

Exp. N° 0476-2016-CCL

Proceso arbitral seguido entre la empresa SHAMROCK DEL PERÚ SAC y otros con el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo-MINCETUR- y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada-PROINVERSIÓN-

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Arbitraje seguido entre

SHAMROCK DEL PERÚ S.A.C.

CARLOS ZOE MIGUEL CHUMAN GANOZA

ROSA MARÍA RAMÍREZ MELÉNDEZ

Y

MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO - MINCETUR

AGENCIA DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA - PROINVERSIÓN

LAUDO

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández-Concha (Presidente)

Juan Olavarría Vivian

Elvira Martínez Coco

Secretaría Arbitral

Paola Dasso Zumarán

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Resolución N° 20

Lima, 20 de julio de 2020

En Lima, a los veinte días del mes de julio del año dos mil veinte, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

VISTOS:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

Con fecha 9 de mayo de 2011, la empresa SHAMROCK DEL PERU SAC, la sociedad conyugal conformada por CARLOS ZOE MIGUEL CHUMAN GANOZA y ROSA MARIA RAMIREZ MELENDEZ con el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (en adelante MINCETUR) con la intervención de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante PROINVERSION), suscribieron el Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario, en adelante el CONTRATO.

De acuerdo con la Cláusula Décima Primera del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

“Cláusula Décima Primera: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

11.1. Trato Directo:

Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos, incertidumbres o controversias, con relevancia técnica y/o jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato deberán tratar de solucionarse, en primer término, por la vía del trato directo.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

En caso las Partes, dentro del plazo de trato directo, no resolvieran el conflicto incertidumbre o controversia suscitada, deberán definir si el conflicto, incertidumbre o controversia es de carácter técnico o de derecho, según sea el caso.

11.2. Arbitraje:

Todas las desavenencias o controversias que pudieran derivarse del Contrato, incluidas las que se refieran a su nulidad o invalidez. serán resueltas mediante arbitraje de derecho, de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

El arbitraje será llevado a cabo por un Tribunal Arbitral. Cada Parte designará a un árbitro y el tercero será designado por acuerdo de los dos (2) árbitros designados por las Partes, quien a su vez se desempeñará como Presidente del Tribunal Arbitral.

Sí los dos (2) árbitros no llegasen a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los diez (10) Días Hábiles siguientes a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, el tercer árbitro será designada, a pedido de cualquiera de las Partes por la Cámara de Comercio de Lima.

Si una de las Partes no designase el árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) Días Hábiles contado a partir de la fecha de recepción del respectivo pedido de nombramiento, se considerará que ha renunciado a su derecho y el árbitro será designado a pedido de la otra Parte por la Cámara de Comercio de Lima.

(...)"

De acuerdo con lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

verificado el convenio arbitral suscrito entre la empresa SHAMROCK DEL PERU SAC, la sociedad conyugal conformada por CARLOS ZOE MIGUEL CHUMAN GANOZA y ROSA MARIA RAMIREZ MELENDEZ con el MINCETUR con la intervención de PROINVERSION.

II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

Los árbitros inicialmente designados por las partes, abogado Juan Olavarría Vivian y abogada Elvira Martínez Coco, nombraron tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral al abogado Raúl Barrios Fernández - Concha, quien aceptó el cargo encomendado, quedando constituido el Tribunal Arbitral.

En ese sentido, los profesionales del derecho declaran que han sido debidamente designados de acuerdo con Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con los mismos. Asimismo, se obligan a desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada.

III. TIPO DE ARBITRAJE.-

Mediante Resolución N° 4 de fecha 14 de diciembre de 2017, el Tribunal Arbitral aprobó de forma definitiva las Reglas del Proceso del presente arbitraje habiéndose establecido que, en virtud de lo pactado en la Cláusula Décima Primera del CONTRATO, el arbitraje sería Nacional y de Derecho.

IV. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.-

Del mismo modo, de conformidad con el Convenio Arbitral suscrito entre las partes, contenido en la Cláusula Décima Primera del CONTRATO, el Tribunal Arbitral estableció que la ley aplicable al fondo de la controversia sería la ley peruana.

Finalmente, el Tribunal Arbitral otorgó a Shamrock del Perú S.A.C., Carlos Zoe Chuman

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Ganoza y Rosa María Ramírez Meléndez un plazo de veinte (20) días hábiles para la presentación de su demanda arbitral.

V. ALEGACIONES DE LAS PARTES.-

Mediante escrito presentado el 16 de enero de 2018, Shamrock del Perú S.A.C., Carlos Zoe Chuman Ganoza y Rosa María Ramírez Meléndez formularon las siguientes pretensiones:

5.1. Pretensiones formuladas en la Demanda presentada por Shamrock del Perú S.A.C., Carlos Zoe Chuman Ganoza y Rosa María Ramírez Meléndez:

Las pretensiones planteadas por la DEMANDANTE se transcriben a continuación:

Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia de la Carta N° 01-10-11-2016-JESSA/SC, de fecha 11 de noviembre de 2016, remitida por el Supervisor, Ing. Jesús Silva Santisteban Acevedo, por la cual este pretendió resolver el Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario Chaco La Puntilla Lote D.

Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia de la pretendida resolución de Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario Chaco La Puntilla Lote D efectuada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare la Culminación en forma total de las Obras y que el laudo tenga eficacia equivalente al Acta de Culminación de las Obras.

Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare la indebida ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento- Cartas

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Fianzas- efectuadas por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo- MINCETUR y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada-PROINVERSIÓN y que ordene a PROINVERSIÓN que devuelva a favor de los demandantes los montos indebidamente ejecutados.

Pretensión Alternativa a la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión

Principal: Que el Tribunal Arbitral declare la indebida ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento- Cartas Fianzas- efectuadas por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo-MINCETUR y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada-PROINVERSIÓN y que se compense el saldo del precio con los montos ejecutados de las cartas fianzas.

Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal a la Primera

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral fije el plazo razonable en el cual -y de manera simultánea- el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo deberá suscribir la respectiva Escritura Pública de Compraventa y Shamrock del Perú SAC y la sociedad conyugal formada por don Carlos Zoe Chuman Ganoza y doña Rosa María Ramírez Meléndez cancelar el saldo pendiente del precio.

Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral ordene al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada PROINVERSIÓN pagar las costas y costos derivados del proceso arbitral.

5.2. Posición de la demandante:

5.2.1. Fundamentos de Hecho de la Demanda

La DEMANDANTE sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

Antecedentes

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Mediante Acuerdo adoptado en Sesión del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN del 25 de noviembre de 2010, se aprobaron las Bases y Precio Base del Concurso Público del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto Turístico El Chaco La Puntilla Lote "D" (en adelante, el PROYECTO).

