende si bien son considerados fideicomisarios, también son calificados como no otorgantes ni firmantes, de donde se verifica que no ostentan la calidad parte. Es así que, no siendo parte en el Contrato, los adquirentes no derivan a título propio los derechos que en él se establezcan a su favor, razón por la cual, conforme al mismo tenor del

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

artículo 250° el fideicomitente puede convenir con la empresa fiduciaria las modificaciones que estime adecuadas.

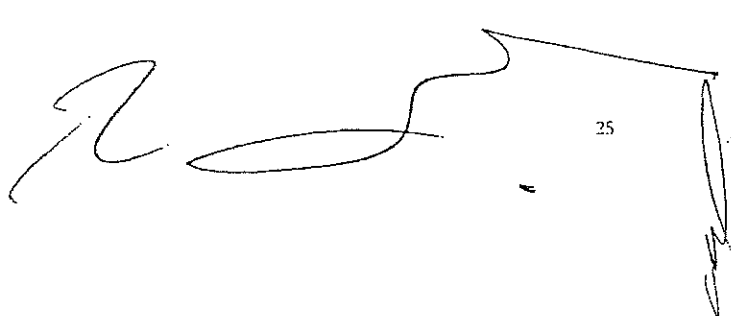
- 3.44. Que, sin perjuicio de lo anterior debe observarse que el segundo párrafo del artículo 250 de la Ley n° 26702 limita el alcance de tales modificaciones al requisito que con dichas modificaciones no se lesionen derechos adquiridos de terceros.
- 3.45. Que, justamente Veritas ha postulado que la Adenda 2 es nula porque afecta los derechos adquiridos de terceros contraviniendo el segundo párrafo del citado artículo 250.
- 3.46. Que, respecto a este extremo debe advertirse que corresponde distinguir los supuestos de “nulidad” del acto de la “inoponibilidad” de este. En el primer caso se trata de una patología del acto que conlleva su inexistencia o validez. En cambio, en el segundo supuesto se presenta una protección concedida por la ley a una persona, que siendo ajena a un acto plenamente válido, sin necesidad de impugnarlo, pueda actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido para el titular de la facultad concedida por la ley.
- 3.47. Que en ese sentido, para el Tribunal el segundo párrafo del artículo 250 no consagra una nulidad de las modificaciones acordadas entre fideicomitente y empresa fiduciaria, sino que establece la facultad de los terceros con derechos adquiridos a ejercer voluntariamente la inoponibilidad de las modificaciones que lesionen sus intereses. Es decir, el artículo de la ley les concede la potestad de actuar descartando tales modificaciones, de manera que los terceros con derechos adquiridos pueden actuar sin que las mencionadas modificaciones le alcance, pues la ley consagra una indemnidad de sus derechos adquiridos con anterioridad.

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- 3.48. Que, siendo una facultad que protege un interés particular del tercero con derechos adquiridos, la inoponibilidad sólo puede invocada por los terceros, de manera que no cabe que sea alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio lo establece la ley ni declarada de oficio.
- 3.49. Que, en la medida que la objeción contenida en el segundo párrafo del artículo 250 ha sido alegada por Veritas y no por los terceros cuyos derechos adquiridos eventualmente pudieran ser lesionados con la Adenda 2, este Tribunal aprecia que no corresponde pronunciarse si las modificaciones contenidas en dicho documento son inoponibles o no a los terceros.
- 3.50. Que, por todas estas consideraciones, este Tribunal Arbitral considera que no corresponde que se declare nula y sin efecto legal la segunda adenda al contrato de fideicomiso celebrada mediante escritura pública de fecha 9 de mayo de 2008, elevada ante Notario Público de Lima, doctor Jaime Tuccio Valverde.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE DISPONGA EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN A CARGO DEL FONDO, EN SU CALIDAD DE FIDEICOMITENTE, Y QUE, EN CONSECUENCIA, ÉSTE ASUMA ÍNTEGRAMENTE EL COSTO ACTUALIZADO DE LA CULMINACIÓN DEL PROYECTO, A LA FECHA DE EJECUCIÓN DEL LAUDO. A LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA, DICHO IMPORTE ASCENDÍA A LA SUMA DE US\$ 3'437,856.66; RECURSOS QUE DEBERÁN SER CANALIZADOS CONFORME ESTÁ PACTADO EN EL PUNTO 5.1. DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO



25

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

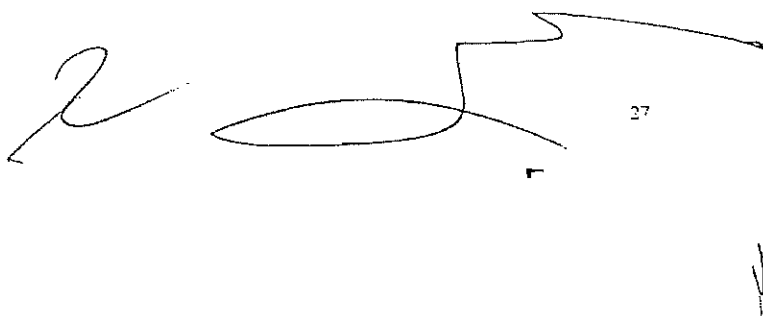
Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

- Ceder derechos de compraventa respecto a 605 unidades inmobiliarias, la cual también fue cumplida, conforme a la Tercera Cláusula Adicional al Contrato.
- Garantizar el repago al Mejorador, en caso éste tenga que actuar como tal, transfiriendo al dominio fiduciario un lote de terreno con un área de mucha mayor extensión al área donde se desarrollaría el Proyecto. Se transfirió 615 lotes adicionales a los necesarios para alcanzar el fin del fideicomiso (605 lotes). En ese sentido, Veritas afectó parte del inmueble de su propiedad a la verificación del cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, en la medida de que únicamente se revertiría la propiedad de parte del terreno no afectado al desarrollo del Proyecto a favor de Veritas, conforme se entreguen las unidades inmobiliarias debidamente independizadas y terminadas.
- Se estableció un supuesto de excepción en caso los fondos del Fideicomiso resulten insuficientes, situación en la cual el Fondo actuaría como Mejorador, lo que en buena cuenta significaba que el Fondo tenía la obligación de facilitar los recursos líquidos para permitir la culminación del Proyecto, lo cual se encuentra plasmado en la cláusula 9.2 del Contrato.

3.53. Que el demandante señala que las obligaciones del Fondo eran las siguientes:

- Transferir los ahorros de los beneficiarios del Programa Techo Propio.
- Transferir el bono habitacional familiar (en adelante, el BHF) correspondiente al programa techo propio.



27

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

- Desembolsar el fondo de vivienda policial, cosa que se incumplió, pues Veritas sostiene que el Fondo colocó su aporte de manera tardía e incompleta.
- 3.54. Que Veritas establece que el Fondo como fideicomitente no cumplió con transferir el aporte comprometido quedando por desembolsar US\$ 719,346.46, que corresponde a 112 ahorros y BHF, que corresponden a los beneficiarios excluidos en la Adenda 2 (este sería el primer incumplimiento); y tampoco cumplió con realizar el aporte parcial de manera adecuada, ya que lo hizo de forma tardía en un periodo de quince meses, cuando los fondos debieron estar disponibles al inicio del fideicomiso (esto es, en febrero del año 2006).
- 3.55. Que, en ese sentido, dichos incumplimientos dieron origen a que el Proyecto quede inconcluso, razón por cual el Fondo debe hacerse responsable aportando los recursos necesarios para la conclusión del Proyecto.
- 3.56. Que, por otro lado, Veritas establece que de acuerdo al artículo 1219, inciso 1, del Código Civil, el acreedor está facultado para poder emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado. En ese entender, el demandante puede exigir el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte, es decir, del Fondo (en su calidad de Fideicomitente), para que cumpla con la finalidad contenida en el Contrato, la cual es la culminación del Proyecto.
- 3.57. Que, en ese sentido, el Fondo deberá asumir íntegramente el costo actualizado de la culminación del Proyecto a la fecha de ejecución del laudo, al haber sido el principal causante de la paralización del Proyecto.



Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- 3.58. Que dicho monto actualizado asciende a la suma de US\$ 3'437,856.66, el cual deberá ser depositado por el Fondo en la cuenta Administración del Fideicomiso y se puedan reiniciar las obras teniendo en cuenta lo establecido en el Contrato. Así, se podrá concluir con la construcción de las viviendas pendientes y su saneamiento legal correspondiente.
- 3.59. Que, finalmente, Veritas deja establecido que solicita el cumplimiento de las obligaciones del Fondo en su calidad de Fideicomitente, y no aquéllas que le corresponden en su calidad de Mejorador. Así, adicionalmente, el Fondo tuvo un tercer incumplimiento en esta calidad en el mes de noviembre de 2007, cuando fue solicitado a tal efecto por el Fiduciario (Bancomer), negativa con la cual el proyecto quedó paralizado de manera definitiva.

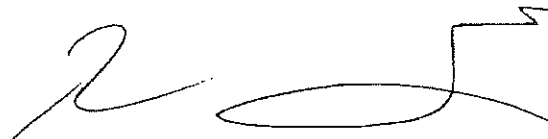
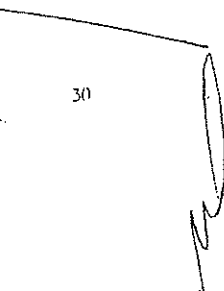
Posición del Fondo

- 3.60. Que, teniendo en cuenta el Contrato, el Fondo señala que tenía, en su calidad de Fideicomitente, única y exclusivamente, la obligación de transferir al fiduciario (esto es, a Bancomer) los fondos que provenían de los ahorros y los BFH de 493 adquirentes, mas no así, la de culminar el Proyecto.
- 3.61. Que si bien el desembolso de los ahorros y los BFH de los 493 adquirentes no era suficiente para culminar las obras, quedando un saldo que debía ser cubierto por créditos complementarios, estos créditos representaban el 8% de valor de las viviendas cuya obtención no estaba a cargo del Fondo. Así, conforme se puede apreciar del cuadro contenido en el Anexo 1-J de la contestación de la demanda, los ahorros de los adquirentes ascendían a

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

US\$ 1'279,112.00, los BFH a US\$ 1'779,738.00 y los créditos complementarios a US\$ 271,488.00.

- 3.62. Que el Fondo señala que los desembolsos de los BFH se encuentran debidamente acreditados.
- 3.63. Que, asimismo, el Fondo sostiene que los desembolsos se efectuaron conforme el Promotor (esto es, conforme Veritas) fue cumpliendo con presentar correctamente los expedientes conteniendo la documentación exigida por los Reglamentos Operativos de los BFH. Por ello, la pretensión de Veritas, relacionada al hecho de que el Fondo, en su calidad de Fideicomitente, pague la suma de US\$ 3'437,856.66, no tiene sustento alguno, ya que el Fondo, en su calidad de Fideicomitente, estaba obligado a desembolsar única y exclusivamente la suma que correspondía al ahorro y a los BFH de 493 adquirentes, lo cual sí fue cumplido.
- 3.64. Que, en otras palabras, para el Fondo, amparar la pretensión de Veritas, supondría:
- Desconocer el debido cumplimiento de las prestaciones a cargo del Fondo, en su calidad de Fideicomitente.
 - Obligar al Fondo a cumplir una obligación no contraída, esto es, asumir íntegramente el costo actualizado de la culminación del proyecto.
 - Vulnerar los principios de iniciativa de parte y congruencia procesal, ya que Veritas sólo reclama en el presente arbitraje supuestos incumplimientos por parte del Fondo en su condición de Fideicomitente y no en su condición de Mejorador.


30


Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- Considerar que en un contrato de tres partes (como es el contrato de fideicomiso), la finalidad del Proyecto (esto es, su culminación) esté sólo a cargo de uno de los Fideicomitentes (en este caso, el Fondo) y no como debiera ser, de la actuación conjunta de los actores.

- 3.65. Que el Fondo cita la cláusula tercera y cuarta del Contrato, y señala que en su calidad Fideicomitente, sólo tenía la obligación de desembolsar los fondos provenientes de los ahorros y los BFH de los adquirentes.¹⁰
- 3.66. Que para el Fondo, resulta incuestionable que no tiene la obligación contractual ni legal que lo obligue en su calidad de Fideicomitente a financiar la totalidad del Proyecto, tal como solicita el demandante.
- 3.67. Que el Fondo pone énfasis en el hecho de que el Proyecto se desfinanció como consecuencia de que Veritas desvió fondos, que ya habían sido debidamente desembolsados por el Fondo, de una etapa del Proyecto a otra, es decir, por haber desviado fondos de 109 viviendas que correspondían a la primera etapa, para ser destinados a la segunda etapa sin mayor justificación.

¹⁰ Las cláusulas a las que hace referencia el demandado son las siguientes:

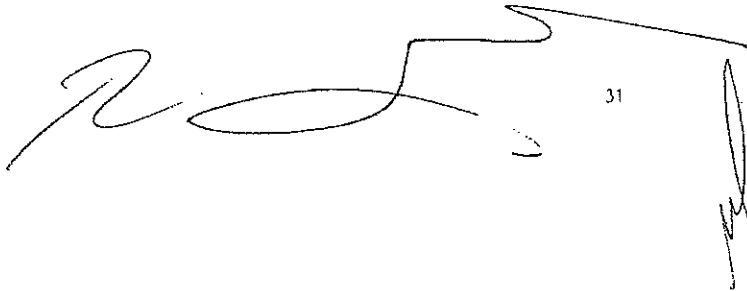
Cláusula Tercera: Objeto y Finalidad del Contrato:

3.1 El objeto del presente Contrato es la constitución de un fideicomiso, con carácter irrevocable, para lo cual de conformidad con lo previsto en los artículos 241° y siguientes de la Ley, (i) el propietario del terreno y promotor transfiere a Bancomer el dominio fiduciario del inmueble, de la obra y del intangible y (ii) el FMV se obliga a transferir a Bancomer el dominio fiduciario de los fondos provenientes del Desembolso FMV y Desembolso FOVIPOL, con el propósito que Bancomer constituya el patrimonio fideicometido con la finalidad descrita en el numeral 3.2 siguiente.

Cláusula Cuarta: Alcances de la transferencia fiduciaria:

[...]

4.3. El FMV se obliga a transferir a Bancomer el dominio fiduciario de los fondos provenientes del Desembolso FMV y el Desembolso Fovipol.



Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.68. Que mediante la pretensión materia del punto controvertido bajo estudio, Veritas solicita que sea el Fondo quien —en su calidad de Fideicomitente— cumpla y asuma íntegramente el costo actualizado de la culminación del Proyecto.
- 3.69. Que, para tales efectos, el demandante indica que el Proyecto se paralizó por causas atribuibles al Fondo, pues éste no cumplió con transferir los ahorros de los beneficiarios del Programa Techo Propio, tampoco transfirió el Bono Habitacional Familiar (BFH), y no desembolsó a tiempo el fondo de FOVIPOL, lo cual originó un desfase en la ejecución de las obras.
- 3.70. Que, en primer lugar, corresponde que este Colegiado analice cuáles eran las obligaciones del Fondo en su calidad de Fideicomitente, en la medida que la pretensión es formulada contra el Fondo en su calidad de tal y no de Mejorador. Luego corresponde estudiar si, en efecto, el Fondo cumplió con sus obligaciones teniendo dicha calidad.
- 3.71. Que, para estos efectos, debe tenerse en cuenta algunos extremos de lo establecido por el Contrato (principalmente, y para empezar, algunas definiciones básicas):

Cláusula 1.15 del Contrato de Fideicomiso:

Desembolso FMV: Es el desembolso que el FMV [el Fondo] transferirá en dominio fiduciario al fideicomiso, proveniente de los ahorros y de los BFH

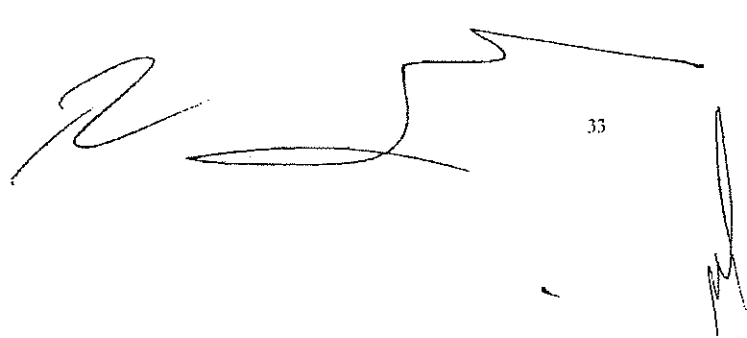
Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

correspondientes a los beneficiarios. El desembolso FMV comprenderá los Ahorros y BFH de todos los beneficiarios con la excepción de (i) Los Ahorros y los BFH de los 109 beneficiarios que el FMV ha desembolsado al Promotor antes de la fecha de suscripción de este Contrato y cuya relación se detalla en el Anexo 7 y (ii) Los Ahorros correspondientes a los Beneficiarios que sean asociados al FOVIPOL y gocen del Financiamiento de este, los cuales se encuentran comprendidos en el desembolso FOVIPOL.

Cláusula 1.16 del Contrato de Fideicomiso:

Desembolso FOVIPOL: Son los desembolsos a ser realizados por el FOVIPOL por concepto de los ahorros de las unidades inmobiliarias correspondientes a los beneficiarios asociados al FOVIPOL. El FOVIPOL entregará el desembolso FOVIPOL al FMV, quien a su vez lo entregará a BANCOMER en su condición de Fiduciario del Fideicomiso. El desembolso FOVIPOL no incluye los ahorros correspondientes a los asociados del FOVIPOL incluidos dentro de los 109 beneficiarios cuyos ahorros y BFH han sido desembolsados por el FMV al Promotor antes de la fecha de suscripción de este Contrato y cuya relación se detalla en el Anexo 7.



Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

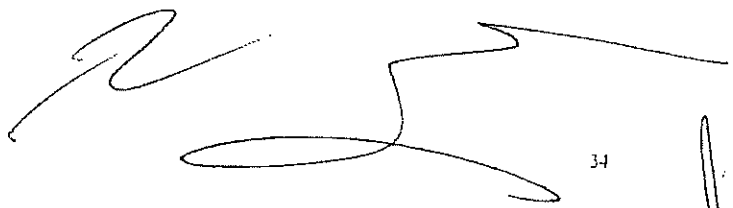
Cláusula 1.20 del Contrato de Fideicomiso:

Fideicomitentes: Serán aquellas personas indicadas como tales en la introducción del presente contrato, que transfieren bienes en fideicomiso al fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicomietido sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de los fines específicos de este contrato, de acuerdo a lo establecido en la Ley, el Reglamento y demás normas aplicables.


Cláusula 1.35 del Contrato de Fideicomiso:

Proyecto: Para efectos del presente Contrato, se entenderá por proyecto al desarrollo inmobiliario consistente en 605 unidades inmobiliarias, el cual incluye la ejecución de la obra, la obtención de las licencias correspondientes, la conformidad de obra, la obtención e inscripción registral de la declaratoria de fábrica y de la independización, libre de cargas y gravámenes y la entrega y suscripción de las escrituras públicas de transferencia de propiedad de las unidades inmobiliarias a los adquirentes [...].

- 3.72. Que cabe tener en cuenta las definiciones señaladas, pues ellas establecen claramente los alcances y limitaciones de una serie de conceptos que más adelante tendremos en cuenta a efectos de resolver la pretensión bajo análisis.



34



Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre


3.73. Que, este Colegiado también debe tener en consideración que el Proyecto se modificó por medio de la Adenda 2, la cual indica en un extremo lo siguiente:

1.35 Proyecto: Se entenderá como tal el desarrollo inmobiliario consistente en 493 unidades inmobiliarias el cual incluye la ejecución de la obra en los términos y condiciones establecidos en este contrato y en las especificaciones detalladas en el Anexo 5. La obtención de las licencias correspondientes, la conformidad de obra [...]. (El subrayado es nuestro).


3.74. Que debe notarse el cambio existente, pues en un inicio se hacía referencia a 605 unidades inmobiliarias pero luego la cifra disminuyó a 493 unidades inmobiliarias. En la medida que este Tribunal ha desestimado la pretensión de declaración de nulidad de la Adenda 2, los efectos de ésta devienen en plenamente vigentes y exigibles entre las partes, por ende se debe tener por válido este último número de unidades inmobiliarias que comprende el Proyecto.

3.75. Que, teniendo en cuenta este hecho, debemos señalar que de la lectura de los diversos medios de prueba actuados, no existe obligación legal impuesta al Fondo para que financie la totalidad del Proyecto, sino que únicamente existió una obligación de desembolsar los fondos provenientes de ahorros y de los BFH de los adquirentes.

3.76. Que, por otra parte, el Tribunal Arbitral puede constatar que el Fondo sí demoró en más de una oportunidad la realización a tiempo de los desembolsos de los BFH y FOVIPOL, como se puede apreciar del Anexo



35




Tribunal Arbitral:

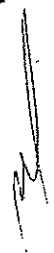
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidenta)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- 37-A (Detalle de los beneficiarios del BFH del Fideicomiso Las Garzas), contenido en el escrito n° 37, de fecha 13 de agosto de 2014, así como de la Carta n° 293-11-2007 (Anexo 1-0 del escrito de contestación de demanda y reconvención presentado por el Fondo).
- 3.77. Que esta situación, en efecto, originó que el Proyecto y la ejecución de las obras tardaran más de lo planificado.
- 3.78. Que, sin perjuicio de lo señalado, este Colegiado considera que para imputar responsabilidad se debe analizar cuál fue la causa de dichos retrasos y quién fue el responsable de los mismos.
- 3.79. Que para este Tribunal Arbitral, ha quedado demostrado que los desembolsos se efectuaron conforme el Promotor (Veritas) fue cumpliendo con presentar correctamente los expedientes, conteniendo la documentación exigida por los Reglamentos Operativos de los BFH.
- 3.80. Que, sin embargo, ello no fue siempre así, ya que conforme se aprecia de la carta n.º 1534-2006-FMV/GG, de fecha 26 de julio de 2006 (Anexo 1-R del escrito de contestación de demanda y reconvención presentado por el Fondo), algunos beneficiarios no calificaban para acceder a los BFH. En efecto, se señalaba que:

“Sin embargo, mediante Oficio recibido el día de hoy N° 449-2996-FOVIPOL y N° 450-2006-FOVIPOL/DP de FOVIPOL, en su condición de entidad financiera auxiliar, comunica al FMV que existen 12 beneficiarios PNP que NO CALIFICARON para el crédito correspondiente a la cuota inicial de la vivienda, por lo que solicitamos a ustedes efectuar



36




Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

las gestiones del caso para que los respectivos BFH de dichos beneficiarios no sean transferidos a la cuenta del FMV, hasta verificar la situación de los referidos beneficiarios".

- 3.81. Que este hecho puede darnos algunos elementos de juicio para entender que no toda la responsabilidad por esta demora era atribuible al Fondo, sino atribuible a un hecho ajeno al Fideicomitente. Pero hay más.
- 3.82. Que, por otra parte, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en adelante, el MVCS), tardaba en aprobar las solicitudes de desembolso en algunos casos hasta más de un mes. Esta afirmación se encuentra acreditada con la lectura del Memorando n.º 005-2006-FMV/JCC (Anexo 1-S del escrito de contestación de demanda).
- 3.83. Que, así también, el FOVIPOL tardaba en desembolsar los ahorros de los adquirentes, tal como se aprecia del Memorando n.º 005-2006-FMV/JCC y del oficio n.º 748-2006-FOVIPOL/DP, de fecha 28 de noviembre de 2006 (Anexo 1-T del escrito de demanda).
- 3.84. Que, dentro de tal orden de ideas, este Tribunal considera, hasta el momento, que si bien hay una demora por parte del Fondo, la misma no ha sido por culpa suya, sino más bien atribuible a otras personas.
- 3.85. Que, en adición a lo expuesto, otro factor que este Colegiado considera debe analizarse, es el relativo a que Veritas utilizó recursos del Fideicomiso entregados por el Fondo (y que tenían como destino la materialización de la primera etapa del Proyecto), para financiar la segunda etapa del Proyecto, tal como se puede apreciar de la lectura del Anexo 1-F de la Contestación de Demanda del Fondo, documento en el que se aprecia que

habilitación
urbana



Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

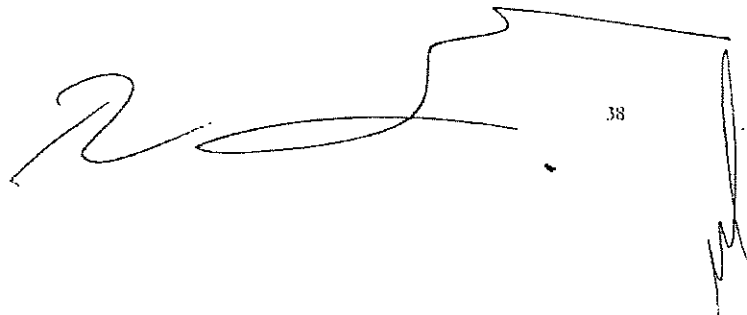
Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

Veritas acepta haber utilizado fondos que correspondían a la primera etapa, desviándolos a la segunda. Así:

“Consideramos que dicho pedido fue razonable en virtud a que, con parte de los fondos de la primera etapa, se ha realizado parte de la habilitación urbana de la segunda etapa, por razones estrictamente técnicas”.

- 3.86. Que se puede inferir que esta situación contribuyó a que el Proyecto se desfinancie antes de la celebración del Contrato, debido a que se destinaron fondos para fines que no les correspondían.
- 3.87. Que, por lo demás, de autos (en especial, de acuerdo a los anexos 1-J, 1-K, 1-L y 1-M, del escrito de contestación de la demanda) se puede apreciar que el Fondo realizó el desembolso de 385 beneficiarios, más los 109 desembolsos que habían sido realizados previamente, los cuales suman un total de 494 desembolsos, menos uno que renunció, lo cual hace un total de 493 desembolsos, y si bien hubo retrasos en algunas oportunidades, ello no fue por responsabilidad del Fondo conforme lo hemos señalado.
- 3.88. Que, además, las obligaciones contractuales del Fondo —en calidad de Fideicomitente— se resumen a desembolsar la totalidad de los BFH y ahorros FOVIPOL al Fideicomiso, conforme éstos fueran siendo entregados por el Promotor, el MVSC y el FOVIPOL; y no constituía obligación del Fondo financiar o culminar el Proyecto, por lo que mal podría obligársele a que cumpla con dicha prestación.
- 3.89. Que, teniendo en cuenta tales consideraciones, este Colegiado considera que no corresponde que se disponga el cumplimiento de la prestación a



38

Tribunal Arbitral:

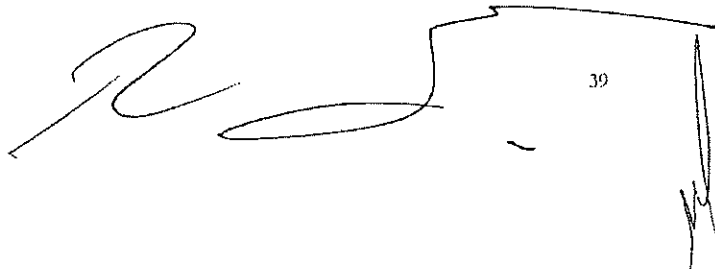
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

cargo del Fondo, en su calidad de fideicomitente, y que, en consecuencia, éste asuma la integridad del costo actualizado de la culminación del Proyecto, a la fecha de ejecución del laudo (a la fecha de presentación de la demanda, dicho importe ascendía a la suma de US\$ 3'437,856.66; recursos que deberán ser canalizados conforme está pactado en el punto 5.1. del contrato de fideicomiso). Por lo que el Tribunal no encuentra fundamento para amparar la segunda pretensión principal de la demanda.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, EN CASO EL TRIBUNAL DESESTIME LA SEGUNDA PRETENSIÓN, QUE ORDENE QUE EL FONDO CUMPLA CON PAGAR UNA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS, POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES, POR UN MONTO ASCENDENTE A US\$ 3'437,856.66

Posición de Veritas

- 3.90. Que el demandante sostiene que el Fondo le ha causado serios daños y perjuicios, alegando, para ello, que se han configurado los cuatro elementos comunes de la responsabilidad civil: antijuricidad, daño, nexo causal y factor de atribución.
- 3.91. Que, en relación a la antijuricidad (que es definida como la disconformidad entre la conducta del agente y el ordenamiento jurídico, pues una conducta es antijurídica cuando violenta el sistema jurídico en su totalidad), Veritas establece que el Fondo no cumplió con la obligación de llevar a cabo los desembolsos, tal como lo estipulaba el Contrato; así como tampoco realizó a tiempo los desembolsos a los que estaba obligado, toda vez que se desembolsó los ahorros en un tiempo de quince meses, cuando los fondos debieron estar disponibles al inicio del Fideicomiso, es decir, el 21 de



39

Tribunal Arbitral:


Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

febrero de 2006, de acuerdo a lo indicado en el cronograma de obra del Contrato. Asimismo, como tercer incumplimiento, Veritas afirma que el Fondo, en su calidad de Mejorador (y ya no de Fideicomitente), no cumplió con garantizar que la cuenta de administración tuviera recursos necesarios para financiar la culminación del Proyecto (sobre este punto, el demandante señala que en el mes de noviembre del 2007, cuando el Fiduciario (Bancomer) le solicitó cumplir su obligación de Mejorador, el Fondo no lo hizo, conforme consta en el documento denominado «Rendición de Cuentas», el cual está contenido en la Carta n.º 137-07-2010-DF/BC —Anexo 1-N del escrito de demanda—).

- 3.92. Que Veritas también precisa, mediante escrito de alegatos finales, que el Fondo no cumplió con entregar la totalidad del aporte comprometido en el Contrato, quedando por desembolsar la suma de US\$ 719,346.00, correspondientes a 112 Ahorros y BFH, que corresponden a los beneficiarios excluidos en la Adenda 2.
- 3.93. Que, en segundo lugar, en relación al daño (elemento central en la responsabilidad civil, pues sólo cuando se acredite, se puede estar realmente ante un supuesto de responsabilidad), debe tenerse en cuenta la existencia de dos tipos: el patrimonial y el extrapatrimonial. En ese sentido, debe precisarse que el daño patrimonial es la lesión a derechos de naturaleza económica y se califica en daño emergente, que es la disminución en la esfera patrimonial de la víctima como consecuencia directa del daño, y en lucro cesante, que puede definirse como lo dejado de percibir.
- 3.94. Que, en el presente caso, Veritas solicita una indemnización por daños y perjuicios por concepto de daño emergente, es decir por la disminución



40



Tribunal Arbitral:

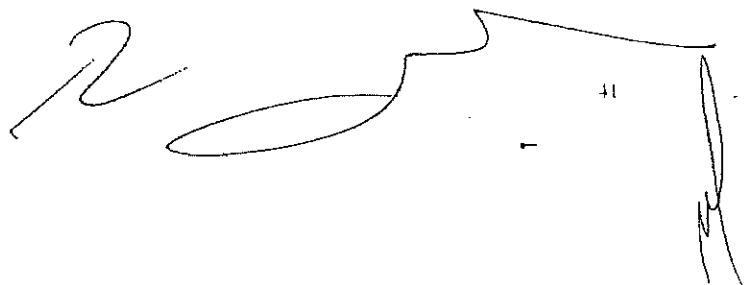
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

patrimonial sobreviniente como consecuencia del incumplimiento del Fondo. Así, el daño emergente, según el demandante, se produce por el incumplimiento deliberado (doloso) del Fondo en la ejecución de sus obligaciones como Fideicomitente, lo cual produjo una desfinanciación del Proyecto y una paralización definitiva del mismo. Es por ello que el Fondo debe cumplir con indemnizar con un importe equivalente al necesario para concluir el Proyecto, suma que en la actualidad asciende a US\$ 3'437,856.66, la misma que deberá ser actualizada en el momento de ejecución del Laudo.

3.95. Que, por otra parte, Veritas señala que el daño extrapatrimonial es aquél que lesiona los derechos o legítimos intereses de naturaleza no patrimonial de las personas naturales o jurídicas, lo cual en el caso particular puede entenderse como el daño a la imagen corporativa y comercial de Veritas, pues desde el año 2007 hasta la fecha, su imagen se ha visto afectada por innumerables publicaciones periodísticas en las que se le considera como una empresa que ha dejado una obra inconclusa en perjuicio de personas de escasos recursos, quienes han visto frustrados sus legítimos deseos de cumplir el sueño de la casa propia.

3.96. Que, en relación al nexo causal, también conocido como relación de causalidad, se trata de la relación causa-efecto que debe existir entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima. Así, el demandante señala que la prueba que demuestra indiscutiblemente el nexo causal está representada por el siguiente extracto del informe de rendición de cuentas elaborado por el Fiduciario (Bancomer):

"Como veremos más adelante, el FMV no cumplió con sus obligaciones contenidas en El Contrato y en la Adenda indicada

A large, stylized handwritten signature or scribble in black ink, located at the bottom right of the page. It consists of several loops and a long horizontal stroke.

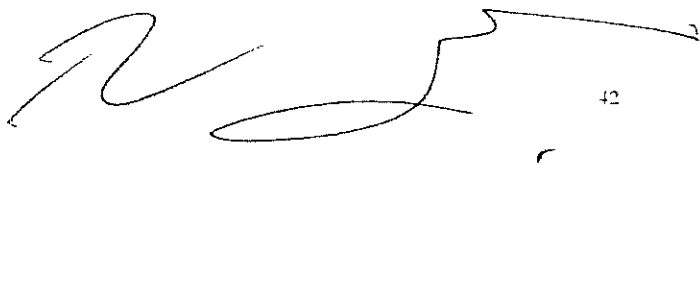
Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

en el numeral precedente, por lo que el Proyecto quedó virtualmente paralizado desde el mes de junio de 2007, por falta de recursos”.

- 3.97. Que, en lo relativo al factor de atribución, Veritas invoca en su escrito de demanda el artículo 1969 del Código Civil, a través del cual se establece que: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor». En ese sentido, Veritas sostiene que la normativa civil establece claramente que el Fondo se encuentra obligado a indemnizarlo por los daños ocasionados al haber actuado con dolo y/o culpa inexcusable (en el mejor de los casos), lo cual queda claramente evidenciado por la actitud del Fondo al no cumplir con desembolsar los fondos a los que se había obligado y luego al haberse negado de manera expresa e injustificada en constituirse como Mejorador.
- 3.98. Que, por todo lo antes expuesto, Veritas solicita como pretensión indemnizatoria contenida en la pretensión subordinada de su segunda pretensión, el pago, por concepto de daño emergente, de la suma de US\$ 3'437,856.66.

Posición del Fondo

- 3.99. Que, en relación a la demora en efectuar los desembolsos de los BFH y Ahorros, el Fondo sostiene que está fuera de discusión que cumplió con realizar los desembolsos a los que estaba obligado, pues éste siguió el procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley n.º 27829, Ley de Creación del Bono Familiar Habitacional (aprobado por D.S. n.º 014-2005-VIVIENDA) y en el Reglamento Operativo del Bono Familiar Habitacional

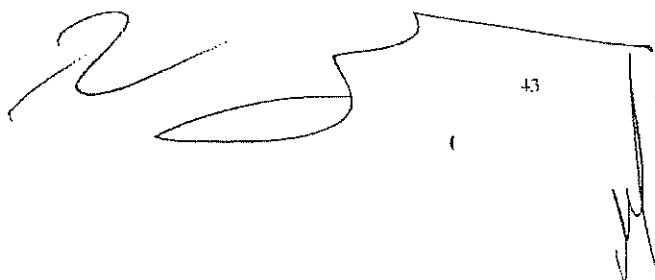


42

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

(aprobado por Resolución Ministerial n.º 215-2005-VIVIENDA), las cuales son normas de orden público, que Veritas debía observar en su condición de Promotor.

- 3.100. Que, debe tenerse en cuenta que el Promotor no presentó los 493 expedientes respecto a los adquirentes/beneficiarios, de manera inmediata y simultánea. Adernás, éstos no siempre cumplían con los requisitos que la ley exigía; por ejemplo, algunos de los beneficiarios del Programa Techo Propio perdieron el BFH por falta de ahorro, o los beneficiarios se retiraban del programa, lo cual se encuentra acreditado con la Carta n.º 673-2006-FMV/GO, de fecha 21 de julio de 2006, remitida por el Fondo a Veritas (Anexo 1-Q del escrito de contestación de demanda).
- 3.101. Que también debe tenerse en cuenta que en algunas ocasiones, beneficiarios no calificaban para acceder a los BFH, tal como se aprecia de la Carta n.º 1534-2006-FMV/GG, de fecha 26 de julio de 2006, dirigida por el Fondo al MVCS (Anexo 1-R del escrito de contestación de demanda). En los casos en que los beneficiarios renunciaban al BFH, el Promotor (Veritas) debía reemplazarlos por otros, adjuntando nuevos expedientes, debiendo cumplir con las mismas exigencias previstas por la ley. Sin embargo, al 16 de agosto de 2006 se encontraba pendiente la presentación de documentación, ya sea parcial o total, de los expedientes de 125 beneficiarios del programa.
- 3.102. Que, por otro lado, el Fondo sostiene también que el MVCS tardó en algunas oportunidades en aprobar las solicitudes de desembolso hasta más de un mes, lo cual se encuentra acreditado en el Memorando n.º 005-2006-FMV/JCC (Anexo 1-S del escrito de contestación de demanda). Asimismo, señala que el Fondo requería necesariamente que el MVCS le transfiriese los fondos correspondientes a los BFH para proceder al



43

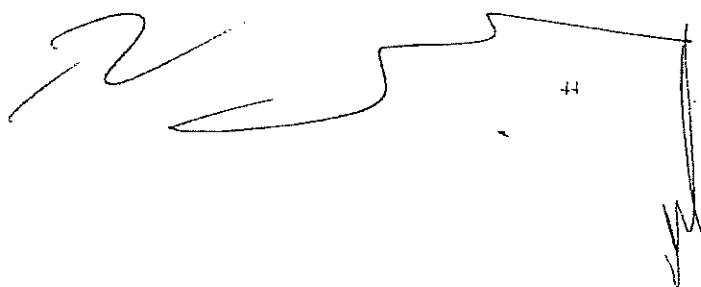
Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

posterior desembolso a favor del Fideicomiso. Lo mismo ocurría con el FOVIPOL, ya que tardaba en desembolsar los ahorros de sus asociados, en algunos casos hasta por tres meses, tal como se puede apreciar del Memorando n.º 005-2006-FMV/JCC (Anexo 1-S del escrito de demanda) y del Oficio n.º 748-2006-FOVIPOL/DP, de fecha 28 de noviembre de 2006 (Anexo 1-T del escrito de demanda).

3.103. Que, sobre el supuesto incumplimiento por parte del Fondo en su condición de Mejorador, el Fondo señala que si bien no ha sido demandado en su calidad de Mejorador, es importante señalar que Bancomer, en noviembre del 2007, solicitó la actuación del Fondo en calidad de Mejorador, no obstante éste informó a los nueve días hábiles siguientes que no podía actuar en tal condición, debido a que el Fiduciario no había cumplido con pagar la comisión a que se refiere en la cláusula 9.1, último párrafo, del Contrato, y que por tanto no le era exigible el cumplimiento de tal obligación.