Con fecha 10 de marzo de 2011, el Comité de PROINVERSIÓN en Activos, Inmuebles y otros Proyectos del Estado - PRO VALOR, mediante la Comisión de Recepción de Ofertas y Adjudicación para los concursos, Subastas Públicas o Ventas Directas realizadas en el marco de los Lineamientos Generales para la Venta de Inmuebles y Normas de Venta Directa de Inmuebles de propiedad de empresas u organismos del Estado, adjudicó la buena pro del Concurso del PROYECTO a SHAMROCK DEL PERÚ SAC y la sociedad conyugal formada por don CARLOS ZOE CHUMAN GANOZA y doña ROSA MARÍA RAMÍREZ MELÉNDEZ (en adelante, los COMPRADORES o los DEMANDANTES).

Con fecha 09 de mayo de 2011, se suscribió el Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario del PROYECTO (en adelante, el CONTRATO) entre el MINCETUR; y el COMPRADOR, con intervención de PROINVERSIÓN.

En virtud del CONTRATO, los COMPRADORES se comprometieron a invertir en la Reserva Nacional de Paracas y desarrollar las Obras de Habilitación Urbana del PROYECTO, en un plazo de treinta y seis (36) meses a partir de la suscripción del CONTRATO, por un monto total de US\$ 6'248,000.00 (Seis Millones Doscientos Cuarenta y Ocho Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

Mediante Carta SDP 035-2014, del 24 de marzo de 2014, los COMPRADORES solicitaron la ampliación del plazo máximo para la ejecución y culminación de las obras de habilitación urbana por dieciocho (18) meses

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

adicionales, asimismo solicitaron modificar el CONTRATO de manera que puedan suscribir el acta de Avance Mínimo de Obra, considerando que el motivo invertido a la fecha superaba en exceso el quince por ciento (15%) de las inversiones efectuadas en las obras, para que de esa forma poder pagar el saldo de precio y levantar la reserva de propiedad sobre el lote "D" formalizando su transferencia a favor del COMPRADOR.

Mediante Acuerdo de PROINVERSIÓN N° 594-2-2014-DSI, adoptado por el Consejo Directivo de PROINVERSION en su sesión del 6 de mayo de 2014, aprobó Autorizar la participación de PROINVERSIÓN en el CONTRATO, siempre que se incluya en él, una cláusula que precise que se otorga la ampliación del plazo solicitado sujeto a una condición resolutoria. Eso dio como resultado la suscripción de la Adenda N° 1 del CONTRATO.

Posteriormente, mediante Acuerdo de PROINVERSIÓN N° 594-2- 2014-DSI, adoptado por el Consejo Directivo de PROINVERSION en su sesión del 6 de mayo de 2014, aprobó Autorizar la participación de PROINVERSIÓN en el CONTRATO, siempre que se incluya en él, una cláusula que precise que se otorga la ampliación del plazo solicitado sujeto a una condición resolutoria.

Sobre la Primera Pretensión Principal

De acuerdo con el CONTRATO las partes vienen a ser el COMPRADOR y el MINCETUR. Eso queda claramente delimitado en el numeral 1.16.28 del CONTRATO. En este se señala que PROINVERSIÓN interviene en el CONTRATO a fin de "efectuar el seguimiento del cumplimiento de los compromisos de inversión asumidos por los inversionistas, así como supervisar el cumplimiento de las obligaciones de pago, por parte de los inversionistas (...)".

De conformidad con el numeral 1.16.30 del CONTRATO el "Supervisor del Contrato: Tendrá a su cargo la supervisión, administración, ejecución y

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

cobranza de las obligaciones a su cargo del COMPRADOR previstas en el Contrato".

Del CONTRATO se observa que el Supervisor del Contrato (en adelante. el SUPERVISOR) únicamente tiene facultades para resolver el CONTRATO de forma automática en determinados presupuestos, contemplados en la Cláusula octava del CONTRATO. Es decir, el SUPERVISOR exclusivamente podía hacer uso de la facultad establecida en el artículo 1430° del Código Civil que expresa lo siguiente: "puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión". Sin embargo. el SUPERVISOR no ha hecho uso de esta cláusula resolutoria expresa, sino que pretendió resolver el CONTRATO valiéndose de lo que contempla el artículo 1429 del Código Civil.

Los DEMANDANTES con fecha 25 de octubre de 2016 recibieron la Carta 01-25-10-2016 JESSAC/SC remitida por el SUPERVISOR mediante la cual él señala: "(...) De conformidad con lo establecido en el artículo 1429 del Código Civil, mediante la presente se les exige que procedan: (i) al pago del saldo del precio adeudado, ascendente a la suma de US\$ 2 194 399.80 (que corresponde al 60% del precio de venta pactado, ascendente a US\$ 3 657 333.00), más los respectivos intereses por la falta de pago oportuno, pago que hasta la fecha no ha sido honrado, y (ii) la conclusión de las obras de habilitación urbana a su cargo, considerando que el correspondiente plazo de ejecución se encuentra largamente vencido (desde el 09 de abril de 2016) sin que se hayan culminado su ejecución, pese a la diversas prórrogas sucesivamente concedidas. Debemos recordarles que, pese a nuestros diversos requerimientos, la persistencia en su incumplimiento genera un grave perjuicio para los intereses del Estado. En consecuencia, se les concede el plazo de quince (15) días para cumplir con lo requerido; en caso contrario, de persistir su incumplimiento y una vez vencido el indicado plazo, el contrato quedará sin efecto alguno, operando su resolución de pleno derecho, conforme a ley. En este último escenario, mediante la presente desde ya los conminamos

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

para que, de quedar resuelto de pleno derecho el contrato, procedan a la restitución inmediata del terreno, cuya posesión les fue entregada en su oportunidad, bajo responsabilidad".

El SUPERVISOR no estaba facultado para hacer uso del mecanismo regulado en el artículo 1429° del Código Civil porque no es parte del CONTRATO. Él tenía a su cargo la supervisión, administración, ejecución y cobranza de las obligaciones a su cargo del COMPRADOR previstas en el Contrato, y en el peor de los casos podía resolver el CONTRATO únicamente en los supuestos de hecho descritos en la Cláusula octava del CONTRATO.

Ante la ilegal decisión y comunicación del SUPERVISOR, mediante Carta SDP-342-2016, de fecha 27 de octubre de 2016, recibida en la misma fecha por PROINVERSIÓN, los DEMANDANTES expresaron su enérgico rechazo al actuar del SUPERVISOR y dijeron: "(...) Con relación a la comunicación remitida por el Supervisor, queremos señalar que esta no tiene ningún efecto legal, por cuanto éste no es parte del Contrato, ni se encuentra facultado contractualmente para formular un apercibimiento de resolución de conformidad con lo establecido en el artículo 1429° del Código Civil, según lo indica en su comunicación.(...)".