3.104. Que el hecho de que el Fondo no haya actuado en su condición de Mejorador, no constituye un incumplimiento a su obligación, sino una decisión justificada en razón de no habersele abonado la comisión referida anteriormente, según consta del extracto contenido en el numeral 3.10 de la Rendición de Cuentas de Bancomer, que obra en calidad de Anexo 1 N del escrito de demanda de Veritas, cuando se señala que:

‘No obstante lo anterior, con fecha 19 de noviembre recibimos una respuesta del FMV distinta a las antes mencionadas, consistente en una negativa a cumplir con sus obligaciones como Mejorador que asumió en el Contrato de Fideicomiso, indicando que dicha negativa obedecía a que al no haber fondos en la



44

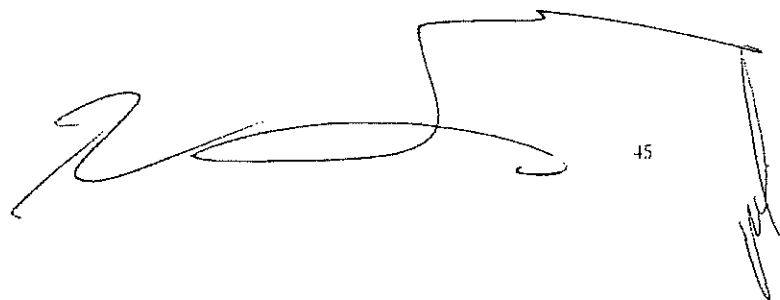
Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

cuenta administración, no había sido posible continuar con el pago de su comisión como Mejorador, motivo por el cual no podían cumplir con sus obligaciones.

Cabe indicar que el importe mensual al que ascendía la comisión del Mejorador era de US\$ 8,092.80 incluido el Impuesto General a la Ventas, y el monto pagado al FMV por este concepto sumó un total US\$ 48,556.80 (desde setiembre de 2006 hasta febrero 2007 inclusive)".

- 3.105. Que, sobre el supuesto daño emergente, el Fondo sostiene que del escrito de demanda se advierte que Veritas pretende que se le indemnice por concepto de daño emergente con una suma que en la actualidad asciende a US\$ 3'437,856.66. No obstante, el demandante confunde el término daño emergente, pues no se puede evidenciar de los actuados que dicha parte se haya empobrecido o efectuado gastos para reparar el supuesto daño sufrido.
- 3.106. Que, lo que en realidad Veritas está solicitando al Fondo es que asuma el costo total de las obras para la culminación del Proyecto.
- 3.107. Que, asimismo, el Fondo hace notar que Veritas pide que se le indemnice como consecuencia de que el Fondo ha incumplido con su condición de Fideicomitente mas no de Mejorador. Por tanto, se puede concluir lo siguiente:
- El Fondo cumplió con todas y cada una de sus obligaciones en su calidad de Fideicomitente, por lo que no se ha configurado conducta antijurídica alguna. Por tanto, no hay daño que resarcir.



45

Tribunal Arbitral:

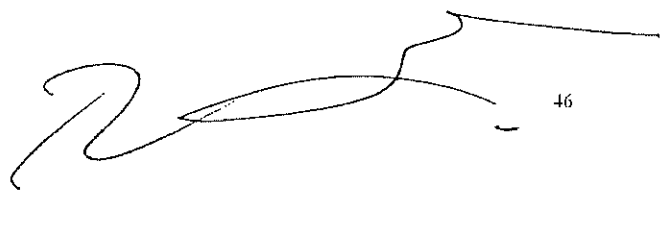
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- Veritas no ha desarrollado, explicado ni probado lo referente al supuesto daño que le habría ocasionado el Fondo en su condición de Mejorador (el monto indemnizatorio solicitado se limita exclusivamente al supuesto incumplimiento del Fondo en su calidad de Fideicomitente).

3.108. Que, el Fondo señala que Veritas solicita que el monto indemnizatorio sea utilizado para cumplir con la finalidad de culminar el Proyecto para bienestar de los beneficiarios y cumplimiento de la finalidad del fideicomiso. No obstante, no existe en doctrina o legislación, algún daño emergente que en lugar de buscar un resarcimiento procure el cumplimiento *in natura* de la prestación.

3.109. Que, en relación al supuesto daño extrapatrimonial ocasionado a Veritas, el Fondo establece que Veritas no ha cumplido con la carga de la prueba, pues no ha presentado las supuestas publicaciones periodísticas que acrediten el daño a su imagen; ni siquiera ha acreditado tener una imagen corporativa empresarial reconocida en el mercado y objeto de protección o reputación empresarial. Por tanto, al no haberse probado ninguno de los elementos de responsabilidad civil respecto del supuesto daño extrapatrimonial, su pretensión deviene en infundada.

3.110. Que, en lo relativo al supuesto nexo causal indicado por Veritas, el Fondo señala que Veritas ha hecho una lectura sesgada del texto que aparece en la «Rendición de Cuentas» que efectuó Bancomer, en donde sostiene que la única razón de que el Proyecto se haya paralizado, es porque el Fondo ha paralizado su obligación contractual. No obstante, Bancomer señala que dicho incumplimiento, atribuible al Fondo es en su condición de Mejorador. Por tanto, no se ha cumplido con probar el nexo causal, ya que



46

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

el Fondo no ha incumplido con sus obligaciones en calidad de Fideicomitente (única calidad respecto de la que Veritas pide monto indemnizatorio por daño emergente). Más aún, según lo señalado por Bancomer en su rendición de cuentas, la paralización de obras se debe a que Veritas, quien actuaba como Promotor y Constructor del Proyecto, no cumplió con aportar los fondos necesarios para continuar con el Proyecto.

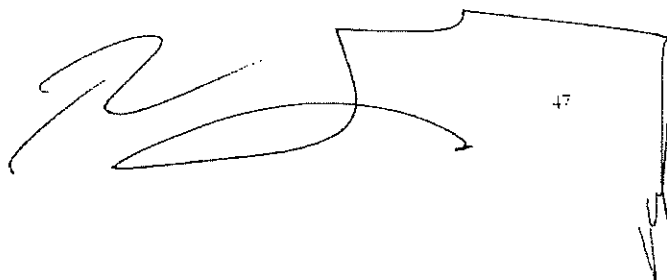
3.111. Que, en lo que respecta al factor de atribución alegado por Veritas, el Fondo indica que según aparece en el numeral 6.1.4 del escrito de demanda, Veritas señala que «El Fondo es quien se encuentra obligado a indemnizarnos por los daños ocasionados al haber actuado por dolo y/o culpa inexcusable. Así, ha quedado demostrado a lo largo de la presente demanda que el Fondo, primero no cumplió con poner los fondos a los que se había obligado al Fideicomiso; y segundo, se negó de manera expresa e injustificada en constituirse en Mejorador».

3.112. Que, al respecto, el Fondo señala que no cabe hacer imputaciones genéricas o abstractas del factor de atribución de responsabilidad, dado que no resulta posible atribuirle a una persona haber actuado con dolo y/o culpa inexcusable, pues o se imputa dolo, o se imputa culpa.

Posición del Tribunal Arbitral

3.113. Que, en principio, este Colegiado debe analizar si el Fondo incumplió o no su obligación en calidad de Fideicomitente.

3.114. Que, como se ha indicado al analizar la segunda pretensión principal planteada por el demandante (y que se refleja en el segundo punto materia de análisis fijado en el Acta de Determinación de las Cuestiones Materia de



47

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

Pronunciamiento del Tribunal Arbitral), este Tribunal ha determinado que efectivamente la obligación del Fondo, en calidad de Fideicomitente, se cumplió pero de manera tardía. Sin embargo, el Tribunal también ha determinado que las causas que determinaron el atraso no resultan imputables al Fondo, razón por la cual la segunda pretensión fue declarada infundada y, en consecuencia, no corresponde que se disponga el cumplimiento de la prestación a cargo del Fondo, en su calidad de fideicomitente, y, en consecuencia, no debe asumir íntegramente el costo actualizado de la culminación del Proyecto.

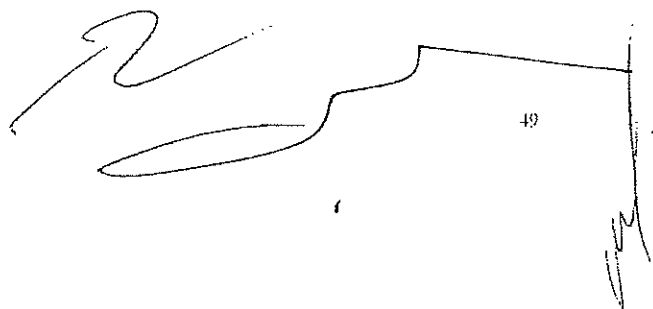
- 3.115. Que, el demandante se pone en este supuesto al plantear la pretensión bajo análisis, razón por la cual solicita que en caso el tribunal desestime la segunda pretensión, ordene que el fondo cumpla con pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados, por el incumplimiento de sus obligaciones, por un monto ascendente a US\$ 3'437,856.66.
- 3.116. Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde analizar si es que efectivamente existe un daño que acarrea como consecuencia una indemnización y para ello se hace necesario realizar algunas precisiones en torno a aspectos propios de la responsabilidad civil.
- 3.117. Que un análisis de responsabilidad supone la verificación de dos momentos o etapas que implican un análisis *ex post facto*: uno primero de análisis material, en donde debe evaluarse el daño mismo, a fin de verificar si éste cumple con los requisitos exigidos por la norma para calificar como daño resarcible; luego debe identificarse el hecho generador que lo provocó; para posteriormente analizar si existe relación de causalidad entre ambos eventos. Como resultado de esta actividad se logrará individualizar al causante del daño. Un segundo momento del análisis de responsabilidad

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

se identifica en el denominado «juicio de responsabilidad», que no es otra cosa que un análisis de imputabilidad en donde se individualiza al sujeto que deberá asumir el coste del daño y, por lo tanto, asumir la calidad de responsable. En esta segunda etapa debe decidirse sobre el criterio de imputación a utilizarse.

- 3.118. Que, en ese sentido, dentro de la primera etapa del análisis de todo evento de responsabilidad, se involucran los elementos de ésta conocidos, como el daño, el hecho generador y la relación de causalidad. Entre éstos, debe evaluarse, en primer lugar, si el daño cumple con determinados requisitos para calificar como daño resarcible, a saber: i) certeza; ii) subsistencia; iii) especialidad y; iv) injusticia del daño.
- 3.119. Que, luego, en segundo lugar y, siempre dentro del análisis material del evento de responsabilidad, debe evaluarse el hecho generador, que constituye aquel supuesto que en principio se considera como el antecedente material provocador del resultado dañoso. Dicho concepto guarda íntima relación con el de relación de causalidad, por cuanto en verdad se determina al hecho generador del daño luego de haberse realizado un análisis en retrospectiva que permita justamente identificar a dicho hecho, es decir, luego de haber evaluado (retrospectivamente) los posibles eventos que pudieron provocar el menoscabo en el interés de la víctima, utilizando para ello el razonamiento causal permitido por la norma para un determinado régimen de responsabilidad.
- 3.120. Que, en la segunda etapa de análisis de imputabilidad, corresponde evaluar si conforme a la normatividad del caso debe aplicarse un criterio de imputación subjetivo u objetivo, debiéndose adelantar que, en lo que



49

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

respecta a la responsabilidad contractual, la normatividad peruana ha acogido casi en su totalidad un criterio de imputación subjetivo: la culpa.

3.121. Que debe tenerse presente que, en vista de que el primero de todos los elementos de la responsabilidad civil antes citados es el daño, si él no es acreditado en su certeza fáctica y su certeza lógica, no tiene sentido mover todo el aparato de la responsabilidad civil, pues se concluirá que no existe daño que se tenga que resarcir. En tal sentido, se desarrollará los alcances de las nociones de daño emergente, lucro cesante y daño no patrimonial, a efectos de determinar si en el presente caso Veritas cumplió con acreditar el daño que invoca.

3.122. Que, en tal sentido, debe señalarse que, respecto al daño, éste es conceptualizado de manera general como todo perjuicio o menoscabo que sufre un individuo, ya sea en su entidad psicosomática o en su patrimonio. En tal sentido, el daño implica una calificación que realiza un sujeto respecto a las consecuencias que conlleva un determinado evento respecto a su situación precedente, es decir, luego de la formulación de un juicio de disvalor sobre el suceso dañoso y, por lo tanto, sobre la exigencia de intervenir.¹¹

3.123. Que, en relación al requisito de la certeza del daño, debe indicarse que este requisito requiere la demostración del daño como suceso, entendido éste de manera fáctica como lógica. El Colegiado considera necesario que se realice la distinción entre daño emergente y lucro cesante con relación a este requisito, al ser diferente el tipo de certeza requerida para la

¹¹ Cfr. SAJ.VI, Cesare. «El Daño». En *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León. Lima: ARA Editores, 2001, p. 286.

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

demostración sobre los alcances del daño, aun cuando estos dos aspectos del daño resarcible están más bien referidos al contenido del resarcimiento.

3.124. Que, en efecto, en lo que respecta al concepto de daño emergente, en cuanto a su diferenciación con el concepto de lucro cesante, debe tenerse presente que es pacífico en la doctrina reconocer que el daño al patrimonio abarca, en principio, esos dos grandes conceptos. Por daño emergente, debe entenderse el empobrecimiento que sufre el damnificado como consecuencia directa y súbita del daño; esto es, que dicho evento sustrae una entidad que ya tenía el damnificado¹² o, lo que es lo mismo decir, al momento del siniestro, el damnificado sufre una pérdida de valores que ya tenía y que bien está representada en los gastos afrontados.¹³ En cambio, por lucro cesante debe entenderse a todo aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino¹⁴; esto es, que dicho evento impide que nuevos elementos o nuevas utilidades sean adquiridas y gozadas por el damnificado o, lo que es lo mismo decir, lo que el damnificado, desde el momento del siniestro, no conseguirá más, respecto a las utilidades que normalmente lo habrían beneficiado.¹⁵

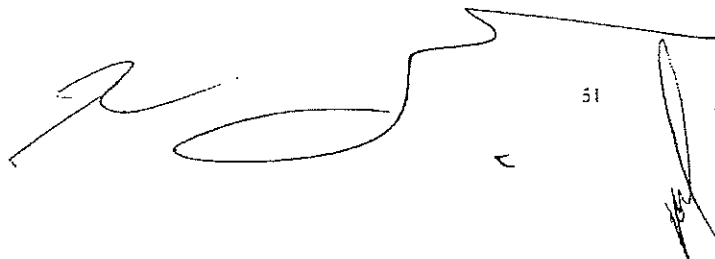
3.125. Que resulta entonces claro para la doctrina el entendimiento uniforme que el daño emergente representa siempre la pérdida de una utilidad que el damnificado ya tenía al momento de acontecer el daño, mientras que el lucro cesante se refiere a una utilidad que el damnificado presumiblemente hubiera adquirido en el futuro de no haber acaecido el evento dañoso. En este sentido, para la procedencia de la indemnización del daño resarcible,

¹² Cfr. FRANZONI, Massimo. *Il Danno al Patrimonio*. Milano: Giuffrè Editore S.A., 1996, p. 179.

¹³ Ídem, p. 181.

¹⁴ Cfr. DE TRAZEGNIBS GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, tomo II, p. 37.

¹⁵ Cfr. FRANZONI, Massimo. *Op. cit.*, p. 181.



51

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

en sus manifestaciones de daño emergente y lucro cesante, cobra especial relevancia la probanza de la certeza del daño, lo que significa decir que los únicos daños resarcibles serán los daños que tengan certeza fáctica y lógica y, además, hayan sido probados en su existencia.

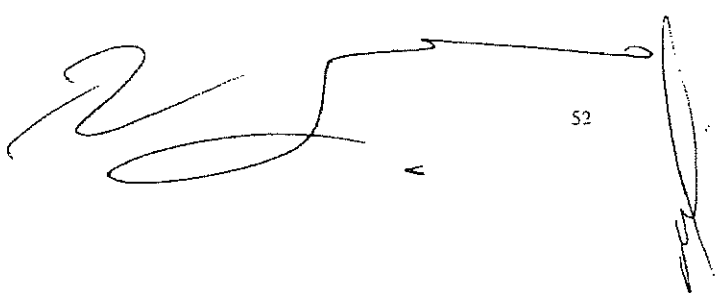
3.126. Que lo anteriormente señalado significa que la problemática de la certeza del daño, en cuanto requisito del daño resarcible, apunta a la probanza de la existencia del daño y no a su monto o cuantía; problemática ésta (la del *quantum*) vinculada más bien a la de la extensión del daño resarcible. La certeza del daño equivale, pues, a su existencia, la cual debe ser probada tanto como:

- Acaecer fáctico; esto es, como suceso que provocará la privación efectiva de un bien jurídico¹⁶; y
- Acaecer lógico; esto es, que el daño —como hecho consecuencia— sea una derivación necesaria del hecho que lo produjo (hecho causal).

3.127. Que queda excluido como daño resarcible el denominado daño eventual o hipotético, entendido como aquél que depende de acontecimientos imposibles de apreciar o determinar como consecuencia lógica y natural del hecho dañoso, lo que significa que el daño, como evento resultado, será material y lógicamente imposible de ser probado.

3.128. Que resulta evidente que, tratándose del resarcimiento del daño, el actor debe aportar la prueba de la certeza del daño. La certeza del daño emergente, toda vez que éste se trata de un evento que sustrae una entidad

¹⁶ Cfr. ZANNONI, Eduardo. *El Daño en la Responsabilidad Civil*. 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987, p. 51.



Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

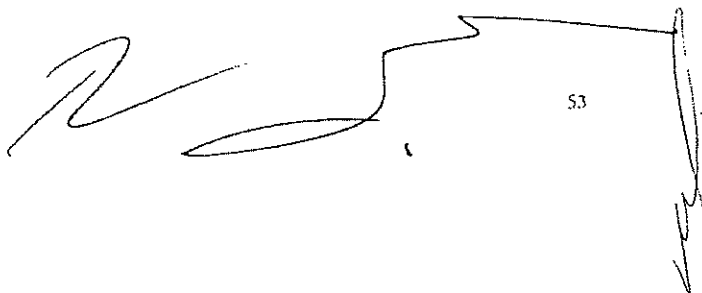
Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

o utilidad que ya tenía el damnificado antes de la comisión del daño, apunta justamente a la necesidad de probanza de la existencia de dicha utilidad al momento del daño y su consecuente pérdida. En cambio, la probanza de la certeza del lucro cesante, no puede estar referida a acreditar la existencia de utilidades perdidas que no se tenían al momento del siniestro. Más bien, como ha afirmado Franzoni, en el lucro cesante, la prueba que va dada a los fines de la certeza del daño, no se refiere al lucro en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios a fin de que se produzca. La certeza de la falta de ganancia no puede jamás ser obtenida del mismo modo que para las pérdidas sufridas, dado que estas últimas existen ya al momento del siniestro en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante no ha entrado ni entrará en su patrimonio, sino en la forma de resarcimiento. Certeza del daño con relación al lucro cesante significa, pues, garantía acerca de la subsistencia de los presupuestos para su producción a futuro.¹⁷

3.129. Que resulta evidente que el objeto de la prueba a que queda sometida la víctima en materia de responsabilidad es diversa, según se trate de la probanza del daño emergente o del lucro cesante. Tratándose de la prueba del daño emergente, se aporta una prueba histórica directa, dirigida a acreditar la existencia del daño como suceso que sustrae una entidad que la víctima ya poseía al momento de acaecer el daño. Por ello, normalmente (aunque no siempre), con esta prueba se acredita no sólo el *quid*, sino el *quantum* del daño. En cambio, tratándose de la probanza del lucro cesante, éste queda circunscrito a la probanza de los hechos constitutivos del lucro; esto es, a las circunstancias que motivan la falta de ganancia.

¹⁷ Cfr. FRANZONI, Massimo. *Fatti Illeciti. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quarto: Obbligazioni art. 2043-2059*. Roma: Zanichelli Editore-Bologna e Il Foro Italiano, 1993, p. 823.

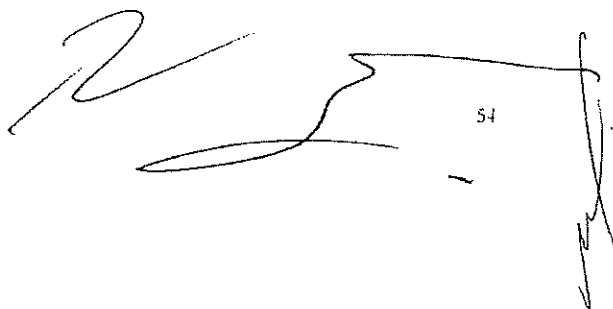


53

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- 3.130. Que, en cuanto al daño no patrimonial, se está ante aquél menoscabo que afecta la integridad de todo sujeto de derecho y/o lesiona valores y derechos fundamentales inherentes a aquél, digno de protección bajo la tutela resarcitoria.
- 3.131. Que la doctrina contemporánea entiende que el daño no patrimonial no se agota en los conceptos de daño a la persona y daño moral, toda vez que resulta necesario proporcionar tutela resarcitoria a otros sujetos de derecho ajenos a la persona natural: (i) el concebido y (ii) la persona jurídica.
- 3.132. Que la persona jurídica, en tanto sujeto de derecho, tiene la prerrogativa de exigir la actuación del ordenamiento jurídico en caso se vea afectado por una conducta dañosa que afecte su calidad de sujeto, no en su patrimonio, sino en su entidad, esto es, en su prestigio y buen nombre comercial.
- 3.133. Que hoy es pacíficamente admitido que puede hablarse de daño no patrimonial de la persona jurídica, siempre que se afecten derechos personales de los que ésta es titular; más allá de que hoy se convenga más bien en hablar de un daño no patrimonial residual a las personas jurídicas, antes que un daño moral a las personas jurídicas.
- 3.134. Que a fin de confirmar el derecho al resarcimiento por daños por parte de la persona jurídica, debe tenerse presente la regulación constitucional y civil en sede nacional.
- 3.135. Que al respecto, debemos recordar que el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, señala que toda persona tiene



54

Tribunal Arbitral:

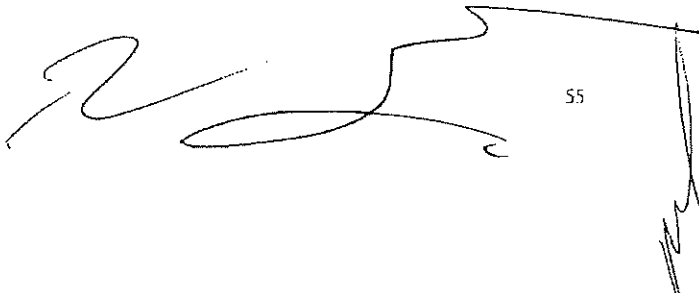
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.

3.136. Que dicha norma constitucional efectúa la distinción entre el derecho al honor y el derecho a la buena reputación, sin indicar si pueden ser titulares de dichos derechos únicamente las personas naturales o si aquéllos pueden ser predicados respecto de las personas jurídicas.

3.137. Que debe precisarse que honor es la consideración que la persona tiene respecto de sí misma (o llamado por algunos la faz interior o subjetiva del derecho al honor), siendo la buena reputación la consideración que terceros tienen respecto de la persona en cuestión (o llamado por otros la faz externa u objetiva del derecho al honor). Si bien no puede afirmarse que la persona jurídica pueda ser titular del derecho al honor, desde el punto de vista subjetivo, por cuanto resulta imposible cierta actividad psicológica que aquélla pueda desplegar para realizar cierta consideración sobre sí misma, resulta indiscutible que la persona moral sí es pasible de ser titular del derecho a la buena reputación, toda vez que el despliegue de dicho derecho tiene como base la consideración que terceros puedan tener de aquélla.

3.138. Que, en ese sentido, cabe señalar que en vista de que la persona jurídica puede ser titular del derecho a la buena reputación, lo mismo ocurre con los derechos a la imagen y al buen nombre comercial, toda vez que estos derechos en sustancia consisten en la consideración que el público tiene o pueda tener de una persona jurídica en particular. En tal sentido, en la medida de que, tal y como se señaló en considerandos precedentes, dado que el daño no patrimonial consiste en la afectación de derechos de la personalidad y aun cuando no sean susceptibles de valoración económica



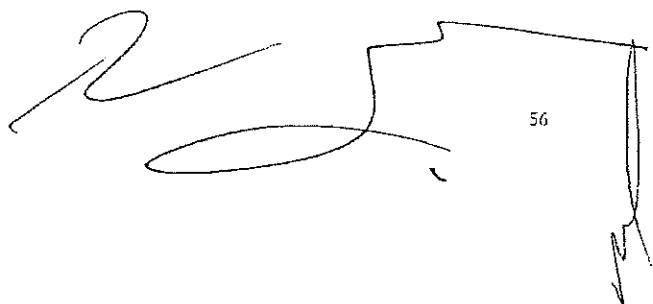
Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

per se, el menoscabo a la buena reputación, imagen y buen nombre de la persona jurídica resultan susceptibles de reparación.

3.139. Que realizada esta precisión, corresponde ahora desarrollar los alcances del requisito de la certeza del daño no patrimonial, especialmente en lo que respecta al daño no patrimonial a la persona jurídica.

3.140. Que este Colegiado sostiene que si bien el requisito de la certeza del daño (certeza en el *quid*) exige que la víctima acredite el daño como evento, es decir, como acaecer fáctico en términos materiales, cuando la entidad afectada por el daño se encuentra constituida por el fuero interno, la integridad y, en general, los derechos personales del sujeto de derecho, la acreditación de la certeza fáctica del daño exige únicamente la probanza del hecho generador de la situación dañosa. La razón de ello estriba en el hecho de que resulta común y normal en el devenir de la experiencia, que la simple afectación de los derechos de la personalidad jurídica por causa de un evento, genera de por sí una situación de menoscabo. Por ello, resulta suficiente acreditar el hecho generador invocado o ilícito para probar el daño no patrimonial. Ello, por cuanto se asume que el hecho generador tiene una cualidad tal que es idóneo para menoscabar la esfera no patrimonial de la víctima.

3.141. Que el daño no patrimonial de la persona jurídica califica como un daño *in re ipsa*, por cuanto al ser la persona jurídica un sujeto de derecho pasible de ser titular de determinados derechos personales, bastará la verificación en los hechos de un evento dañoso con potencialidad para afectar tales derechos, para que la afectación de estos últimos se entienda realizada. Evidentemente, ello parte del presupuesto de que la víctima, en tanto ente



56

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

ideal, acredite contar con las condiciones necesarias para ejercer la titularidad de sus derechos personales.

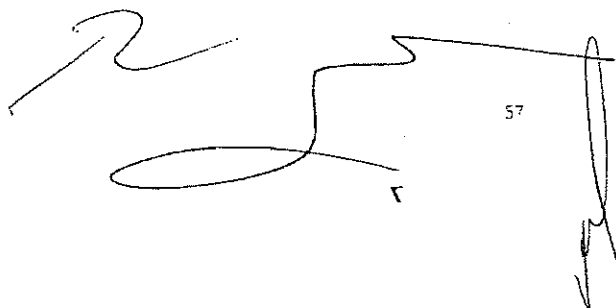
3.142. Que, como primera conclusión, este Colegiado considera que en abstracto una persona jurídica puede sufrir un daño patrimonial y extrapatrimonial. Es decir, Veritas puede ser pasible de ser resarcido si es que ha sufrido un daño que pueda ser probado.

3.143. Que, teniendo en cuenta estas consideraciones, corresponde ahora analizar si el Fondo ha causado daños y perjuicios a Veritas, tarea que debe iniciarse analizando los elementos típicos de la responsabilidad civil.

3.144. Que, en relación a la antijuricidad, Veritas imputa al Fondo que éste es causante de una conducta antijurídica, la cual se configuró al momento en que el Fondo incumplió su obligación de entregar los desembolsos según lo dispuesto por el Contrato; a lo que se debe agregar que el referido desembolso parcial efectuado por el FMV se realizó de manera tardía.

3.145. Que, sobre este particular, debemos recordar nuestras apreciaciones con motivo del análisis de la segunda cuestión controvertida, y es que, si bien es cierto que el Fondo demoró en más de una ocasión en entregar los desembolsos del BFH y FOVIPOL, estas demoras no fueron imputables al Fondo, por lo que no se le puede responsabilizar por tales hechos. Así, para que un daño sea resarcible, es esencial e inexcusable que éste haya sido causado por un hecho ilegítimo, antijurídico o no justificado. Ello, porque si el daño fuera legítimo o estuviera justificado, la víctima tendría el deber de soportarlo y el dañador no podría ser responsabilizado.¹⁸

¹⁸ Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Hugo. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 4ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 116.

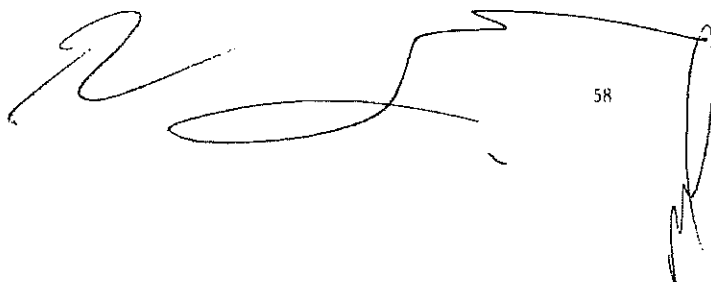


57

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- 3.146. Que, en ese sentido, este Colegiado no puede comprobar y no se evidencia de manera irrefutable, que el Fondo haya incurrido en una conducta antijurídica, toda vez que hubo factores externos a su esfera de control, lo cual originó la demora en los desembolsos BFH y FOVIPOL.
- 3.147. Que si bien el demandante ha presentado una serie de pruebas como testimonios e informes periciales con la finalidad de sustentar su posición, ha quedado demostrado que el Fondo no es responsable de ello. Es más, se observa que en algunos casos Veritas incumple con presentar a tiempo los expedientes de los adquirentes. Así, el hecho de que el MVCS no cumplió a tiempo con desembolsar los ahorros del BFH, y también que el FOVIPOL tardó en desembolsar los ahorros de sus agremiados. Inclusive, los adquirentes no siempre cumplían con los requisitos que exigía la ley vigente; más aún, algunos renunciaron al programa Techo Propio (véase, por ejemplo, la Carta n.º 673-2006-FMV/GO, de fecha 21 de julio de 2006, y la carta n.º 1534-2006-FMV/GG, de fecha 26 de julio de 2006), y Veritas debía reemplazarlos por otros, lo cual nunca sucedió de manera inmediata.
- 3.148. Que, en ese orden de ideas, el primer factor de responsabilidad relativo a la conducta antijurídica, no se encuentra presente en el caso bajo análisis.
- 3.149. Que, en relación al daño, no se ha probado la existencia de éste, por cuanto al haber cumplido el Fondo con sus prestaciones en calidad de Fideicomitente, Veritas no ha podido demostrar de manera fehaciente que se ha producido un daño. Máxime, si se tiene en cuenta que las alegaciones que esboza en sus diversos escritos y que se relacionan a esta pretensión no tienen un correlato probatorio que cree en el juzgador una idea lo suficientemente clara como para amparar su pretensión. Ello ocurre tanto



58

Tribunal Arbitral:

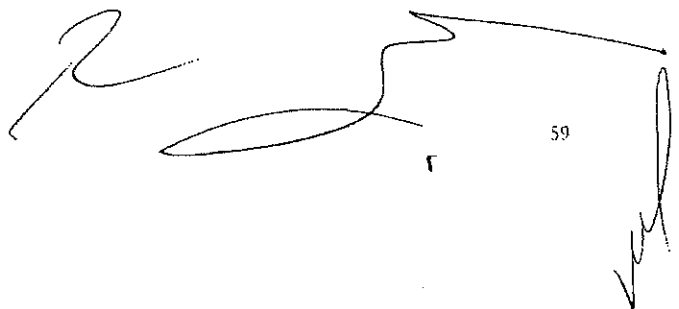
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

en lo relativo al daño patrimonial, como en lo referido al daño extrapatrimonial, y es que si bien es cierto —como lo hemos anotado— que Veritas puede ser pasible de ser resarcido por ambos conceptos, también es cierto que para que ello ocurra se debe probar el daño sufrido, y no sólo mencionarlo.

3.150. Que, en relación al nexo causal y al factor de atribución, este Colegiado considera que no corresponde pronunciarse sobre ellos, ya que al no encontrarse presentes los elementos de antijuricidad y daño, no tendría sentido alguno analizar los otros dos elementos de la responsabilidad, por cuanto se vinculan directamente con los ya analizados y respecto de los cuales no se tiene certeza de que existan en este caso.

3.151. Que, en base a todas estas consideraciones, el Tribunal declara infundada la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de Veritas y, por consiguiente, no corresponde ordenar al Fondo que cumpla con pagar una indemnización por daños y perjuicios causados por el incumplimiento de sus obligaciones por un monto ascendente a US\$ 3'437,856.66.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, EN CUMPLIMIENTO DEL PUNTO 5.1. DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO, ORDENAR LA TRANSFERENCIA A FAVOR DE VERITAS, DE LOS CIENTO CUARENTA (140) LOTES QUE FORMAN PARTE DEL INMUEBLE NO UTILIZADO EN EL PROYECTO, Y A LOS QUE VERITAS TENDRÍA DERECHO AL HABER CULMINADO E INDEPENDIZADO IGUAL NÚMERO DE VIVIENDAS.



59

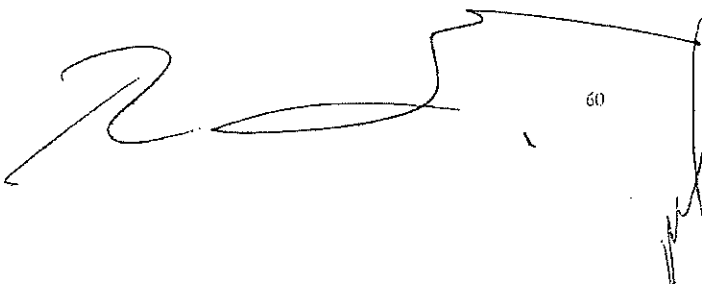
Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

Posición de Veritas

- 3.152. Que Veritas sostiene que de acuerdo a lo establecido en el punto 5.1. de la Cláusula Quinta del Contrato, la recepción de las unidades inmobiliarias terminadas e independizadas, generaría para Veritas el derecho a que se libere a su favor un número de lotes en el área del inmueble no utilizada en el Proyecto, de medidas equivalentes al número de las unidades inmobiliarias terminadas e independizadas.
- 3.153. Que Veritas ha concluido con la construcción de 140 viviendas, las cuales se encuentran independizadas y verificadas por el Fondo y FOVIPOL, cumpliéndose el supuesto de hecho regulado en la Cláusula Quinta del Contrato. Sin embargo, hasta la fecha éstas no han sido entregadas a Veritas, más aún cuando la culminación de dichas viviendas se acredita con los certificados de finalización de obra y las actas suscritas por los beneficiarios, según consta del Anexo 1-R del escrito de demanda.

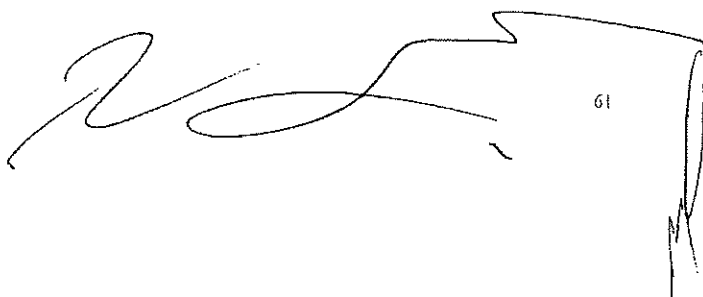
Posición del Fondo

- 3.154. Que para el Fondo, no corresponde transferir los 140 lotes a favor de Veritas, fundamentalmente porque no se ha cumplido con la finalidad del fideicomiso como consecuencia de una desfinanciación del Proyecto atribuible a Veritas.
- 3.155. Que el Fondo sostiene que hoy en día ejerce la función de Fiduciario, y es esta figura la única que puede disponer del patrimonio fideicometido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 252 de la Ley General del Sistema Financiero, y el Fondo ha sido demandado solamente en su calidad de FIDEICOMITENTE, mas no como Fiduciario.

 60

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- 3.156. Que en ese sentido, si Veritas no ha demandado al Fondo como Fiduciario, no es posible que se pueda disponer del patrimonio fideicometido, ya que el artículo 252 de la Ley General del Sistema Financiero otorga al Fiduciario plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la cual fue constituido el fideicomiso. Por ende, el Fiduciario es el único que puede disponer de los bienes que conforman el patrimonio fideicometido y, por tanto, es el único que una vez culminado el Proyecto, podrá transferir a favor de Veritas los lotes remanentes, si es que los hubiera.
- 3.157. Que para el Fondo, la cláusula 5.1 no quiere decir que se liberen los lotes a favor de Veritas conforme se va culminando cada inmueble, pues para ellos, dicha cláusula debe entenderse en el sentido de que estos lotes se liberarán una vez que el Proyecto sea culminado en su totalidad, es decir una vez que el fideicomiso cumpla su finalidad. Sería totalmente contraproducente que si Veritas no cumplió con construir la totalidad de viviendas, reciba de todos modos lotes no utilizados; por tanto, si la devolución de la parte del terreno que no estaba destinada a la ejecución del Proyecto se encontraba condicionada a la verificación del cumplimiento de la finalidad del Contrato de Fideicomiso y Veritas ha reconocido que sólo ha culminado la construcción y entrega de 140 viviendas, no es factible solicitar la devolución de parte del terreno remanente si el Proyecto no ha sido culminado y, por tanto, la finalidad del Contrato no se ha cumplido.
- 3.158. Que el Fondo indica que si bien es cierto que Veritas ha culminado 140 viviendas, la cláusula 5.1 del Contrato indica claramente que además de la conclusión de las obras, Veritas deberá cumplir con inscribir la



61

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

independización de las viviendas terminadas en Registros Públicos. No obstante, Veritas no ha acreditado la independización e inscripción en los Registros Públicos y menos el cumplimiento de la finalidad del Contrato; por tanto, no se puede proceder a entregarle los 140 lotes.

Posición del Tribunal Arbitral


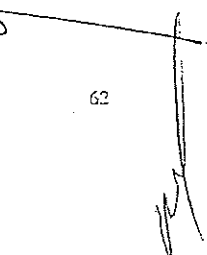
3.159. Que, en principio, este Colegiado considera pertinente recordar qué dice el Contrato en lo relativo a su finalidad, así como en lo que respecta a la Cláusula 5.1. A tales efectos, a continuación la transcripción de las partes más importantes:

Finalidad del Contrato

- (i) Que se desarrolle el Proyecto, se concluya íntegramente la obra que formará parte del Patrimonio Fideicometido y se cancelen las obligaciones que pueda tener el fideicomiso; y,
- (ii) Que una vez independizadas las unidades inmobiliarias, se suscriba la respectiva escritura pública de transferencia de propiedad, para este efecto, Bancomer administra los bienes aportados al patrimonio Fideicometido según lo estipulado en el presente Contrato

Cláusula 5.1. del Contrato

Se pueden efectuar recepciones parciales de la obra conforme se vaya terminando e independizando las

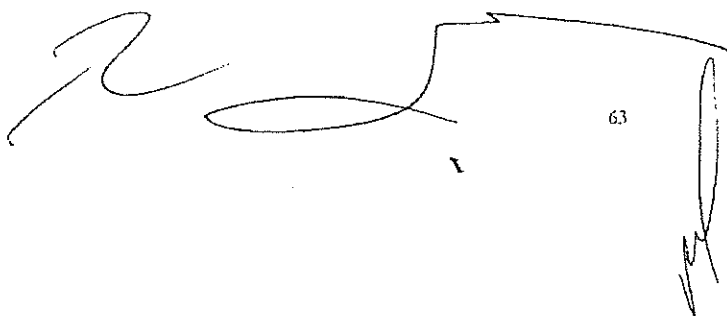

62


Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

unidades inmobiliarias. Conforme se vayan terminando e independizando las unidades inmobiliarias, Bancomer podrá suscribir las Escrituras Públicas de transferencia de propiedad y entregar a los adquirentes las unidades inmobiliarias, siempre que se cancele íntegramente el precio de la vivienda.