Los DEMANDANTES mediante Carta SDP-345-2016, de fecha 08 de noviembre de 2016, solicitaron al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo una Reunión referida al PROYECTO. Ahí los DEMANDANTES manifestaron que les había llamado la atención el contenido del Oficio 1081-2016/PROINVERSION/DSI y el de la Carta N° 01-25-10-2016 JESSA/SC, cursados por PROINVERSION y por el SUPERVISOR, respectivamente, haciendo de su conocimiento la ejecución de la Carta Fianza de fiel cumplimiento del CONTRATO y el requerimiento de pago del saldo del precio.

Desde la ejecución de la primera Carta Fianza los DEMANDANTES venían solicitando por escrito, en innumerables oportunidades, que se les conceda

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

una cita que los permita coordinar se inserte al CONTRATO una adenda que modifique los plazos para el cumplimiento de la habilitación urbana, pues resultaba materialmente imposible culminarla en las condiciones pactadas, ya que para ello era necesario iniciar el proyecto inmobiliario conforme a los planos presentados en la Municipalidad Distrital de Paracas. Desafortunadamente, por motivos desconocidos, las múltiples cartas dirigidas a PROINVERSIÓN, en las que los DEMANDANTES solicitaban se les recibiera para tratar ese tema, nunca fueron contestadas y por lo tanto nunca fueron recibidos por los representantes de dicha institución para sostener el trato directo necesario para aclarar y resolver los temas que afectan el contrato de la referencia.

Los DEMANDANTES en la Carta SDP-345-2016 indicaron que habían invertido aproximadamente US\$14 millones de dólares americanos en el PROYECTO, cifra que ha sido plenamente sustentada a través de documentación de soporte. Además, la Municipalidad Distrital de Paracas, como autoridad competente en estos casos, ha otorgado la conformidad de la Habilitación Urbana del Lote D en el que se desarrolla el Proyecto.

No obstante lo anterior, con fecha 07 de noviembre de 2016 los DEMANDANTES recibieron el Oficio N° 630-2016- MINCETURNMT, de fecha 04 de noviembre de 2016, remitido por el MINCETUR, por la cual "ratifica los alcances contenidos en la Carta Notarial N° 01-25-2016 JESSAISC, de fecha 25 de octubre de 2016". Es decir, el MINCETUR reconoció que el SUPERVISOR no era parte del CONTRATO ni se encontraba facultado contractualmente para formular un apercibimiento de resolución de conformidad con lo establecido en el artículo 1429° del Código Civil, por ello acudió a la figura de la ratificación.

Los DEMANDANTES trataron en todo momento de llegar a un entendimiento y solucionar las diferencias de manera amigable sin necesidad de ir a arbitraje. Para ello cursaron la Carta SDP-345- 2016, de fecha 08 de noviembre de 2016,

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

recibida por el MINCETUR en la misma fecha, en la cual propusieron los asuntos a resolver. Sin embargo, el MINCETUR y PROINVERSIÓN en lugar de componer el litigio suscitado optaron por guardar silencio.

Con mucha sorpresa y decepción los DEMANDANTES, con fecha 11 de noviembre de 2016, recibieron la Carta 01-10-11-2016-JESSA/SC, por la cual el SUPERVISOR señala: "En mi condición de Supervisor del Contrato de la referencia, y en cumplimiento de las instrucciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), comunicadas por PROINVERSIÓN, cumpla con comunicarles que, habiéndose vencido el día 09 de noviembre del presente año, el plazo de quince (15) días derivado de las cartas de fecha 25 de octubre(01y 02-25-10- 2016-JESSA/SC), sin que hayan cumplido con subsanar los graves incumplimientos de obligaciones contractuales específicas señaladas en dicha comunicación, el respectivo contrato ha quedado resuelto de pleno derecho, por lo que ha cesado de surtir efectos.(...)".

Ahora bien, el SUPERVISOR no tiene facultades para resolver el CONTRATO por lo que la Carta 01-10-11-2016-JESSA/SC es INEFICAZ.

En el caso concreto del presente arbitraje, existe certeza de que el MINCETUR no ratificó la Carta 01-10-11-2016 JESSA/SC. De acuerdo con el artículo 161 ° del Código Civil el acto jurídico del SUPERVISOR es INEFICAZ para los DEMANDANTES, porque no contaba con facultades para resolver el CONTRATO en aplicación del artículo 1429° del Código Civil y ese acto no fue ratificado. Si lo que pretendía el SUPERVISOR era dejar sin efecto el CONTRATO que unía al MINCETUR y los DEMANDANTES todo el acto jurídico es ineficaz, por lo que no surte efectos jurídicos para los DEMANDANTES. En tal sentido, así lo debe declarar el Tribunal Arbitral.

Sobre la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Los DEMANDANTES con fecha 25 de octubre de 2016 recibieron la Carta 01-25-10-2016 JESSAC/SC remitida por el SUPERVISOR mediante la cual él señala: "Al respecto, de conformidad con lo establecido en artículo 1429 del Código Civil, mediante la presente se les exige que procedan: (i) al pago del saldo de precio adeudado, ascendente a la suma de US\$ 2 194 399.80 (que corresponde al 60% del precio de venta pactado, ascendente a US\$ 3 657 333.00), más los respectivos intereses por la falta de pago oportuno, pago que hasta la fecha no ha sido honrado, y (ii) la conclusión de las obras de habilitación urbana a su cargo, considerando que el correspondiente plazo de ejecución se encuentra largamente vencido (desde el 09 de abril de 2016) sin que hayan culminado su ejecución, pese a la diversas prórrogas sucesivamente concedidas. Debemos recordarles que, pese a nuestros diversos requerimientos, la persistencia en su incumplimiento genera un grave perjuicio para los intereses del Estado. En consecuencia, se les concede el plazo de quince (15) días para cumplir con lo requerido; en caso contrario, de persistir su incumplimiento y una vez vencido el indicado plazo, el contrato quedará sin efecto alguno, operando su resolución de pleno derecho, conforme a ley. En este último escenario, mediante la presente desde ya los conminamos para que, de quedar resuelto de pleno derecho el contrato, procedan a la restitución inmediata del terreno, cuya posesión les fue entregada en su oportunidad, bajo responsabilidad".

Con fecha 09 de mayo de 2011, el MINCETUR con intervención de PROINVERSIÓN, y el COMPRADOR, suscribieron el Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario del PROYECTO.