La recepción de las unidades inmobiliarias terminadas e independizadas en Registros Públicos, debidamente verificadas por el FMV y Fovipol, de acuerdo a lo establecido en esta cláusula, generará para el Promotor (VERITAS) el derecho de que se libere a su favor un número de lotes en el área del inmueble no utilizado en el Proyecto, de medidas equivalentes al número de las unidades inmobiliarias terminadas e independizadas, de medidas equivalentes al número de las unidades inmobiliarias terminadas e independizadas. La ubicación e independización de dicha área del inmuebles será determinada de mutuo acuerdo entre el FMV y el Promotor.

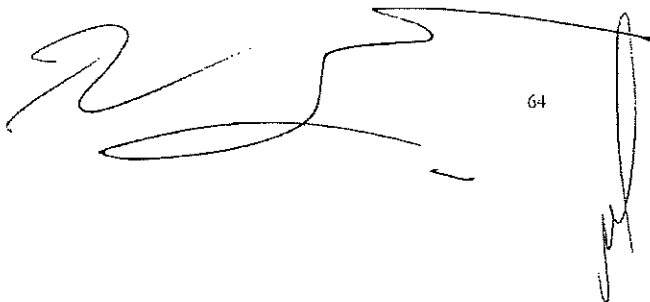
- 3.160. Que la cláusula 5.1. del Contrato establece dos condiciones para que opere la transferencia de los lotes que forman parte del inmueble no utilizado en el Proyecto.
- 3.161. Que, en primer lugar se hace referencia a unidades inmobiliarias terminadas y, en segundo lugar, se menciona que también debe tratarse de unidades inmobiliarias independizadas.



63

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- 3.162. Que, de acuerdo con la definición contenida en la cláusula 1.38 del Contrato, las unidades inmobiliarias serán aquellas que se independicen del inmueble en virtud al desarrollo del proyecto, compuestas por viviendas unifamiliares que serán entregadas y transferidas en propiedad por Bancomer a favor de los adquirentes.
- 3.163. Que, en ese sentido, una unidad inmobiliaria se debe considerar independizada cuando ésta corra inscrita en Registros Públicos en su correspondiente partida que le otorga existencia registral independiente, de manera que pueda inscribirse la compraventa de cada una de ellas que hayan celebrado los adquirentes. En efecto, la independización es el acto que consiste en abrir una partida registral para cada unidad inmobiliaria resultante de una desmembración de terreno.
- 3.164. Que, en el presente caso, Veritas ofrece como pruebas del cumplimiento de las dos condiciones para que opere el supuesto de hecho previsto en la cláusula 5.1, los siguientes documentos:
- Partida Electrónica N° 02285361 del Registro de Predios de Chiclayo, donde consta que el Inmueble materia del Proyecto, se encuentra debidamente independizado en 1,220 lotes y 726 estacionamientos.
 - Certificado de Finalización de Obra Parcial y Zonificación N° 05-2006 y N° 004, documentos emitidos por la Municipalidad de Pimentel que acredita la Conformidad de Obra y la culminación de 140 viviendas.
 - Actas de Conformidad de Vivienda Terminada suscritas por los beneficiarios del Proyecto, mediante las cuales se identifica a la



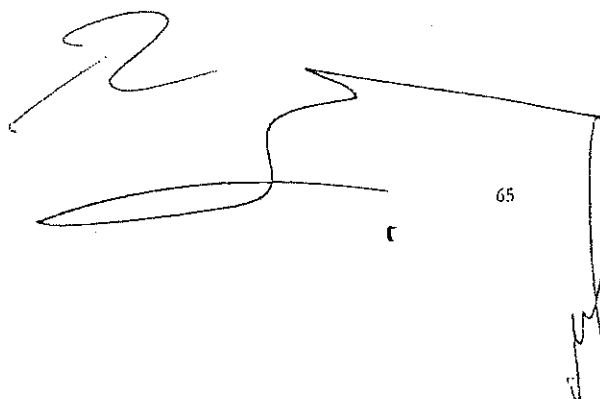
64

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Marlo Castillo Freyre

unidad inmobiliaria materia de la entrega y se deja constancia de la conformidad con la entrega y recepción de la vivienda.

- 3.165. Que, como se verá a continuación, el Tribunal ha verificado que está probado en autos que Veritas ha cumplido con terminar la construcción de 140 viviendas, pero sólo ha presentado 116 Actas de Conformidad de Viviendas Terminadas. También es cierto que se ha probado que las mismas se encuentran independizadas en partidas registrales independientes.
- 3.166. Que, en efecto de la lectura del escrito de demanda, en especial del anexo 1-R que a ella se adjunta, se tiene que el demandante presenta copia simple de los Certificados de Finalización de Obra Parcial y Zonificación N° 05-2006 de 112 Cascos Habitables de Módulos de Vivienda y el Certificado N° 004-por 28 Módulos de Vivienda, con que acredita la culminación de 140 viviendas.
- 3.167. Que, asimismo de la lectura del mismo anexo, se verifica la existencia de 117 Actas de Conformidad de Viviendas Terminadas suscritas por los beneficiarios del Proyecto Conjunto Residencial Las Garzas.
- 3.168. Que, además, mediante escrito presentado el 11 de octubre del 2013, Veritas ha cumplido con adjuntar la Partida Matriz de la Partida Registral n° 02285361, donde consta las independizaciones de los lotes correspondientes a 1220 Unidades Habitacionales y 726 estacionamientos. En dicha partida, el Tribunal comprueba que en el asiento B 00001 consta la Aclaración mediante la cual se identifica las partidas independizadas correspondientes a los lotes y estacionamientos.



65

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre


3.169. Que teniendo en cuenta estas pruebas, este Colegiado ha logrado corroborar la existencia de sólo 114 Unidades Inmobiliarias identificadas con su número de Lote, lo que permite su ubicación e individualización, correlacionado con su partida registral independiente al que le corresponde en la independización. Éstas son las que se transcriben a continuación:

	Lote	Partida Registral Independizada
1.	C0977	11058801
2.	C0253	11057977
3.	C0260	11057985
4.	C0974	11058798
5.	C0963	11058786
6.	C0966	11058789
7.	C0241	11057959
8.	C0016	11057697
9.	C0243	11057961
10.	C0252	11057976
11.	C0256	11057980
12.	C0258	11057983
13.	C0018	11057699
14.	C0001	11057656
15.	C0014	11057695
16.	C0259	11057984
17.	C0952	11058775
18.	C0964	11058787
19.	C0970	11058794
20.	C0024	11057705
21.	C0263	11057988
22.	C0271	11057997

Arbitraje seguido por Veritas Edificaciones S.A.C. y Fondo MiVivienda S.A.

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

23.	C0978	11058802
24.	C0032	11057713
25.	C0025	11057706
26.	C0027	11057708
27.	C0028	11057709
28.	C0013	11057694
29.	C0017	11057698
30.	C0951	11058774
31.	C0269	11057995
32.	C0242	11057960
33.	C0007	11057688
34.	C0029	11057710
35.	C0012	11057693
36.	C0983	11058807
37.	C0973	11058797
38.	C0981	11058805
39.	C0982	11058806
40.	C0985	11058809
41.	C0986	11058810
42.	C0990	11058814
43.	C0030	11057711
44.	C0980	11058804
45.	C0957	11058780
46.	C0276	11058004
47.	C0274	11058000
48.	C0989	11058813
49.	C0273	11057999
50.	C0275	11058003
51.	C0276	11058004

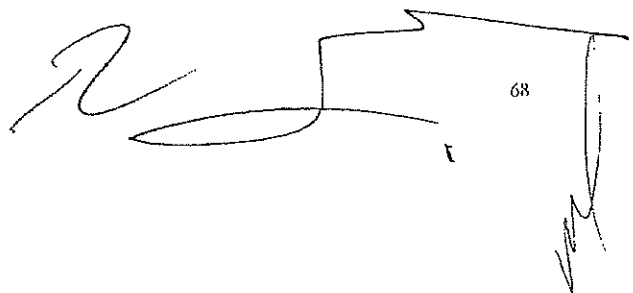


67

Arbitraje seguido por Veritas Edificaciones S.A.C. y Fondo MiVivienda S.A.

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

52.	C0004	11057685
53.	C0247	11057965
54.	C0002	11057683
55.	C0005	11057686
56.	C0010	11057691
57.	C0245	11057963
58.	C0006	11057687
59.	C0953	11058776
60.	C0975	11058799
61.	C0277	11058005
62.	C0971	11058795
63.	C0958	11058781
64.	C0008	11057689
65.	C0272	11057998
66.	C0031	11057712
67.	C0262	11057987
68.	C0267	11057993
69.	C0011	11057692
70.	C0264	11057989
71.	C1207	11059044
72.	C1192	11059029
73.	C1198	11059035
74.	C0036	11057717
75.	C1202	11059039
76.	C1203	11059040
77.	C1201	11059038
78.	C1194	11059031
79.	C0265	11057990
80.	C1191	11059028

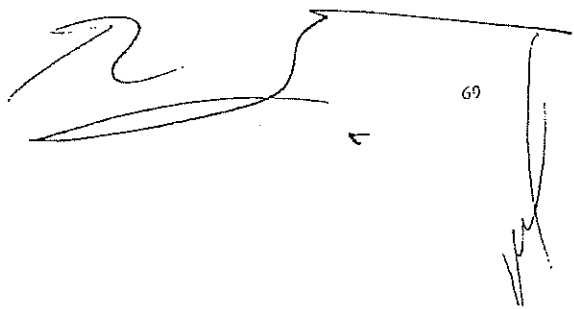


Handwritten signature and stamp area. The signature is written in black ink and appears to be 'R. Yzaga'. To the right of the signature is a rectangular stamp containing the number '68'.

Arbitraje seguido por Veritas Edificaciones S.A.C. y Fondo MiVivienda S.A.

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

81.	C0022	11057703
82.	C0039	11057720
83.	C1204	11059041
84.	C0035	11057716
85.	C0003	11057684
86.	C0270	11057996
87.	C1197	11059034
88.	C0279	11058007
89.	C0257	11057981
90.	C1205	11059042
91.	C1196	11059033
92.	C0015	11057696
93.	C1206	11059043
94.	C1195	11059032
95.	C1209	11059046
96.	C0246	11057964
97.	C0038	11057719
98.	C0040	11057721
99.	C0021	11057702
100.	C0956	11058779
101.	C1193	11059030
102.	C0034	11057715
103.	C0019	11057700
104.	C0969	11058793
105.	C0037	11057718
106.	C0987	11058811
107.	C0962	11058785
108.	C0261	11057986
109.	C1208	11059045



Handwritten signature and stamp area. The signature is written in black ink and appears to be 'R. Yzaga'. To the right of the signature is a rectangular stamp containing the number '69'.

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

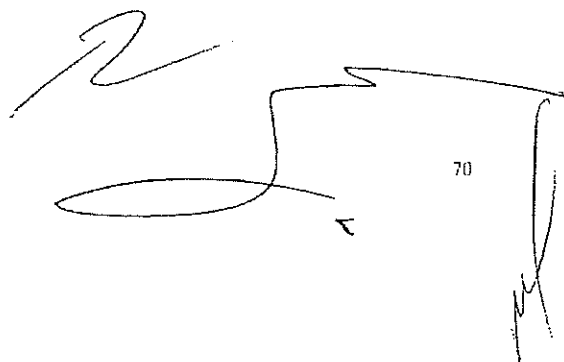
110.	C0976	11058800
111.	C1210	11059047
112.	C0248	11057971
113.	C0023	11057704
114.	C0967	11058791

Cabe resaltar que, de las pruebas que obran en el expediente, el Tribunal no ha logrado identificar las partidas registrales de los Lotes C0251 y C0268, pese a que los mismos cuentan con Acta de Conformidad.

3.170. Que, atendiendo a lo anterior, el Tribunal ha comprobado que el supuesto de hecho que habilita el derecho de que se libere a favor de Veritas un número de lotes en el área del inmueble no utilizado en el Proyecto, se presenta en este caso, puesto que se tiene que existen 114 viviendas concluidas con partidas registrales independientes.

3.171. Que, por otro lado, el Fondo argumenta que la cláusula 5.1 no quiere decir que se liberen los lotes a favor de Veritas conforme se vaya culminando cada inmueble, sino una vez que el Proyecto sea culminado.

3.172. Que este Colegiado aprecia que en la cláusula 5.1 se establece que Veritas tendrá el derecho —en su calidad de Promotor— de que se le libere un número de lotes en el área del inmueble no utilizado en el Proyecto, de medidas equivalentes al número de las unidades inmobiliarias terminadas e independizadas, cuando se produzcan entregas parciales. Por esa razón, el Tribunal no comparte la interpretación del Fondo que condiciona la liberación de lotes a que el Proyecto sea culminado, puesto que esta no es una condición establecida en el Contrato.

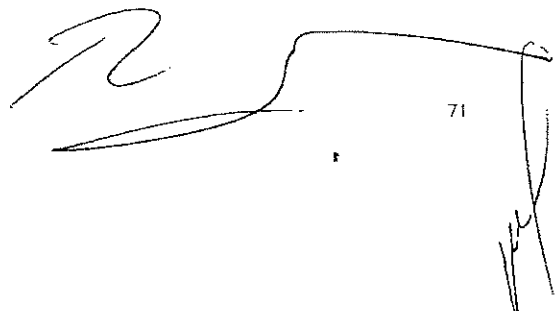


70

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- 3.173. Que ello es así, debido a que la misma cláusula 5.1 permite las entregas parciales conforme se vayan terminando e independizando unidades inmobiliarias, e indica que la liberación de los lotes procede cuando se produzca la recepción de las unidades inmobiliarias terminadas e independizadas conforme a lo establecido en la cláusula quinta.
- 3.174. Que, asimismo, el Fondo ha observado que ha sido demandado como Fideicomitente y que el único que puede disponer del patrimonio fideicometido es el Fiduciario.
- 3.175. Que, el contrato y los derechos y obligaciones que de él emanan deben evaluarse de acuerdo a las reglas de la buena fe, tal como lo establece el artículo 168 del Código Civil: "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe".
- 3.176. Que, en ese sentido, en lo referente a que el Fondo ahora actúa en calidad de Fiduciario y no ha sido demandado en tal calidad, el Tribunal considera que el demandado es el Fondo y sólo se le demanda en calidad de Fideicomitente en la Segunda Pretensión Principal y la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.
- 3.177. Que por las consideraciones expuestas, este Tribunal Arbitral determina que corresponde, en cumplimiento del punto 5.1. de la cláusula quinta del contrato de fideicomiso, ordenar que se libere a su favor un número de lotes en el área del Inmueble no utilizada en el Proyecto, de medidas equivalentes al número de las unidades inmobiliarias terminadas e independizadas, debiendo determinarse la ubicación e independización de dicha área, de mutuo acuerdo entre el Fondo y Veritas, tal como está estipulado en la



71

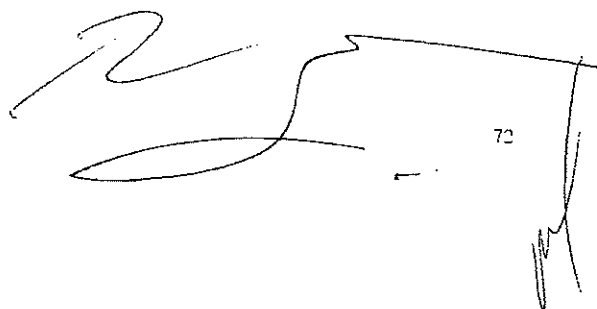
Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

cláusula 5.1, siendo conforme a ésta, los costos y gastos vinculados con la referida independización de cargo de Veritas. Por tanto, el Tribunal Arbitral llega a la conclusión de que la presente pretensión de la demanda debe ser declarada fundada en parte.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL DECLARE, QUE DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO, CONFORME SE VAYAN ENTREGANDO LAS UNIDADES INMOBILIARIAS DEBIDAMENTE TERMINADAS E INDEPENDIZADAS, SE TRANSFIERAN A FAVOR DE VERITAS LOS LOTES QUE FORMAN PARTE DEL INMUEBLE NO UTILIZADO EN EL PROYECTO. EN TODO CASO DEBERÁ QUEDAR CLARO QUE LA OBLIGACIÓN DE VERITAS DE CULMINAR EL PROYECTO DEPENDE DIRECTAMENTE DE QUE A SU VEZ EL FONDO CUMPLA PREVIAMENTE CON PAGAR LA SUMA NECESARIA PARA DICHA CULMINACIÓN.

Posición de Veritas

3.178. Que el demandante solicita al Tribunal Arbitral que el Fondo cumpla con la obligación contenida en la cláusula quinta del Contrato, es decir, conforme vayan entregando las unidades inmobiliarias debidamente terminadas e independizadas, se transfiera a su favor los lotes que forman parte del inmueble no utilizado en el Proyecto y que, por tanto, excluya expresamente la posibilidad de que el Fondo pretende acogerse a la figura de Mejorador, para de esta manera realizar los terrenos no afectados al Proyecto y así financiar su propio incumplimiento a costa y riesgo de Veritas, pues el Fondo no puede beneficiarse de su propio incumplimiento, consistente en no haber cumplido con implementar los fondos y/o implementarlos de manera tardía.



72

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

Posición del Fondo

3.179. Que el Fondo sostiene que no corresponde una declaración del Tribunal en tal sentido.

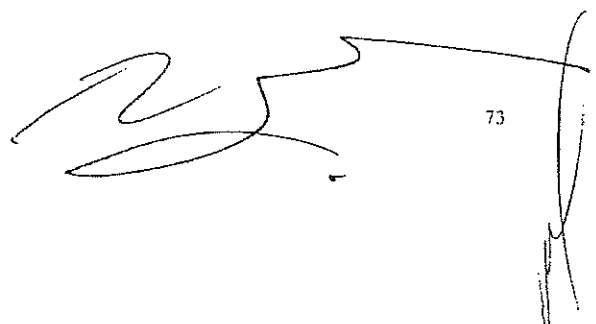
Posición del Tribunal Arbitral

3.180. Que, en principio, cabe señalar que este Colegiado ha dejado claramente establecido cuales son los supuestos de hecho que habilitan el derecho de Veritas para que se liberen a su favor áreas equivalentes a las áreas de los lotes edificados, recibidos e independizados.

3.181. Que, en ese sentido, conforme se vayan terminando e independizando las unidades inmobiliarias y éstas se inscriban en los Registros Públicos, corresponderá que se libere a favor de Veritas un número de lotes en el área del Inmueble no utilizada en el Proyecto, de medidas equivalentes al número de las unidades inmobiliarias terminadas e independizadas. A este efecto, la cláusula 5.1 expresamente ha previsto que corresponde al Fondo y a Veritas ponerse de acuerdo en la determinación de la ubicación e independización de dicha área a liberarse.

3.182. Que, en consecuencia, corresponde a este Colegiado declarar que, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula quinta del contrato de fideicomiso, conforme se vayan entregando las unidades inmobiliarias debidamente terminadas e independizadas, se cumpla con liberar a favor de Veritas las áreas conforme a lo señalado.

3.183. Que, por otro lado, Veritas señala que «En todo caso deberá quedar claro que la obligación de veritas de culminar el proyecto depende directamente



73

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

de que a su vez el fondo cumpla previamente con pagar la suma necesaria para dicha culminación».

3.184. Que en relación a este punto, este Tribunal Arbitral debe reiterar el hecho de que al analizar el segundo y tercer punto controvertido en este laudo, se ha determinado que el Fondo ha desembolsado todos los fondos a los que se comprometió en calidad de Fideicomitente, y que el hecho de que el desembolso fuera tardío no le es imputable.

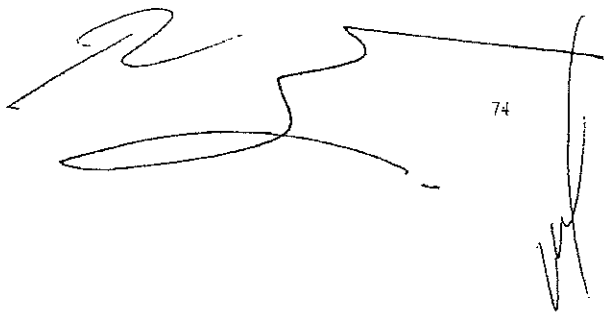
3.185. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral llega a la conclusión de que la presente pretensión debe ser declarada fundada en parte.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL FONDO CUMPLA CON PAGAR UNA INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE ASCENDENTE A US\$ 450,873.00

Posición de Veritas

3.186. Que al haberse configurado los supuestos que están detallados en la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal (antijuricidad, nexo causal, factor de atribución y daño), Veritas ha perdido la utilidad constituida por las ganancias que había proyectado recibir en su calidad de Fideicomisario, conforme a lo regulado en la cláusula sexta del Contrato, donde se estipuló textualmente lo siguiente:

Cumplidas las condiciones anteriores, BANCOMER procederá a transferir i) a favor del PROMOTOR y PROPIETARIO DEL TERRENO el remanente que se encuentre en la cuenta administración y ii) a favor

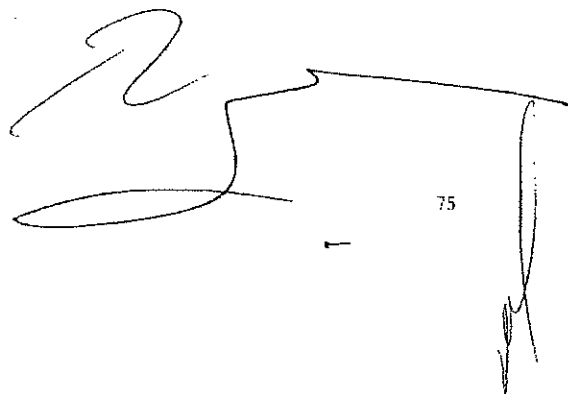


74

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

del PROPIETARIO DEL TERRENO, el saldo si fuera el caso, de la sección independizada del INMUEBLE que no hubiera sido utilizada en el desarrollo del PROYECTO para la construcción de las UNIDADES INMOBILIARIAS.

- 3.187. Que, según Veritas, de no haberse originado el incumplimiento contractual de acuerdo a lo señalado en la Segunda Pretensión Principal, Veritas habría esperado obtener una utilidad neta de la ejecución y desarrollo del Proyecto, según el Anexo 9 del Contrato, que se adjunta en calidad de Anexo 1-B del escrito de demanda. En dicho documento se consigna que el monto remanente como utilidad del Proyecto ascendía a la suma de US\$ 450,873.00, más los intereses legales desde la fecha en que se debió culminar el Proyecto.
- 3.188. Que Veritas indica que los incumplimientos del Fondo lo perjudicaron desde el inicio del Fideicomiso y, por tanto, tienen derecho a solicitar una indemnización por lucro cesante consistente en el saldo de caja que le correspondía recibir del Proyecto.
- 3.189. Que, finalmente, Veritas señala que el monto reclamado como lucro cesante no está incluido en el importe que se está solicitando al Fondo para la conclusión del Proyecto, según los términos de la Segunda Pretensión Principal y su Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal, ya que en ellas se está considerando el costo de culminación del Proyecto, más no el saldo de caja y menos aún la utilidad.



75

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

Posición del Fondo

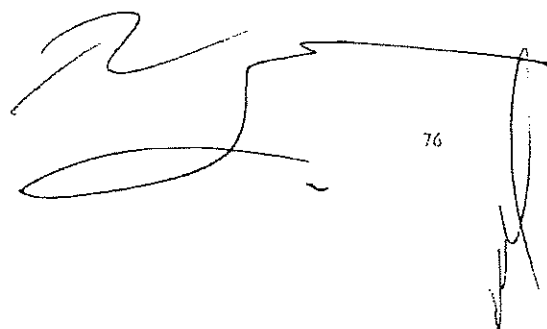
3.190. Que el Fondo sostiene que no corresponde que se pague monto alguno por concepto de lucro cesante, pues no resulta posible que haya una ganancia dejada de percibir si la finalidad del Contrato no ha sido alcanzada, es decir, el Proyecto no se ha culminado y Veritas no ha terminado de construir las viviendas para los beneficiarios. Por tanto, no puede reclamarse saldo o remanente alguno, ya que esto se halla claramente establecido en la cláusula 6.1 en donde se indica lo siguiente:

Cumplidas las condiciones anteriores, Bancomer procederá a transferir I) a favor del Promotor y Propietario del Terreno (VERITAS) el remanente que se encuentre en la cuenta administración y II) A favor del propietario del terreno (Veritas) el saldo, si fuera el caso de la sección independizada del inmueble que no hubiera sido utilizada en el desarrollo del Proyecto para la construcción de las unidades inmobiliarias.

3.191. Que, por lo tanto, para el Fondo, al no haberse cumplido la finalidad del Fideicomiso, de acuerdo con lo indicado en la cláusula 6.1, no puede reclamarse saldo o remanente alguno.

Posición del Tribunal Arbitral

3.192. Que este Colegiado ha dejado claramente establecido que el retraso y, por tanto, el supuesto incumplimiento del Fondo, no es por culpa imputable al mismo, razón por la cual no procede la indemnización.



76

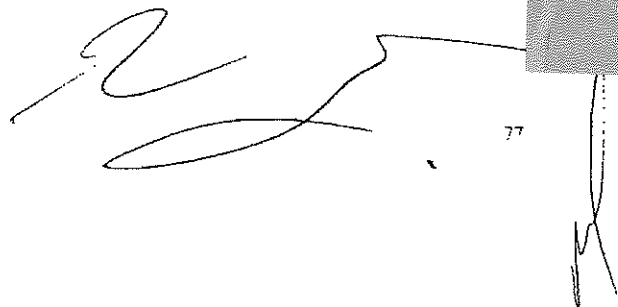
Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- 3.193. Que, Veritas hace referencia a los criterios propios para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil. Empero, este Colegiado, teniendo en cuenta las consideraciones que hizo sobre dichos criterios, y reiterando que no existen pruebas fehacientes de la existencia de los mismos, considera que no estamos ante la presencia de un daño que merezca una indemnización.
- 3.194. Que, sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal también aprecia que no se han cumplido las condiciones establecidas por la cláusula 6.1 del Contrato, para que proceda transferir a favor de Veritas el remanente o saldo alguno del Fideicomiso.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL DECLARE QUE EL FONDO MANTENGA A VERITAS INDEMNEMENTE O LIBRE DE TODA RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS FIDEICOMISARIOS POR LOS RETRASOS PRESENTADOS EN EL DESARROLLO DEL PROYECTO Y POR CUALQUIER OTRO DAÑO QUE SE LES HAYA PODIDO OCASIONAR, Y QUE, POR ENDE, CUBRA CUALQUIER COSTO O DAÑO QUE SEA RECLAMADO POR LOS MISMOS EN CONTRA DE VERITAS.

Posición de Veritas

- 3.195. Que Veritas solicita al Tribunal Arbitral que declare que el Fondo la mantenga indemne de toda responsabilidad frente a los fideicomisarios por los retrasos presentados en el desarrollo del Proyecto y por cualquier otro daño que se les haya podido ocasionar, y que, por ende, cubra cualquier costo o daño que sea reclamado por los mismos en contra de Veritas, pues para Veritas fue el Fondo quien provocó la paralización del Proyecto en el mes de junio de 2007 y, por ese motivo, los beneficiarios que resulten perjudicados por dicha paralización pueden accionar en contra de Veritas.



77

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

3.196. Que a lo expuesto, se debe sumar el hecho de que el Fondo no ha ejecutado la Adenda 2, así como que no ha suscrito varios proyectos de adenda 3 elaborados entre los técnicos del Fondo y Veritas.

Posición del Fondo


3.197. Que el Fondo sostiene que la pretensión postulada por Veritas desconoce las obligaciones que esta empresa asumió en el Contrato, las cuales indican que Veritas, en su condición de Promotor, es responsable frente a los terceros adquirentes.

3.198. Que el Fondo establece que en función del principio *pacta sunt servanda*, Veritas se obligó en las cláusulas 5.4 y octava del Contrato, a responder frente a los terceros adquirentes por la viabilidad económica y financiera del Proyecto, así como por el inicio, desarrollo, ejecución y terminación del mismo.

3.199. Que, de igual modo, el Fondo sostiene que la condena a futuro es una técnica de sumarización o aceleración procedimental, pero no existe en doctrina ni en la legislación comparada, una condena a futuro, entendida como un mecanismo eximente de responsabilidad, tal como pretende Veritas al postular la pretensión bajo análisis y en virtud de la cual pretende liberarse de toda responsabilidad frente a los terceros adquirentes.

Posición del Tribunal Arbitral

3.200. Que en principio, este Colegiado considera necesario recordar que en vista de que no se ha podido establecer la existencia de culpa por parte del Fondo, y que ello haya traído como consecuencia la paralización del



Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

Proyecto (de acuerdo a lo indicado al momento de analizar la Segunda Pretensión Principal y la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal), no corresponde amparar la presente pretensión.

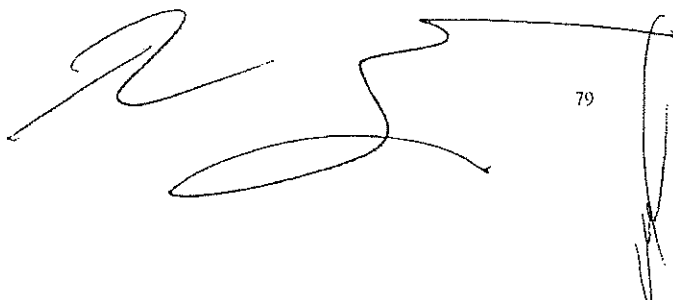
3.201. Que, por lo demás, corresponde tener en cuenta la cláusula 5.4 del Contrato que indica lo siguiente:

EL PROMOTOR asume íntegramente cualquier responsabilidad contractual o extracontractual que frente a los adquirentes y/o terceros se pudiera generar por el desarrollo del Proyecto y los vicios de la Construcción. No podrá eximirse de responsabilidad alegando responsabilidad del Constructor, en caso sean personas distintas.

3.202. Que, del mismo modo, la cláusula octava señala que:

Queda expresamente establecido que ni Bancomer ni el FMV ni el FOVIPOL serán responsables por la viabilidad económica y financiera del Proyecto, siendo responsabilidad exclusiva del Promotor el inicio, la ejecución y terminación del proyecto en base a los fondos que forman parte del patrimonio Fideicometido.

3.203. Que, por estas consideraciones, este Tribunal Arbitral estima que no corresponde declarar que el Fondo mantenga a Veritas indemne o libre de toda responsabilidad frente a los fideicomisarios por los retrasos presentados en el desarrollo del Proyecto y por cualquier otro daño que se



79

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

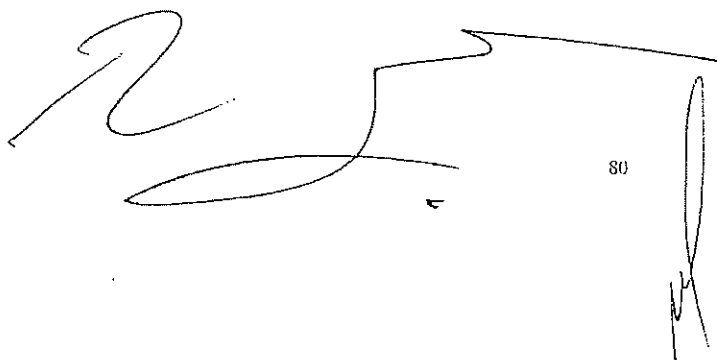
les haya podido ocasionar, y que, por ende, cubra cualquier costo o daño que sea reclamado por los mismos en contra de Veritas.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE DECLARE QUE EL FONDO, EN SU CALIDAD DE FIDEICOMITENTE, HA CUMPLIDO CON SU OBLIGACIÓN DE DESEMBOLSAR ÍNTEGRAMENTE LOS FONDOS PROVENIENTES DEL DESEMBOLSO FMV Y EL DESEMBOLSO FOVIPOL DE 493 ADQUIRENTES

Posición de Veritas

3.204. Que Veritas sostiene que debe distinguirse entre lo aportado por el Fondo de forma previa al Fideicomiso y del aporte efectuado por el Fondo en su calidad de Fideicomitente. Ello, debido a que antes de la suscripción del Fideicomiso, el Fondo desembolsó al Banco Wiese los Ahorros y los BFH de 108 beneficiarios, y, luego, como Fideicomitente, sólo aportó Ahorros y Bonos de 385 beneficiarios, cuando su obligación era aportar lo correspondiente a 496 beneficiarios para completar los derechos correspondientes a los 605 beneficiarios comprendidos en el Fideicomiso. En consecuencia, quedó pendiente la transferencia del aporte de Ahorros y los BFH de 112 beneficiarios.

3.205. Que el Fondo pretende excluirse de su responsabilidad de desembolsar 112 Ahorros y BFH y de su responsabilidad como Mejorador, mediante la Adenda 2, de fecha 9 de mayo de 2008, aprobada por sesión de Directorio del Fondo con fecha 28 de abril de 2010, Adenda cuya validez cuestiona Veritas en este proceso, puesto que estuvo sujeta a una condición suspensiva puramente potestativa, sin perjuicio de afectar de forma evidente los derechos de los beneficiarios.



80

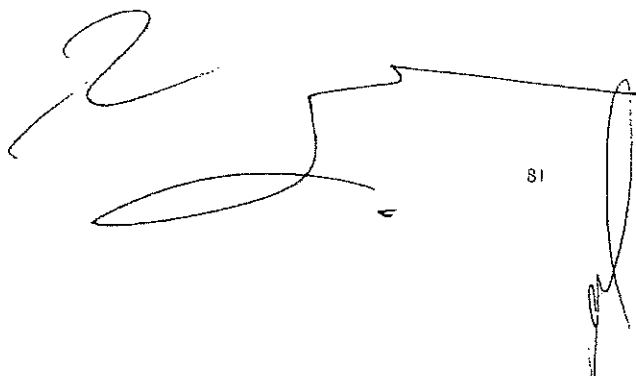
Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- 3.206. Que Veritas sostiene que el incumplimiento del Fondo de desembolsar los Ahorros y los BFH de los 112 beneficiarios ocurrió en el año 2006, y ocasionó que el Proyecto se paralice en el mes de junio de 2007. Asimismo, su incumplimiento como Mejorador se produce en noviembre de 2007, lo cual genera la paralización definitiva del Proyecto.
- 3.207. Que el faltante de 112 Ahorros y BFH que se debió entregar en el año 2006 nunca se realizó, incumpliendo así el contrato de Fideicomiso y rompiendo su equilibrio, puesto que el Proyecto se ejecutó tomando en cuenta las obras de luz, agua, desagüe, pistas y veredas y la construcción de 605 viviendas. Por dicha razón, no sólo se perjudicó a los 112 beneficiarios excluidos, sino que también se causó un perjuicio a todos los beneficiarios del proyecto, por cuanto menoscabó los fondos para la terminación de las viviendas.
- 3.208. Que, la Adenda 2 se suscribe años después y pretende justificar el referido incumplimiento, dejando en el vacío el destino de los 112 lotes que ya cuentan con pistas, veredas, agua, desagüe y luz.

Posición del Fondo

- 3.209. Que el Fondo sostiene que, en su calidad de fideicomitente, cumplió con las obligaciones establecidas en el Contrato de Fideicomiso, esto es, el desembolso de los ahorros y los BFH de 493 adquirentes.
- 3.210. Que el cumplimiento de las obligaciones a su cargo por parte del Fondo, en su condición de fideicomitente, se ha producido.



81

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

Posición del Tribunal Arbitral

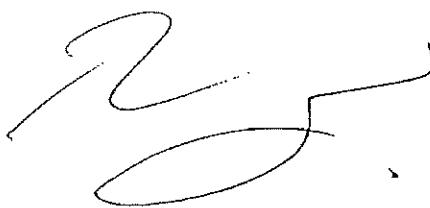
3.211. Que este Colegiado considera, dentro de la línea argumentativa que ha venido sosteniendo a lo largo del presente laudo, que el Fondo sí ha cumplido, en su calidad de Fideicomitente, con su obligación de desembolsar en su integridad los fondos provenientes del Desembolso FMV y del Desembolso FOVIPOL de 493 adquirentes.

3.212. Que, la pretensión se limita, en exclusiva, a pedir que este Tribunal se pronuncie en torno a si dicha obligación se ha cumplido o no.

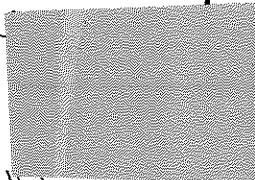
3.213. Que, debe tenerse en cuenta los siguientes medios de prueba, a efectos de reafirmar lo señalado con anterioridad:

- Cuadro que demuestra la relación de 493 adquirentes, ahorros y BFHs respecto de los cuales el Fondo estaba obligado a desembolsar (Anexo 1-J del escrito de contestación de demanda y reconvención).
- Estados financieros de la Cuenta de Fideicomiso, emitidos por Bancomer (Anexo 1-N del escrito de contestación de demanda y reconvención).
- «Rendición de cuentas», de fecha 9 de julio de 2010, elaborada por Bancomer y que anteriormente desempeñó el cargo de Fiduciario (ofrecida como Anexo 1-N del escrito de demanda).

3.214. Que, la afirmación de Veritas, en el sentido de que debe distinguirse entre lo aportado por el Fondo de forma previa al Fideicomiso y el aporte efectuado por el fondo en su calidad de Fideicomitente, resulta válida. Empero, en el presente caso lo que se analiza es si, en efecto, se ha cumplido con



82



Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

desembolsar en su integridad los fondos provenientes del Desembolso FMV y del Desembolso FOVIPOL de 493 adquirentes, lo cual sí ha ocurrido.

3.215. Que, el otro argumento esbozado por Veritas, en el sentido de que no sólo se perjudicó a los 112 beneficiarios excluidos, sino que también se causó un perjuicio a todos los beneficiarios del proyecto, por cuanto menoscabó los fondos para la terminación de las viviendas, tampoco tiene asidero fáctico ni jurídico. Ello, debido a que de una simple deducción lógica se puede afirmar que si es que no se cuenta con el monto total para realizar determinada actividad, resulta claro que todos los beneficiados de dicha actividad se verían perjudicados; de la misma forma, si es que se contara con parte del monto para realizar determinada acción (como es el caso), sería erróneo pensar que todos se verían afectados y es que al existir parte del monto para llevar adelante un acto, existirá un grupo de personas (esto es, un grupo o porcentaje de beneficiarios) que se verán perjudicados y otro grupo que no.