Como se puede apreciar de los términos de referencia del PROYECTO la finalidad de este fue desde un inicio la Habilitación Urbana para acoger posteriormente a un condominio vacacional de un mínimo de 200 lotes para vivienda. Para ello debía contar con servicios e instalaciones, sociales,

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

recreativas y deportivas, así como estacionamientos para propietarios y visitantes.

Los términos de referencia inciden en que luego de realizada la Habilitación Urbana el COMPRADOR debía respetar la idea original del área destinada a los lotes. Esto quiere decir que inmediatamente después de la habilitación urbana el COMPRADOR debía respetar el área de los 200 lotes para el acogimiento y construcción del condominio. Adviértase que se permite incluso la posibilidad ceder a terceros sea arrendamiento o cualquier otra forma jurídica pero siempre y cuando se respete la continuidad de los lotes para el condominio. Por tanto, los lotes deben ser exclusivamente para el desarrollo del condominio.

Lo que querían PROINVERSIÓN y el MINCETUR era que el área de terreno que se encontraba en condiciones baldías e improductivas adquirieran utilidad. Su idea era poner en valor y darle un aprovechamiento que genere una actividad económica, y que en la zona de influencia exista productividad y generación de puestos de trabajo, entre otros. Ello es loable porque permitió que ese terreno pueda ser explotable económicamente.

Así tenemos que las obligaciones de los DEMANDANTES eran pagar el saldo del precio y realizar la Habilitación Urbana del Lote D.

Ahora bien, el PROYECTO, denominado "VIVIENDA VACACIONAL SHAMROCK PARACAS LAGOON", está ubicado en la Carretera Pisco-Punta Pejerrey, distrito de Paracas, provincia de Pisco, departamento de Ica. El terreno matriz se encuentra ubicado en la zona denominada El Chaco; con frente a la Carretera Pisco-Punta Pejerrey, distrito de Paracas, provincia de Pisco, departamento de Ica, con un área de 181,854.33 m². (Ciento ochenta y un mil ochocientos cincuenta y cuatro metros cuadrados con treinta y tres decímetros cuadrados).

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

De acuerdo con el Certificado de Zonificación y Vías N° 001- DAHTC-MPP, de fecha 27 de junio de 2011, expedido por la Municipalidad Provincial de Pisco, el lote tiene una zonificación RESIDENCIAL DE DENSIDAD MEDIA (ROM), compatible de conformidad con el Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios N° 022-2011-MDP/GDU de fecha 03 de mayo del 2011 emitido por la Municipalidad Distrital de Paracas, con el uso de "Vivienda de Densidad Muy Baja, en Condominio, Tipo Club Temporal o Vacacional" de 3 pisos, siendo este último el tipo de vivienda al que se destinó el terreno materia de Habilitación Urbana, en concordancia con el Capítulo IV de la Norma TH.01 O del Reglamento Nacional de Edificaciones.

Al tratarse de un terreno riveño al mar este está enmarcado en las disposiciones de la Ley N° 26856, por lo que se determinó la Línea de Alta Marea, respetando la Habilitación Urbana propuesta, el Área de Playas, constituida por la franja de hasta 50 metros de ancho paralela a la línea de alta marea, como puede apreciarse en el plano aprobado por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas "DICAPI", con el documento N° V.200-0691 de fecha 06 de octubre de 2011.

El respeto de la franja paralela al mar de 50 metros de sección paralelos a la Línea de Alta Marea, libres para playa, afectan el terreno matriz en 18,784.94 m². Los que se encuentran debidamente demarcados y achurados en el plano de lotización. Con lo que el lote único materia de habilitación urbana queda reducido a 163,066.37 m².

El terreno no se encuentra afecto por el Área de Dominio Restringido, en consideración de haber sido transferida al dominio privado de una entidad estatal con anterioridad al 9 de septiembre de 1997. Consecuentemente, el inmueble está dentro del supuesto de aplicación de la excepción legal prevista en el artículo 2° de la Ley de Playas, (Ley N° 26856) complementada por lo dispuesto en el artículo 12° del Reglamento de la Ley de Playas (Decreto Supremo N° 050-2006-EF de fecha 25 de abril de 2006).

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Respecto de las vías de acceso al mar, el terreno se encuentra lindante con una vía libre de acceso al mar en el vértice formado por el lindero norte, con la línea paralela al mar a 50 metros de la LAM, esta vía libre se distancia 160 metros del lindero norte en el acceso desde la carretera Pisco Punta Pejerrey, distancia que sumada al frente del terreno de 236 metros resulta mucho menor de 1,000 metros, en consecuencia, la habilitación urbana no se encontraba obligada a establecer un acceso independiente al mar.

Asimismo, el terreno no está afecto por la Reserva Nacional de Paracas, establecida mediante el Decreto Supremo N° 1281-75-AG, al encontrarse al lado "Oeste" de la carretera Pisco-Paracas, en el sector que el lindero de la Reserva lo constituye la indicada carretera hasta encontrarse con la vía que ingresa desde la Panamericana Norte, encontrándose la Reserva Nacional de Paracas al "Este" de la indicada vía.

El proyecto "VIVIENDA VACACIONAL SHAMROCK PARACAS LAGOON", en la actualidad, está diseñado, planeado y preparado para un conjunto de unidades de vivienda con apartamentos de dos, tres, cuatro y hasta cinco dormitorios que se desarrolla sobre el lote único materia de la habilitación urbana.

Al tener un terreno de 181,854.33 metros cuadrados, con un frente marítimo promedio de 459 metros y una profundidad promedio de 689 metros, la estrategia de los DEMANDANTES fue ocupar perimetralmente el terreno aprovechando la topografía y las zonas de mayor altura para lograr que tengan una excelente vista todas las unidades de vivienda del conjunto. De este modo se genera un gran espacio central de uso y propiedad común, privilegiado, al encontrarse protegido, de los vientos locales de fuerte intensidad, por los volúmenes de las viviendas que lo rodean.

El PROYECTO actual ha contemplado espacios de estacionamientos

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

techados para las residencias, espacios de estacionamientos para el club house y espacios de estacionamientos exteriores para los visitantes. El acceso a los estacionamientos se realiza mediante una Vía Interna Pavimentada perimetral. Además de los estacionamientos con que cuentan las unidades de vivienda, también se ha destinado 4 zonas estratégicamente ubicadas para el parqueo de una ambulancia y un carro de bomberos. A diferencia del PROYECTO inicial ahora hay más estacionamientos y no 500, además de las 4 zonas estratégicas.