3.216. Que, dentro de tal orden de ideas, este Tribunal Arbitral determina que si corresponde declarar que el Fondo, en su calidad de Fideicomitente, ha cumplido con su obligación de desembolsar en su integridad los fondos provenientes del Desembolso FMV y el Desembolso FOVIPOL de 493 adquirentes.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE ORDENE A VERITAS QUE CUMPLA CON DEVOLVER AL FIDEICOMISO LOS MATERIALES EN CANCHA POR UN VALOR DE US\$ 400,000.00 QUE NO FUERON INCORPORADOS A LA OBRA; O QUE SE ORDENE A VERITAS A CUMPLIR CON EL PAGO DE SU VALOR ACTUALIZADO EN EL SUPUESTO QUE HAYA DISPUESTO DE DICHS BIENES DE PROPIEDAD DEL FIDEICOMISO



83

Tribunal Arbitral:

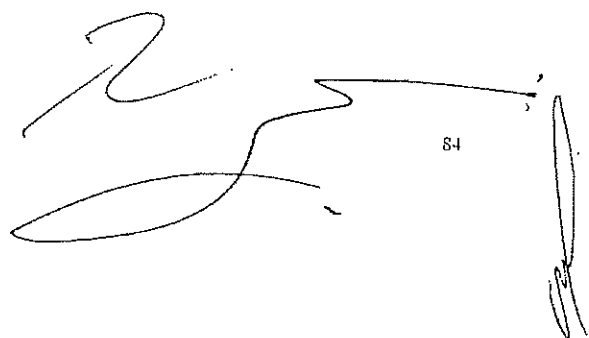
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

Posición de Veritas

- 3.217. Que Veritas sostiene que en cumplimiento de sus obligaciones de cautelar los bienes del patrimonio Fideicometido, cumplió con retornar los materiales en cancha a los proveedores, a fin de evitar su deterioro.
- 3.218. Que Veritas nunca ha negado que los materiales en cancha, consistentes básicamente en cemento y fierro, están bajo su cuidado y custodia, y serán puestos en obra en la oportunidad que el Proyecto Las Garzas reinicie la construcción de las viviendas.
- 3.219. Que Veritas señala que hacerlo antes es exponer a pérdida dicho material, toda vez que el cemento tiene fecha de expiración entre quince a cuarenta y cinco días a partir de su producción, y el fierro, por su naturaleza, no puede estar expuesto a la humedad del medio ambiente por más de tres meses, ya que pasado ese término, o incluso antes, se inicia el proceso de corrosión.

Posición del Fondo

- 3.220. Que durante la ejecución del Proyecto se adquirió, con dinero del fideicomiso, materiales por un valor aproximado de US\$ 400,000.00.
- 3.221. Que es el caso que al haberse paralizado las obras, dichos materiales no fueron utilizados, quedando en poder de Veritas.
- 3.222. Que mediante Carta n.º 304-2010-FMV/GG, de fecha 17 de marzo de 2010 (ver Anexo 1-V del escrito de contestación de demanda y reconvencción), el Fondo solicitó a Veritas que informe sobre el detalle, situación y medidas para la custodia de dichos materiales.



84

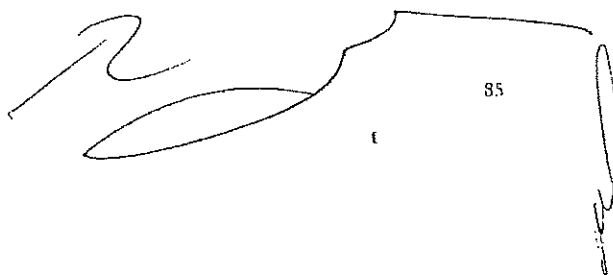
Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

3.223. Que dando respuesta a dicha comunicación, Veritas cursó al Fondo la carta n.º ENV-1486 (carta notarial n.º 69483), de fecha 19 de marzo de 2010 (ver Anexo 1-W del escrito de contestación de demanda y reconvención), por la que señaló que «En cuanto a nuestro cumplimiento de nuestras obligaciones de cuidado y custodia de los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, cuya información nos requieren, les reiteramos que mantenemos el cuidado y custodia de dichos bienes, en especial el de los materiales por un valor aproximado US\$400,000.00, los que por tener la posibilidad de sufrir deterioro o ser perecibles, procedimos a devolverlos a los proveedores correspondientes, quienes están en disposición de entregarlos tan pronto se reinicien las obras y sobre los que nos responsabilizamos conforme a lo establecido en el contrato de fideicomiso». De hecho, Veritas, en el pie de página 1 de su escrito de demanda, señala que: «Si bien el importe necesario para la conclusión de El Proyecto es de \$3'837,856.66, nuestra representada mantiene US\$400,000.00 en materiales, monto que corresponde ser deducido».

3.224. De acuerdo a lo anterior, queda demostrado que Veritas tiene en su poder materiales cuyo valor asciende a US\$400,000.00, los cuales deberían regresar al patrimonio fideicometido y no encontrarse en su poder. En tal sentido, nuestra pretensión declarativa debe ser amparada y, así, los materiales en cancha deben ser transferidos por Veritas al Fideicomiso.

Posición del Tribunal Arbitral

3.225. Que, conforme a la cláusula 2.5.2 de la Adenda 2, dentro de las modificaciones del Contrato, las partes convinieron en que Veritas no continúe como constructor del Fideicomiso.

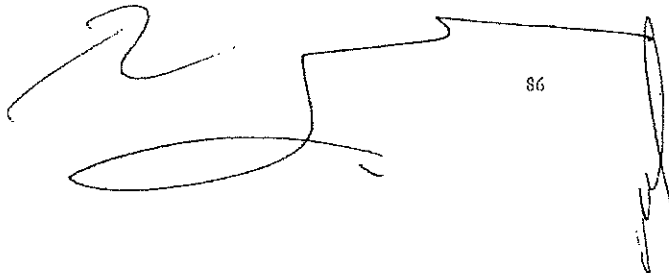


83

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

- 3.226. Que este Colegiado entiende que al perder Veritas la calidad de constructor, carece del título para mantener la posesión mediata o inmediata sobre los materiales que tenía por destino ser incorporados a la Obra.
- 3.227. Que, en ese sentido, al encontrarse dichos bienes bajo cuidado y custodia de Veritas, y aceptando Veritas que los mismos serán puestos en obra en la oportunidad que el Proyecto Las Garzas reinicie la construcción de las viviendas, no resulta adecuado ni conforme a derecho que careciendo de título, continúe con la posesión de dichos bienes.
- 3.228. Que, de otro lado, la cláusula 2.5.2 dispone que el nuevo constructor deberá asumir todos los derechos y obligaciones que le correspondían a Veritas en su calidad de constructor en el Fideicomiso. Por ende, el fin en virtud del cual se pretende que se ordene a Veritas que cumpla con devolver al Fideicomiso los materiales en cancha por un valor de US\$ 400,000.00, que no fueron incorporados a la obra, es que se cumpla con poner a disposición inmediata del Fideicomiso dichos bienes.
- 3.229. Que, dentro de tal orden de ideas, este Colegiado considera que es procedente declarar fundada esta pretensión de la reconvención, por lo que corresponde ordenar a Veritas que cumpla con devolver al Fideicomiso los materiales en cancha por un valor de US\$ 400,000.00, que no fueron incorporados a la obra. Asimismo, corresponde ordenar a Veritas cumplir con el pago de su valor actualizado en el supuesto de que haya dispuesto de dichos bienes de propiedad del Fideicomiso.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE ORDENE A VERITAS QUE CUMPLA CON LO PACTADO EN LA CLÁUSULA QUINTA DE LA ADENDA 2, ESTO ES, CON



86

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

ENTREGAR AL FONDO UNA CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO, IRREVOCABLE, SOLIDARIA Y DE REALIZACIÓN AUTOMÁTICA, POR LA SUMA DE US\$ 200,000.00, A FIN DE GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO Y CRONOGRAMA DE OBRA

Posición de Veritas

- 3.230. Que Veritas sostiene que la Adenda 2 es nula. No obstante, en la hipótesis de que no lo sea, debe tenerse en cuenta que conforme a la Cláusula Quinta de la Adenda 2, procede la entrega de la carta fianza de parte de Veritas en el caso que la SBS no aprobase el préstamo del Fondo al fideicomiso.
- 3.231. Que es falso que la SBS haya denegado o no autorizado al Fondo a realizar el préstamo al fideicomiso, tal como lo señala el Fondo.
- 3.232. Que lo expresado se demuestra con el Oficio N° 46491-2008-SBS, de fecha 10 de diciembre de 2008, mediante el cual la SBS contesta el pedido de autorización del Fondo, señalando que «esta superintendencia no se avoca a autorizar operaciones individuales de las empresas que supervisa, razón por la cual no ha emitido opinión respecto de lo solicitado».
- 3.233. Que la SBS nunca denegó o no autorizó el otorgamiento del préstamo al que el Fondo se había obligado, por lo que se infiere que el Fondo no otorgó el referido préstamo por decisión propia. Por tal motivo, el incumplimiento es sólo atribuible al Fondo.
- 3.234. Que, asimismo, la SBS señaló que «para que el Fondo MiVivienda pueda realizar operaciones como la consignada en la carta antes mencionada deberá solicitar la modificación de su estatuto, presentando para ello la documentación que resulte pertinente [...]», modificación que el Fondo

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

nunca efectuó, evidenciando su falta de voluntad de cumplir con la Adenda 2.

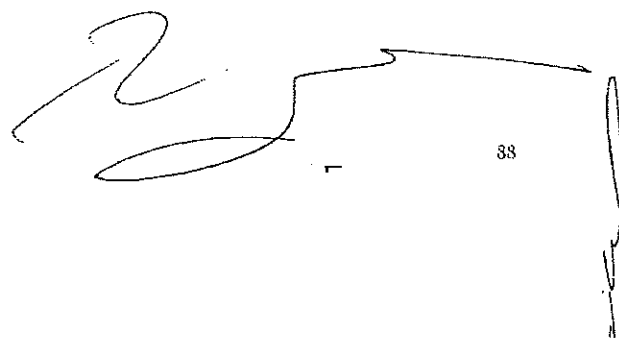
3.235. Que queda demostrado, para Veritas, la mala fe del Fondo, conforme se verifica en su carta N° 304-2010-FMV/GG, de fecha 17 de marzo de 2010, en donde señaló que «como consecuencia de la imposibilidad de nuestra representada para efectuar el préstamo de US\$ 1'100,000.00 al patrimonio Fideicometido, debido a que la Superintendencia de Banca y Seguros (Oficio N° 46491-2008-SBS) no lo autorizó». Adicionalmente, porque la referida información la proporcionó el Fondo en marzo de 2010, es decir, quince meses después de tener en su poder el Oficio de la SBS, el cual data de diciembre de 2008.

Posición del Fondo

3.236. Que el Fondo sostiene que mediante celebración de la Adenda 2, se pactó que el Fondo otorgaría un préstamo de US\$ 1'100,000.00 a favor del fideicomiso, siempre que la SBS la autorizara.

3.237. Que el Fondo cumplió con solicitar la autorización respectiva ante la SBS, la misma que fue denegada. Así, como consecuencia de ello, Veritas conservó su calidad de constructor y Veritas quedó obligado a otorgar a favor del Fondo una carta fianza por el monto equivalente a US\$ 200,000.00 en garantía del cumplimiento del cronograma de obra.

3.238. Que a la fecha Veritas no ha cumplido con la referida obligación.



Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

Posición del Tribunal Arbitral

3.239. Que este Tribunal Arbitral debe tener en cuenta que los contratos, y las estipulaciones en él plasmadas son de obligatorio cumplimiento para las partes.

3.240. Que el supuesto de hecho en esta pretensión, es que el Fondo solicite un préstamo a la SBS y que si ello no llegara a concretarse Veritas debía entregar una carta fianza.

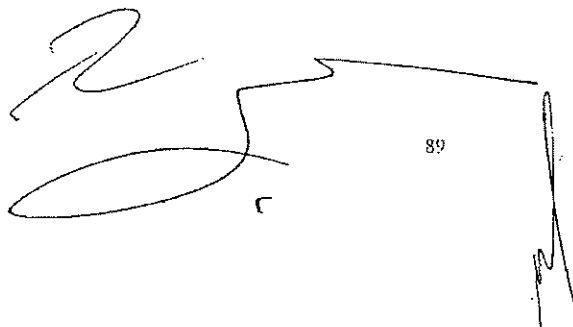
3.241. Que, como se puede observar de la lectura del Oficio n.º 46491-2008-SBS, de fecha 10 de diciembre de 2008, la SBS contesta el pedido de autorización del Fondo, señalando que no se avoca a autorizar operaciones individuales de las empresas que supervisa, razón por la cual no ha emitido opinión respecto de lo solicitado.

3.242. Que, es decir, no es que la SBS haya denegado la autorización solicitada por el Fondo, sino más bien que no ha emitido un pronunciamiento sobre el particular.

030

3.243. Que el silencio de un sujeto de derecho sólo importa manifestación de voluntad cuando la ley así lo estima conveniente o cuando lo han acordado las partes.

3.244. Que, en ese sentido, al no haber negativa expresa de parte de la SBS a la autorización solicitada por el Fondo, el supuesto de hecho habilitante para que Veritas se mantenga como constructor del Fideicomiso y, por ende, tenga la obligación de entregar una carta fianza, no se ha materializado. Es



Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

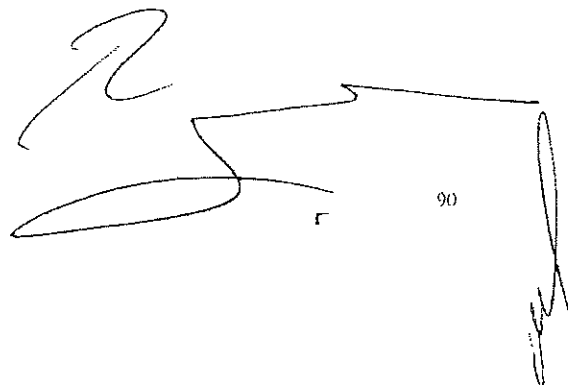
así, que no se produce la consecuencia lógico-jurídica contemplada en la cláusula quinta de la Adenda 2.

- 3.245. Que, dentro de esta línea argumentativa, no corresponde que se ordene a Veritas que cumpla con lo pactado en la Cláusula Quinta de la Adenda 2, esto es, con entregar al Fondo una carta fianza de fiel cumplimiento, irrevocable, solidaria y de realización automática, por la suma de US\$ 200,000.00, a fin de garantizar el cumplimiento y cronograma de obra.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE DECLARE QUE EL FONDO NO PUEDE ACTUAR EN CALIDAD DE MEJORADOR (ESTABLECIDA EN LA CLÁUSULA NOVENA DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO), EN LA MEDIDA QUE EL FONDO TIENE, TAMBIÉN LA CONDICIÓN DE FIDUCIARIO

Posición de Veritas

- 3.246. Que Veritas sostiene que antes de pronunciarse sobre el incumplimiento legal esgrimido por el Fondo, se debe tener en cuenta que dicha parte adquirió la condición de fiduciario por voluntad propia y decisión unilateral, el 7 de octubre de 2010.
- 3.247. Que Veritas sostiene que independientemente de cualquier impedimento legal actual, que será materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral, lo que en este proceso es relevante es el hecho de que el Fondo no actuó como Mejorador en el mes de noviembre de 2007, cuando le fue solicitada su participación y no tenía la condición de fiduciario, ocasionando de esta forma la paralización definitiva del Proyecto.



90

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

3.248. Que, en conclusión, en ningún caso el impedimento legal actual, esgrimido por el Fondo (en su calidad de fiduciario desde el 7 de octubre de 2010), puede exonerarlo de responsabilidad por incumplimientos anteriores como fideicomitente y mejorador, menos aún, que dichos incumplimientos generen una consecuencia negativa para Veritas.

Posición del Fondo

3.249. Que el Fondo sostiene que la ley de creación del Fondo y sus estatutos restringen la actividad empresarial del Fondo, en condición de Mejorador, a los fideicomisos de totalización.

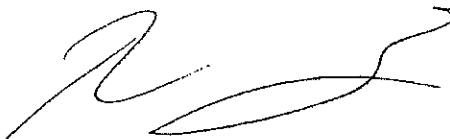

3.250. Que la figura de mejorador es una perteneciente al ámbito de los fideicomisos de totalización, y ella, como garante de un fideicomiso bancario, es válida en todos los casos, excepto en el caso del propio fiduciario quien no puede ser garante (mejorador) del fideicomiso que administra.

Posición del Tribunal Arbitral

3.251. Que, a efectos de analizar esta pretensión, corresponde tener en cuenta lo establecido por el artículo 257 de la Ley n.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, a través del cual se señala que:

Artículo 257.- Prohibiciones de la empresa fiduciaria

Es prohibido a la empresa fiduciaria afianzar, avalar o garantizar en forma alguna ante el fideicomitente o los fideicomisarios los resultados del fideicomiso o de las

 91 

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

operaciones, actos y contratos que realice con los bienes fideicometidos.

Son nulos el pacto en contrario así como las garantías y compromisos que se pacten en contravención a lo dispuesto en este artículo.

- 3.252. Que, como se puede observar, existe una prohibición legal en cuanto a la posibilidad de que la empresa fiduciaria pueda afianzar, avalar o garantizar en forma alguna ante el fideicomitente o los fideicomisarios los resultados del fideicomiso o de las operaciones, actos y contratos que realice con los bienes fideicometidos.
- 3.253. Que la figura del mejorador implica la de ser un garante, razón por la cual se encontraría inmerso en el supuesto de hecho contenido en el citado artículo 257 de la Ley N° 26702.
- 3.254. Que este Colegiado no puede ordenar algo que vaya en contra de lo establecido por una norma legal, más aún si se tiene en cuenta que dicho artículo establece claramente que será nulo el pacto en contrario.
- 3.255. Que, dentro de tal orden de ideas, este Tribunal Arbitral considera que corresponde que se declare que el Fondo, a partir de asumir la calidad de Fiduciario en virtud de la Adenda 2, no puede actuar en calidad de mejorador (establecida en la Cláusula Novena del Contrato de Fideicomiso), en la medida de que tiene, también, la condición de Fiduciario.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE NO PUDIENDO EL FONDO ACTUAR COMO MEJORADOR (POR PROHIBICIÓN LEGAL EXPRESA), EL FIDUCIARIO (ACTUALMENTE EL FONDO) DISPONGA LA REALIZACIÓN DE LOS TERRENOS




Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

REMANENTES CON EL PROPÓSITO DE CUMPLIR CON LA FINALIDAD DEL
CONTRATO DE FIDEICOMISO

Posición de Veritas

- 3.256. Que Veritas sostiene que el Fondo no puede pretender obtener ventaja alguna del hecho de que actualmente pueda encontrarse legalmente impedido de actuar como mejorador, por cuanto la condición de fiduciario que adquiere en octubre de 2010, la obtiene por decisión unilateral, generando de esa forma una incompatibilidad que ahora pretende utilizar a su favor.
- 3.257. Que, adicionalmente, la pretensión del Fondo carece de todo sustento contractual y legal.
- 3.258. Que, conforme al contrato, los lotes remanente no constituyen una garantía abierta, sino bienes cuya venta sólo procede para el repago al Fondo del dinero líquido que hubiera entregado como mejorador o como prestamista a la Cuenta Administración del Fideicomiso, eventos que nunca ocurrieron. Por ello, autorizar la venta de los terrenos remanentes fuera de dichos supuestos, iría en contra del principio de obligatoriedad de los contratos, contemplado en el artículo 1361 del Código Civil.
- 3.259. Que, en la Cláusula novena del Contrato de fideicomiso, numeral 9.2, tercer párrafo, se señala que «En caso el FMV opte por financiar la culminación del Proyecto, podrá instruir a Bancomer la realización de los bienes del patrimonio Fideicometido». Además, el numeral 9.3, literales (iv) y (v) se refiere a la liquidación del Fideicomiso y devolución por parte del Fondo de Ahorros y los BFH y de cualquier financiamiento adicional o crédito a


93


Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

proveedores otorgado al Fideicomiso, caso en el cual Bancomer procederá a liquidar el Patrimonio Fideicometido mediante la venta directa de los bienes que conforman el Patrimonio Fideicometido.

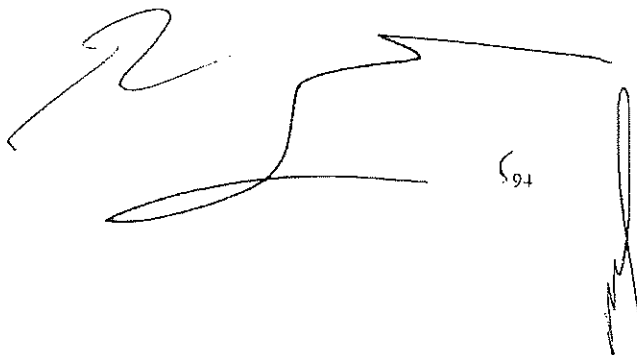
3.260. Que, de acuerdo al Contrato de Fideicomiso, la realización o liquidación de los bienes que forman parte del Patrimonio Fideicometido le fue otorgada exclusivamente a Bancomer en su calidad de entidad financiera imparcial (no como Fiduciario), y sólo procede cuando el Fondo ha actuado como mejorador, ya sea financiando la conclusión del Proyecto o devolviendo el íntegro de los Ahorros, los BFH y financiamientos otorgados al fideicomiso. En otras palabras, la actuación del Fondo como mejorador, era condición necesaria para la realización de los terrenos remanentes.