Shamrock es una empresa promotora inmobiliaria que tiene su sede en Miami, Florida, fundada en 1991 enfocada principalmente en el desarrollo de proyectos exclusivos en zonas residenciales. Tiene también otros proyectos de la misma clase en los Estados Unidos de Norteamérica y Costa Rica. En nuestro país desarrolló tres (3) grandes proyectos de departamentos de lujo ubicados en La Aurora - Miraflores (2007), San Isidro y Chacarilla del Estanque-Surco entregados estos últimos en el año 2010. Los profesionales que lo conforman destacan por su reconocida trayectoria.

A la fecha los DEMANDANTES han invertido en el PROYECTO aproximadamente US \$ 14'000,000.00 y su principal interés y preocupación radicó en generar valor y habilitar el Lote D. Ello no fue fácil y de ello pueden dar fe el MINCETUR, PROINVERSIÓN y el SUPERVISOR quienes inicialmente valoraron nuestra prioridad. Eso se ve reflejado en el asentimiento tácito de que los DEMANDANTES continuaran con las inversiones en el PROYECTO en lugar de destinar US \$ 3'657,333.00 de los US \$ 14'000,000.00 a la cancelación del pago del precio del terreno.

Lamentablemente, el cambio de gestión también afectó negativamente en el desarrollo del PROYECTO, dado que los DEMANDANTES proyectaron pagar el saldo del precio con fondos de inversión provenientes del exterior. MINCETUR y PROINVERSIÓN conocían que el 60% del financiamiento del precio del terreno provendría de un financiamiento bancario. Así consta en el

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Estudio Económico - Financiero. Forma de Financiamiento contenido en la Propuesta Económica.

Pese a los hechos externos adversos para los DEMANDANTES estos continuaron con el PROYECTO y lo sacaron adelante.

Los DEMANDANTES, con fecha 06 de abril de 2016, recibieron de PROINVERSIÓN el Oficio N° 303/2016/PROINVERSIÓN/DSI referido también a la recepción de obra programada para el día 09 de abril de 2016. Debido a que las elecciones generales en el Perú se iban a realizar el domingo 10 de abril de 2017 y, puesto que ello obligaba a los gerentes a viajar a diferentes localidades, al día siguiente, mediante Carta SDP-302-2016 los DEMANDANTES solicitaron la Reprogramación del acto de recepción de obras para el martes 12 de abril de 2016. Sin embargo, pese al pedido razonable, los DEMANDANTES no tuvieron respuesta de PROINVERSIÓN.

En atención a lo mencionado anteriormente los DEMANDANTES, mediante Carta SDP-303-2016, de fecha 08 de abril de 2016, informaron a PROINVERSIÓN la CULMINACIÓN LAS OBRAS DE HABILITACIÓN URBANA CORRESPONDIENTES AL CONTRATO.

De igual manera, los DEMANDANTES, mediante Carta SDP - 304- 2016, de fecha 08 de abril de 2016, presentaron a PROINVERSIÓN la: "Resolución de Alcaldía de la Municipalidad Distrital de Paracas en la que se aprueba la Habilitación Urbana en Lote "D" del Chaco La Puntilla, objeto del Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario - Chaco La Puntilla Lote "D".

En ese estado de cosas, en estricto cumplimiento del CONTRATO lo que correspondía era cancelar el saldo del precio a fin de que se levante la reserva de propiedad según lo establecido en el numeral 2.2 del CONTRATO y la emisión del Acta de Culminación. Para ello, ya los DEMANDANTES estaban

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

gestionando los fondos necesarios de los bancos de inversión o bancos locales, y en su defecto con dinero provenientes de los 41 futuros compradores con los que los DEMANDANTES había suscrito contratos de compromiso de contratar, y que además estaban organizados y constituidos en una Asociación.

Ello en puridad constituiría una obligación de los DEMANDANTES. Esto es, el cumplimiento de un imperativo por parte de los DEMANDANTES. Eso se desprende del segundo párrafo del numeral 2.2.1 del CONTRATO que señala que "el MINCETUR se compromete a transferir la propiedad del Lote O, una vez que se haya verificado: (...) b) Que el COMPRADOR haya cumplido con cancelar el Precio del Lote O".

Considerando al pago del saldo del precio como una obligación de los DEMANDANTES es válido que al incumplirse pueda dar origen a la resolución del CONTRATO; sin embargo, para ello tienen que darse determinados presupuestos que se analizarán más adelante.

Ahora bien, a pesar del pedido de los DEMANDANTES de postergar el Acto de recepción de obras y emisión del Acta de Culminación y no obstante la entrega por parte de los DEMANDANTES de la Resolución de Alcaldía que aprobó la Recepción de obras del PROYECTO, el día 09 de abril de 2016 el SUPERVISOR se apersonó con el señor Notario Público de la provincia de Pisco, Dr. Raúl E. Camacho Camacho, a las instalaciones de la Habilitación Urbana aprobada por la Municipalidad Distrital de Paracas y se procedió a levantar un acta respectiva. Es preciso destacar que en dicho acto el representante de los DEMANDANTES adjuntó la Resolución de Alcaldía N° 250-2016-MDP/ALC, de fecha 08 de abril de 2016, por la que se aprueba la recepción de obra del PROYECTO, tal como se evidencia en la página 4 del acta.

Los DEMANDANTES habían solicitado que se les conceda un plazo para que

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

algunos elementos (veredas, parques y jardines, conexiones internas a cada una de las unidades de vivienda) puedan ser culminados apenas las condiciones constructivas lo permitan, lo que estimaron debería ser en un plazo de 18 meses. Sin embargo, PROINVERSIÓN recién el 20 de mayo de 2016 respondió a la Carta SDP-303-2016, de fecha 08 de abril de 2016, en el que dice que: "mediante el documento de la referencia b) [Informe N° 01-13-04-2016-JESSNSC del 13 abril de 2016] luego de la verificación notarial realizada en la fecha del vencimiento del plazo (09 de abril de 2016) otorgado a su representada para el cumplimiento de la obligación de culminación de la ejecución de las Obras de Habilitación Urbana y Obras Complementarias del citado proyecto, que tal obligación ha sido incumplida. Así mismo, respecto a su solicitud de ampliación de Plazo para la culminación de las Obras presentada con su Carta SDP- 303-2016, el Supervisor del Contrato, de conformidad con lo establecido en el mismo, mediante documento de la referencia e) [Informe N° 03-15-04-2016-JESSNSC del 15 abril de 2016], cuya copia se adjunta al presente, emite opinión desfavorable debido a que las razones invocadas por su representada no se enmarcan en lo establecido en el Contrato. (...)".

Lo extraño es que el Informe N° 01-13-04-2016-JESSA/SC del 13 abril de 2016 en el tercer punto afirma lo siguiente: "En cuando a la habilitación urbana, en el Contrato y su Anexo N° 2 no se detallan las obras a ejecutar, por lo que es preciso recurrir al proyecto de habilitación urbana presentado por el Consorcio a la Municipalidad de Paracas aprobada por la Resolución N° R. A. N° 191-2012- MDP/ALC; en la que se detalla las obras de habilitación, a saber: (...)".

Es extraño porque si el SUPERVISOR afirmó que en el Anexo N° 2 no se detalló las obras a ejecutar y para ello recurrió al proyecto de habilitación aprobado por la Resolución N° R. A. N° 191-2012-MDP/ALC, la pregunta es ¿Por qué el SUPERVISOR no tomó en cuenta la Resolución de Alcaldía N° 250-2016-MDP/ALC, de fecha 08 de abril de 2016, por la que se aprobó la recepción de obra del PROYECTO? EL INFORME ES A TODAS LUCES

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

ARBITRARIO.

Es necesario resaltar que los supuestos incumplimientos atribuidos a los DEMANDANTES no son posibles de ejecutar sin que se inicie la fase de construcción de las viviendas. Eso consta en el numeral 2 de la Resolución de Alcaldía N° 250- 2016-MDP/ALC. Además, los DEMANDANTES así lo habían advertido a PROINVERSIÓN y con la finalidad de evitar discrepancias con PROINVERSIÓN y el MINCETUR por eso los DEMANDANTES solicitaron un plazo de 18 meses, pese a no estar obligados, porque ya las obras habían sido recibidas por la entidad competente.

El SUPERVISOR no indica ni explica acerca de si es posible o no ejecutar en esa etapa sin necesidad de construir previamente las viviendas. Lógicamente no hay argumento razonable que justifique llevar a cabo los supuestos incumplimientos porque sencillamente eso no resiste al más mínimo análisis. Por ejemplo, cómo se puede exigir que se cuente con un sistema de abastecimiento definitivo de agua y no provisional si aún no se sabe exactamente dónde estarán los puntos de acometida, igual sucede con las acometidas del sistema eléctrico, etc.

El SUPERVISOR en su Informe N° 01-13-04-2016-JESSA/SC del 13 abril de 2016 concluye lo siguiente: "De acuerdo con lo expuesto en el presente informe, al 09 de abril de 2016, el Consorcio ha incumplido con las obligaciones contractuales establecidas en su oferta técnica y en la licencia de habilitación urbana. En ese sentido, es mi opinión que los trabajos de habilitación urbana y obras complementarias se encuentran inconclusas. Las acciones antes señaladas fueron evidenciadas también, según consta en el acta de constatación notarial que se adjunta al presente informe. (...)".

Cómo así concluye el SUPERVISOR que los DEMANDANTES incumplieron sus obligaciones contractuales establecidas en su oferta técnica si al inicio de su informe dijo que "no se detallan las obras a ejecutar", y que por eso recurría

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

al proyecto de habilitación aprobado por Resolución N° 191-2012-MDPIALC. Definitivamente es contradictorio y absurdo que concluya algo si no existe una premisa.

El SUPERVISOR tomó en cuenta la Resolución N° R. A. N° 191- 2012-MDP/ALC para determinar los supuestos incumplimientos. ¿Por qué no considero la Resolución de Alcaldía N° 250-2016-MDP/ALC para evaluar el cumplimiento contractual? ¿El SUPERVISOR desautoriza o desconoce las competencias de la Municipalidad de Paracas? Evidentemente existe un silencio conveniente.

De igual forma, el SUPERVISOR dice que los supuestos incumplimientos atribuidos a los DEMANDADOS constan en el "acta de constatación notarial que se adjunta al presente informe". Sin embargo, el SUPERVISOR no dice que de acuerdo con la Resolución de Alcaldía N° 250-2016-MDP/ALC, que consta en la página 4 de la mencionada acta, se ha culminado la Habilitación Urbana. Obviamente hay una omisión interesada y parcializada, porque pese a que los DEMANDANTES entregaron la decisión municipal formalmente a PROINVERSIÓN y además en el mismo acto lo presentaron también al SUPERVISOR este en ningún momento lo tomó en cuenta.

Esa conducta del SUPERVISOR y de PROINVERSIÓN constituye un abuso del derecho que no ampara nuestro ordenamiento jurídico. Así lo ha regulado la Constitución Política y el Código Civil.

También puede calificarse de arbitrario porque no obedece a la resolución municipal que aprueba la habilitación urbana y tampoco obedece a criterios razonables.

Lo grave del informe es que también concluye que procederán a ejecutar el íntegro de la carta fianza de fiel cumplimiento. Eso es una absoluta arbitrariedad.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

El SUPERVISOR en su Informe N° 03-15-04-2016-JESSA/SC del 15 abril de 2016, en el tercer párrafo, señala: "Shamrock, manifiesta haber culminado las obras de habilitación urbana; sin embargo, esto no es exacto, pues los trabajos de habilitación urbana y obras complementarias se encuentran inconclusas, situación que ha evidenciado en el acto notarial de constatación del 09 de abril de 2016 y en mi informe N° 01-14-04-2016-JESSA/SC. (...) "

Como se aprecia del texto transcrito el SUPERVISOR en ningún momento hace alusión a la Resolución de Alcaldía N° 250-2016- MDP/ALC, que consta en la página 4 de la mencionada acta, que indica que se ha culminado la Habilitación Urbana. Ello indudablemente da mucho que pensar, pues al ser parte de una entidad pública desconoce absolutamente el cumplimiento de las decisiones gubernamentales. No está demás traer a colación que la Administración Pública se rige por el principio de legalidad y por la vinculación positiva al ordenamiento jurídico.

Debemos resaltar también que la Resolución de Alcaldía N° 250- 2016-MDP/ALC en ningún momento ha sido cuestionada ni por el SUPERVISOR, PROINVERSIÓN o MINCETUR, por lo que al haber quedado firme tiene plena vigencia y eficacia.

Por consiguiente, no existe margen de duda que la única entidad pública competente para aprobar un proyecto de habilitación urbana y aprobar las obras ejecutadas es la municipalidad competente. En este caso la Municipalidad de Paracas, y ha quedado demostrado que el actuar del SUPERVISOR, PROINVERSIÓN y MINCETUR fue del todo irregular y arbitrario.

Los DEMANDANTES a pesar del actuar ilegal del SUPERVISOR, PROINVERSIÓN y MINCETUR trató de no llegar a esta instancia arbitral e hizo todos sus esfuerzos para que las cosas se compongan y se arribe a un acuerdo

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

consensuado. En esa idea, solicitó reuniones, presentó comunicaciones, etc., con el fin de que no se genere daños a los DEMANDANTES. Eso puede apreciarse de la Carta SDP -306-2016 de fecha 18 de abril de 2016.