3.261. Que, en consecuencia, el Fondo, al no haber desembolsado suma alguna como mejorador ni como prestamista, a pesar de que oportunamente se encontraba posibilitado para hacerlo, no procede que se autorice la venta de los terrenos remanentes.

3.262. Que, desde el punto de vista legal, el artículo 1219 del Código Civil no es aplicable, porque Veritas ha cumplido todas sus obligaciones en sus condiciones de promotor, constructor y fideicomitente.

Posición del Fondo

3.263. Que el Fondo sostiene que siendo fiduciario, no puede actuar como mejorador y corresponde que se disponga la realización de los lotes remanentes que Veritas transfirió al fideicomiso, con la finalidad de garantizar la culminación del proyecto.



594

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

3.264. Que Veritas autorizó la realización de los lotes remanentes cuando los fondos resultasen insuficientes para culminar el proyecto. En el presente caso, por razones atribuibles a Veritas, el proyecto quedó desfinanciado. En tal sentido, estando a los fines del contrato de fideicomiso, corresponde que los bienes otorgados por Veritas en garantía sean utilizados para culminar la construcción de las 605 viviendas, porque finalmente esa es la finalidad de la garantía: garantizar el cumplimiento.

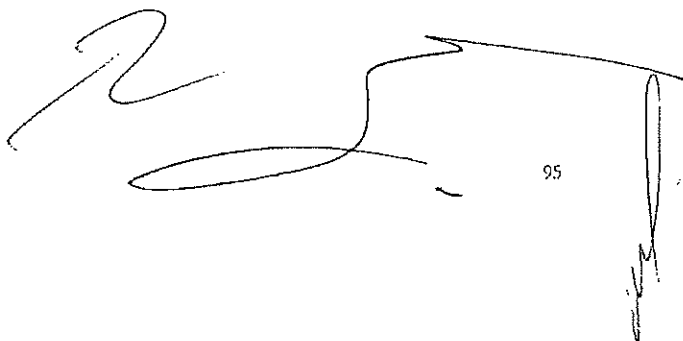
Posición del Tribunal Arbitral

3.265. Que, este Tribunal Arbitral considera que los lotes remanentes son bienes cuya venta sólo procede para el repago al Fondo del dinero líquido que hubiera entregado como mejorador o como prestamista a la Cuenta Administración del Fideicomiso, lo cual se ha probado que no ha ocurrido.

3.266. Que, como primer punto, debe tenerse en cuenta que los supuestos de hecho para que ello proceda no han podido ser acreditados.

3.267. Que, por otro lado, la Cláusula Novena del Contrato, numeral 9.2, tercer párrafo, señala que «En caso el FMV opte por financiar la culminación del Proyecto, podrá instruir a Bancomer la realización de los bienes del Patrimonio Fideicometido».

3.268. Que, teniendo ello en cuenta, la realización de los bienes que forman parte del Patrimonio Fideicometido le fue otorgada únicamente a Bancomer, y sólo procederá cuando el Fondo haya actuado como mejorador, lo cual, como ya señalamos en el análisis del punto controvertido precedente, no ha ocurrido.



95

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

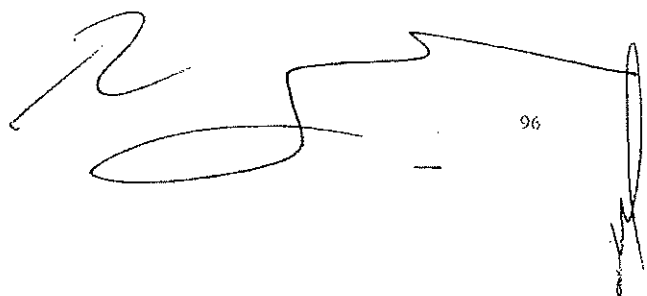
3.269. Que, dentro de tal orden de ideas, estando a que el Fondo no ha desembolsado alguna suma de dinero como mejorador o prestamista, no corresponde que este Colegiado autorice la venta de los terrenos remanentes con el propósito de cumplir con la finalidad del Contrato de Fideicomiso. En consecuencia, el Tribunal Arbitral no ampara esta pretensión de la reconvención.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE (I) A FIN DE QUE EL FIDEICOMISO CUMPLA SUS OBJETIVOS, SEA UN TERCERO QUIEN PROCEDA A LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VIVIENDAS AÚN NO TERMINADAS; (II) DICHO TERCERO DEBE SER DESIGNADO POR EL FIDUCIARIO, Y (III) EL PAGO QUE DEBA HACERSE AL CONSTRUCTOR DESIGNADO, SE HAGA CON LA REALIZACIÓN DE LOS LOTES REMANENTES DADOS EN GARANTÍA

Posición de Veritas

3.270. Que Veritas sostiene que cumplió totalmente con sus obligaciones como constructor, de acuerdo al flujo de recursos administrado por el fiduciario Bancomer, autorizados por el controlador y bajo la supervisión del Fondo. Dicho cumplimiento continuó hasta la oportunidad en que no existieron fondos suficientes en la Cuenta Administración del fideicomiso para el pago de materiales y mano de obra involucrada en la construcción del Proyecto.

3.271. Que es preciso reiterar que el Fondo, a pesar de ser el aportante de los recursos, incumplió con la oportunidad y aporte a desembolsar. Pese a dicho incumplimiento, ahora pretende remover a Veritas como constructor, sin tener en cuenta que la construcción que Veritas ha efectuado ha sido impecable y nunca ha recibido una carta o comunicación del Fondo que



96

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)

Rolando Eyzaguirre Maccan

Mario Castillo Freyre

señale algún incumplimiento de Veritas como constructor, y menos como promotor o fideicomitente.

3.272. Que, por último, esta pretensión es totalmente incompatible con la tercera pretensión reconvenzional respecto a la cual Veritas ya se pronunció.

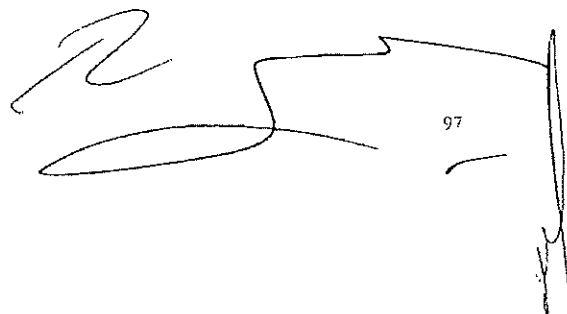
Posición del Fondo

3.273. Que el Fondo sostiene que sobre la base de las obligaciones de hacer incumplidas por Veritas, así como por lo señalado por el artículo 1219, inciso 2, del Código Civil, busca que se cumpla con la finalidad del contrato de fideicomiso y que sea un tercero el que ejecute tales prestaciones, asumiendo la condición de constructor y culmine la construcción de las viviendas del proyecto.

Posición del Tribunal Arbitral

3.274. Que, el Tribunal aprecia que en la Cláusula 2.5.2 de la Adenda 2, por “convenir a todas las partes”, éstas aceptaron que Veritas no continuara como constructor del Fideicomiso, y también aceptaron que sea el Fondo quien designe al nuevo constructor.

3.275. Que, si bien el Fondo no cumplió con nombrar a un nuevo Constructor, esto no cambia el hecho de que ambas partes aceptaron de mutuo acuerdo —al suscribir la Adenda 2— modificar las calidades de éstas en el Fideicomiso. Por tanto, el Tribunal Arbitral advierte que la presente pretensión declarativa en el extremo de que el Fondo elija a un nuevo constructor para que culmine las viviendas del Proyecto, se enmarca dentro del alcance previsto en la cláusula 2.5.2 de la Adenda.



97

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

3.276. Que, no obstante lo anterior, el Tribunal Arbitral ha de ser reiterativo en el sentido de que el único supuesto previsto en el Contrato, como en la Adenda 2, para que se pueda realizar los lotes entregados en garantía por Veritas con la finalidad de culminar el Proyecto, es en caso de que el Fondo se constituya como Mejorador y financiera el Fideicomiso. Tal supuesto nunca ocurrió. Por ende, mal podría el Tribunal declarar fundada la presente pretensión en el extremo de que se financie la culminación del Fideicomiso con la realización de los lotes entregados en garantía, cuyo objeto era servir de repago al Mejorador en caso éste optara por financiar el Fideicomiso. Por tanto, el Tribunal Arbitral declara infundada la presente pretensión declarativa, en el extremo de que el pago se realice al nuevo Constructor con la realización de los lotes entregados en garantía por Veritas.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO CONDENAR A VERITAS AL PAGO DE LOS GASTOS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL.

Posición del Tribunal Arbitral

3.277. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 70 del Decreto Legislativo n.º 1071, dispone que el tribunal arbitral tendrá en cuenta, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

3.278. Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de


98

Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

la Secretaría Arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

3.279. Que en el convenio arbitral no se regula el tema de los costos arbitrales. Ahí únicamente se hace referencia al sometimiento de las partes a los Reglamentos del Centro de Arbitraje.

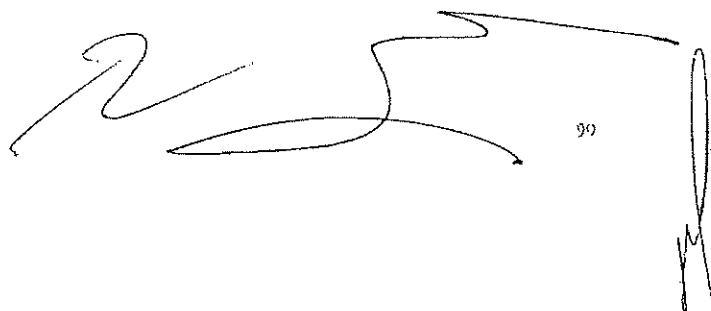
3.280. Que el artículo 57 del Reglamento de Arbitraje del Centro establece lo siguiente:

Artículo 57.- Condena de costos

1. El Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.

[...]

3. Para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo, así como la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesto practicado por cualquiera de las partes. También se podrá tomar en consideración la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos.



99

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

[...].

3.281. Que, en ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes (en torno a la distribución de los costos arbitrales), considerando el resultado o sentido de este laudo, y, en razón a que el Tribunal Arbitral estima el comportamiento procesal de las partes, a efectos de regular el pago de tales conceptos, es razonable:

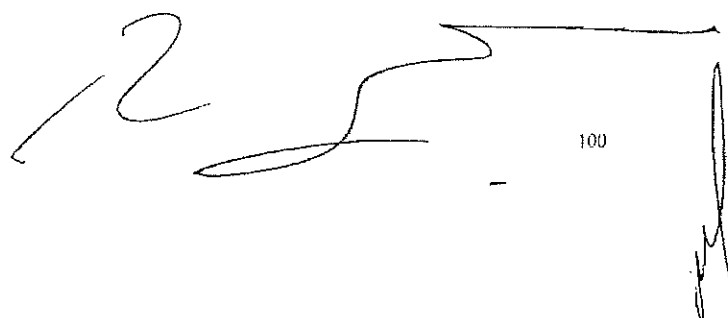
- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- (ii) Que cada una de las partes asuma el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos del Centro de Arbitraje.

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Tribunal Arbitral por unanimidad **LAUDA**:

RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR EL FONDO

Declarar **INFUNDADA** la excepción de falta de interés para obrar de Veritas, interpuesta por el Fondo.

Declarar **INFUNDADA** la excepción de falta de legitimidad para obrar de Veritas, interpuesta por el Fondo.



100

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

RESPECTO DEL FONDO DE LA CONTROVERSIAS

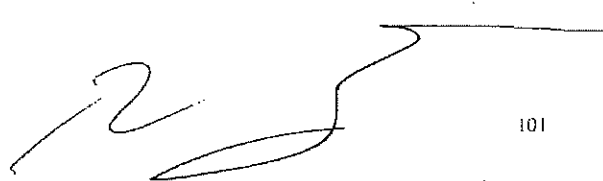

PRIMERO: Declarar infundada la primera pretensión principal de Veritas, y, en consecuencia, válida la segunda adenda al contrato de fideicomiso, celebrada mediante escritura pública de fecha 9 de mayo de 2008, elevada ante Notario Público de Lima, doctor Jaime Tuccio Valverde.

SEGUNDO: Declarar infundada la segunda pretensión principal de Veritas, y, en consecuencia, no corresponde que el Fondo, en su calidad de fideicomitente, asuma íntegramente el costo actualizado de la culminación del Proyecto, a la fecha de ejecución del Laudo.

TERCERO: Declarar infundada la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal y, en consecuencia, no corresponde que el Fondo cumpla con pagar a Veritas una indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de sus obligaciones por un monto ascendente a US\$ 3'437,856.66.

CUARTO: Declarar fundada en parte la tercera pretensión principal de Veritas y, en consecuencia, corresponde, en cumplimiento del punto 5.1. de la cláusula quinta del contrato de fideicomiso, ordenar la liberación a favor de Veritas, en los términos y bajo el procedimiento estipulado en la cláusula 5.1 del Contrato, de un número de lotes en el área del inmueble no utilizada en el proyecto, de medidas equivalentes a las ciento catorce (114) unidades inmobiliarias identificadas como independizadas en los considerandos del presente Laudo.

QUINTO: Declarar fundada en parte la cuarta pretensión principal de Veritas y, en consecuencia, corresponde declarar que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula quinta del contrato de fideicomiso, conforme se vayan entregando las

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

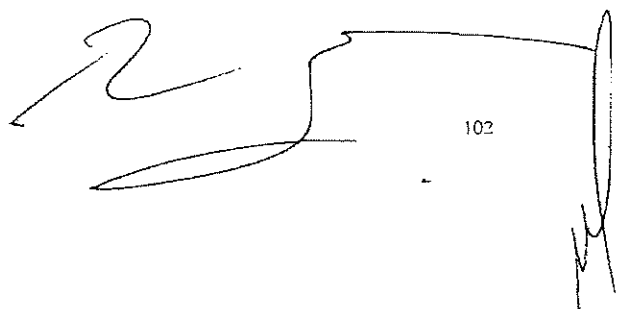
unidades inmobiliarias debidamente terminadas e independizadas, se libere a favor de Veritas, en los términos y bajo el procedimiento estipulado en la cláusula 5.1 del Contrato, de un número de lotes en el área del inmueble no utilizado en el proyecto, de medidas equivalentes al número de las unidades inmobiliarias terminadas e independizadas.

SEXTO: Declarar infundada la quinta pretensión principal de Veritas y, en consecuencia, no corresponde que el Fondo cumpla con pagar a Veritas una indemnización por concepto de lucro cesante ascendente a US\$ 450,873.

SÉPTIMO: Declarar infundada la sexta pretensión principal de Veritas y, en consecuencia, no corresponde que el tribunal declare que el Fondo mantenga a Veritas indemne o libre de toda responsabilidad frente a los fideicomisarios por los retrasos presentados en el desarrollo del Proyecto y por cualquier otro daño que se les haya podido ocasionar, y que, por ende, cubra cualquier costo o daño que sea reclamado por los mismos en contra de veritas.

OCTAVO: Declarar fundada la primera pretensión principal declarativa de la reconvencción del Fondo y, en consecuencia, corresponde declarar que el Fondo, en su calidad de fideicomitente, ha cumplido con su obligación de desembolsar íntegramente los fondos provenientes del Desembolso FMV y el Desembolso FOVIPOL de 493 adquirentes.

NOVENO: Declarar fundada la segunda pretensión principal de la reconvencción del Fondo y, en consecuencia, corresponde ordenar a Veritas que cumpla con devolver al fideicomiso los materiales en cancha por un valor de US\$ 400,000.00 que no fueron incorporados a la obra; o que Veritas cumpla con el pago de su valor actualizado en el supuesto que haya dispuesto de dichos bienes de propiedad del Fideicomiso.



102

Tribunal Arbitral:
Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

DÉCIMO: Declarar infundada la tercera pretensión principal de la reconvencción del Fondo y, en consecuencia, no corresponde que se ordene a Veritas que cumpla con lo pactado en la Cláusula Quinta de la Adenda 2, esto es, con entregar al Fondo una carta fianza de fiel cumplimiento, irrevocable, solidaria y de realización automática, por la suma de US\$ 200,000.00, a fin de garantizar el cumplimiento y cronograma de obra.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar fundada la cuarta pretensión principal de la reconvencción del Fondo y, en consecuencia, corresponde que se declare que el Fondo no puede actuar en calidad de mejorador (establecida en la Cláusula Novena del Contrato de Fideicomiso), en la medida de que tiene, también, la condición de Fiduciario.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar infundada la pretensión condicionada a la cuarta pretensión principal declarativa de la reconvencción del Fondo y, en consecuencia, no corresponde declarar que el fiduciario disponga la realización de los terreno remanentes con el propósito de cumplir con la finalidad del Contrato de Fideicomiso.

DÉCIMO TERCERO: Declarar fundada en parte la quinta pretensión principal de la reconvencción del Fondo y, en consecuencia, corresponde declarar que el Fondo elija a un nuevo constructor del Fideicomiso.

DÉCIMO CUARTO: En cuanto a los costos arbitrales, el Tribunal Arbitral declara que estos ascienden a la suma de S/. 300,000.00 por concepto de Honorarios del Tribunal Arbitral y a la suma de S/. 100,000.00 por concepto de gastos administrativos y ordena lo siguiente:

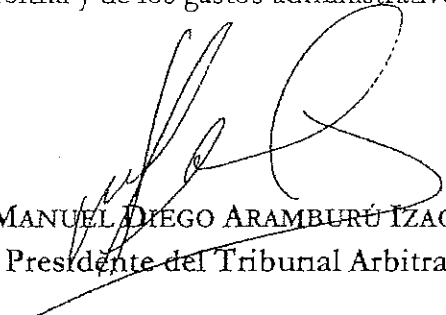


Arbitraje seguido por Veritas Edificaciones S.A.C. y Fondo MiVivienda S.A.

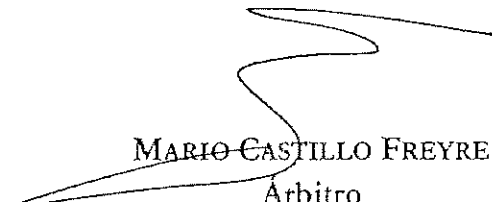
Tribunal Arbitral:

Manuel Diego Aramburú Yzaga (Presidente)
Rolando Eyzaguirre Maccan
Mario Castillo Freyre

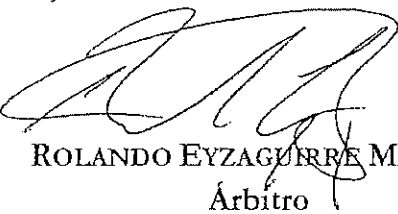
- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- (ii) Que cada una de las partes asuma el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos del Centro de Arbitraje.



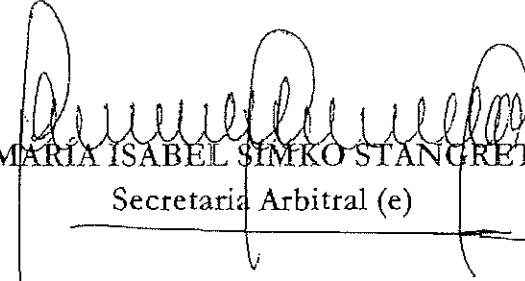
MANUEL DIEGO ARAMBURÚ YZAGA
Presidente del Tribunal Arbitral



MARIO CASTILLO FREYRE
Árbitro



ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
Árbitro



MARIA ISABEL SIMKO STANGRET
Secretaria Arbitral (e)