De igual manera, sin que haya un pronunciamiento firme por parte de un Tribunal Arbitral respecto a los supuestos incumplimientos atribuidos a LOS DEMANDANTES, PROINVERSIÓN ejecutó la garantía de fiel cumplimiento debido a que aparentemente no habríamos cumplido con la habilitación urbana. PROINVERSIÓN con fecha 27 de mayo de 2016, nos comunicó ese hecho mediante Oficio N° 500- 2016/PROINVERSIÓN/DS y nos exigió efectuar la restitución de la Garantía de fiel cumplimiento en consideración a la Cláusula Octava.

PROINVERSIÓN consideraba que el contrato se encontraba vigente y para no resolver el CONTRATO nos exigió la restitución de la garantía.

Ante ello los DEMANDANTES mediante Carta SDP-312-2016, de 25 de mayo de 2016, solicitó no ejecutar la referida carta fianza mientras existiera la discrepancia entre lo señalado por el SUPERVISOR y los DEMANDANTES. De la misma forma, mediante Carta SDP-313-2016, de 30 de mayo de 2016, los DEMANDANTES solicitaron resolver la controversia técnica entre las partes a través del trato directo.

El SUPERVISOR mediante con fecha 09 de junio de 2016 requirió a los DEMANDANTES para que renueven la Garantía de Fiel Cumplimiento. Los DEMANDANTES en coordinación con los futuros compradores de las unidades inmobiliarias del PROYECTO cumplieron con restituir la Garantía de Fiel Cumplimiento la misma que fue extendida el 22 de junio de 2016 por el BanBif y se puso en conocimiento a PROINVERSIÓN.

Aun cuando los DEMANDANTES se reunían con los representantes del MINCETUR y los futuros compradores de las unidades inmobiliarias del

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

PROYECTO, para dar una solución armoniosa a las discrepancias, el 25 de octubre de 2016, mediante Oficio N° 1081-2016/PROINVERSIÓN/DSI, PROINVERSIÓN comunicó que: "se ha procedido a ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento de contrato, en razón que su representada ha incumplido con la culminación de la ejecución de las Obras de Habilitación Urbana y Obras Complementarias del citado proyecto en el plazo establecido (09 de abril de 2016), sin verificarse variaciones a la fecha. (...)".

El 25 de octubre de 2016, los DEMANDANTES también recibieron la Carta 01-25-10-2016 JESSA/SC cursada por el SUPERVISOR en la que dice: "En mi condición de Supervisor del Contrato de la referencia, y en cumplimiento de las instrucciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), comunicadas por PROINVERSIÓN, hago referencia a la situación en la que se encuentra dicho contrato y, en particular, a las diversas obligaciones a su cargo que permanecen inejecutadas. Al respecto, de conformidad con lo establecido en artículo 1429 del Código Civil, mediante la presente se les exige que procedan: (i) al pago del saldo de precio adeudado, ascendente a la suma de US\$ 2 194 399.80 (que corresponde al 60% del precio de venta pactado, ascendente a US\$ 3 657 333.00), más los respectivos intereses por la falta de pago oportuno, pago que hasta la fecha no ha sido honrado, y (ii) la conclusión de las obras de habilitación urbana a su cargo, considerando que el correspondiente plazo de ejecución se encuentra largamente vencido (desde el 09 de abril de 2016) sin que hayan culminado su ejecución, pese a la diversas prórrogas sucesivamente concedidas. Debemos recordarles que, pese a nuestros diversos requerimientos, la persistencia en su incumplimiento genera un grave perjuicio para los intereses del Estado. En consecuencia, se les concede el plazo de quince (15) días para cumplir con lo requerido; en caso contrario, de persistir su incumplimiento y una vez vencido el indicado plazo, el contrato quedará sin efecto alguno, operando su resolución de pleno derecho, conforme a ley. En este último escenario, mediante la presente desde ya los conminamos para que, de quedar resuelto de pleno derecho el contrato, procedan a la restitución inmediata del terreno, cuya posesión les fue

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

entregada en su oportunidad, bajo responsabilidad".

Como se advierte PROINVERSIÓN ejecutó dos (2) cartas fianzas de fiel cumplimiento por un mismo motivo: el supuesto incumplimiento de la culminación de las obras al 09 de abril de 2016. Ahora bien, la carta fianza la ejecutó PROINVERSIÓN con fecha 20 de octubre de 2016. Esto es, primero ejecutó la garantía y luego requirió a los DEMANDANTES el cumplimiento de las supuestas obligaciones pendientes.

Ese actuar es contrario a Derecho porque no se puede aplicar dos penalidades por un mismo hecho.

PROINVERSIÓN ejecutó dos (2) cartas fianzas por un mismo hecho. Por tanto, siguiendo la línea del órgano máximo de interpretación constitucional, PROINVERSIÓN actuó contra el Estado de Derecho.

Los DEMANDANTES mediante Carta SDP-342-2016 entregada a PROINVERSIÓN con fecha 27 de octubre de 2017 protestaron firmemente ante tal arbitrariedad. Los DEMANDANTES dejaron constancia que a pesar de las múltiples solicitudes para ser recibidos por PROINVERSIÓN, tampoco se les dio una cita para discutir este y otros temas, ni tuvieron la cortesía de responder a las innumerables llamadas telefónicas reiterando su solicitud a su Dirección de Servicios al Inversionista.

La Carta Fianza fue otorgada el 22 de junio de 2016 y renovada en dos oportunidades. En las reuniones sostenidas PROINVERSIÓN ofreció determinar las obligaciones pendientes y establecer un plazo razonable para su ejecución. Sin embargo, no lo hicieron.

Los DEMANDANTES en la Carta SDP-342-2016 argumentaron que PROINVERSIÓN les reiteró el cumplimiento de la obligación de pago del saldo de precio; sin embargo, como es de conocimiento, para que ocurra ello debe

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

encontrarse vigente la Carta Fianza (literal e, numeral 2.2.1 de la cláusula segunda del Contrato). De ahí que su requerimiento no resulta comprensible, pues de acuerdo con la actuación previa de PROINVERSIÓN, con la que los DEMANDANTES discrepaban, en caso de que se restituya la Carta Fianza, ésta volvería a ser ejecutada por el supuesto incumplimiento producido el 09 de abril de 2016; tornándose imposible cumplir con cancelar el saldo de Precio, O LO QUE ES PEOR, QUE CANCELADO ESTE, NO SE LEVANTE LA RESERVA DE PROPIEDAD. Eso quiere decir que los DEMANDANTES suspendieron la ejecución de su prestación.

Se puede afirmar que la característica que tipifica a los contratos con prestaciones recíprocas es que la reciprocidad encuentra su fundamento en una correlación de prestaciones y a su cumplimiento simultáneo.

Por ello, en virtud del artículo 1426º los DEMANDANTES suspendieron la ejecución de su prestación de cancelación del precio debido a que el MINCETUR y PROINVERSIÓN no garantizaban que iban a levantar la reserva de propiedad, porque ellos consideraban que no se había culminado la habilitación urbana. La interdependencia o simultaneidad de ejecución de prestación está acreditada. Los DEMANDANTES debían pagar el saldo del precio y MINCETUR y PROINVERSIÓN debían suscribir la escritura pública levantando la reserva de propiedad.

Un elemento que tomar en cuenta es que LOS DEMANDANTES estaban en una posición de cumplimiento contractual porque habían logrado la habilitación urbana y PROINVERSIÓN y MINCETUR se negaban a emitir el Acta de Culminación sin justificación razonable.

Por otra parte, el actuar de PROINVERSION al ejecutar la segunda carta fianza es incomprensible puesto que, si tenía la posición de ejecutar la segunda Carta Fianza entonces, ¿para que permitieron que la misma fuera renovada en dos oportunidades? si al primer vencimiento pudieron haber procedido con la

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

ejecución. Las renovaciones que PROINVERSIÓN permitió de la segunda Carta Fianza más bien confirmaba a los DEMANDANTES y a los garantes lo convenido en la reunión con PROINVERSIÓN de que se estaban determinando técnicamente cuales eran las obras de la habilitación urbana que a su criterio estaban pendientes, a efectos de poder concluir las, Empero, lejos de ello, PROINVERSIÓN luego de dos renovaciones decidió sin sustento alguno (en tanto estaba pendiente la referida determinación técnica) ejecutar por segunda vez la garantía bancaria y sobre el mismo hecho lo que podría interpretarse como una acción de mala fe.

Con relación a la comunicación remitida por el SUPERVISOR, los DEMANDANTES fueron enfáticos al señalar que aquella no tiene ningún efecto legal, por cuanto él no es parte del CONTRATO, ni se encontraba facultado contractualmente para formular un apercibimiento de resolución de conformidad con lo establecido en el artículo 1429° del Código Civil, según lo indicó en su comunicación.

Ahora bien, sobre el requerimiento efectuado para "concluir con las obras de la habilitación urbana" en 15 días, aun cuando la comunicación del SUPERVISOR fuera válida, a esa fecha PROINVERSIÓN ya había ejecutado la Garantía de fiel cumplimiento, por segunda vez. Cómo pretendía que cancelamos el saldo del precio si una de las condiciones era que la garantía esté vigente. Por ello, es legítimo y válido que los DEMANDANTES hayan suspendido la ejecución de la prestación.

A la fecha de requerimiento de cumplimiento PROINVERSIÓN como el MINCETUR ya se encontraban en mora.

PROINVERSIÓN y el MINCETUR al mostrar su negativa a aceptar la culminación de las obras de habilitación urbana y al negarse a emitir el acta correspondiente estaban abiertamente omitiendo realizar un acto necesario e indispensable para que se tenga por cumplida la prestación. La norma además

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

dice que la conducta debe ser sin motivo legítimo. Ahora bien, cabe preguntarnos si desconocer una resolución de alcaldía o desconocer el artículo 73° de la Ley Orgánica de Municipalidades constituye un motivo legítimo. La respuesta es obviamente que no existe motivo legítimo sino ilegal y reñido contra el Estado de Derecho.

En ese sentido, PROINVERSIÓN y el MINCETUR deben soportar las consecuencias negativas de su accionar y no pueden imputar responsabilidad a los DEMANDANTES.

Por consiguiente, una parte infiel que no cumple con su prestación no puede válidamente resolver el CONTRATO, puesto que esta parte incumpliente debe asumir toda la responsabilidad y situaciones gravosas producto de su negativa a colaborar con el deudor.

La intimación del MINCETUR o PROINVERSIÓN otorgando el plazo de quince (15) días no es razonable. Recordemos que los DEMANDANTES proyectaron ejecutar las obras que no formaban parte de la habilitación urbana, pero para ello requerían de un plazo de 18 meses. Sin embargo, se les dio 15 días. Ejecutar en ese tiempo deviene en imposible, más aún cuando no ha habido una determinación técnica de los aspectos de la habilitación urbana, que según el SUPERVISOR habrían sido incumplidos por los DEMANDANTES. En otras palabras, no se podía pretender que se concluya trabajos adicionales a la habilitación urbana, si ni el SUPERVISOR ni PROINVERSION habían señalado cuales son las obras que faltan para que se entienda concluida la indicada habilitación urbana. Eso de acuerdo con lo citado constituiría un actuar de mala.

Los DEMANDANTES han fundamentado y se acredita, con medios probatorios que se adjuntan a la presente demanda, que suspendieron la ejecución de su prestación debido al incumplimiento de PROINVERSIÓN y el MINCETUR. Además, estas no cumplieron con emitir el Acta de Culminación y no

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

devolvieron la Garantía de fiel cumplimiento, sino por el contrario la ejecutaron en dos (2) oportunidades. Qué podían esperar los DEMANDANTES SI ANTES DE INTIMAR EN MORA YA HABÍAN INFRINGIDO SU OBLIGACIÓN DE MANTENER VIGENTE LA CARTA FIANZA O EN SU DEFECTO ESPERAR A QUE EN EL ÍNFIMO PLAZO OTORGADO LOS DEMANDANTES CUMPLAN.

La acción de PROINVERSIÓN de ejecutar las Cartas fianzas y luego supuestamente intimar en mora constituye un acto de mala fe y atenta con el principio y norma jurídica que sostiene que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de buena fe. Es absurdo que ejecute y luego requiera. Entonces para qué requiere si ya actuó arbitrariamente. SI CONSIDERAMOS ESTOS HECHOS EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE LOS DEMANDANTES ESTARÍA JUSTIFICADO y la pretendida resolución de contrato debe negarse.

Recordemos que los DEMANDANTES requirieron a PROINVERSIÓN para que deje sin efecto las comunicaciones, restituir la Carta Fianza ejecutada de manera irregular el 20 de octubre de 2016, y proceder a determinar las obligaciones que los Futuros Compradores debían asumir, luego de que la Cesión Condicionada de Posición Contractual se hiciera efectiva. Sin embargo, el caso omiso fue lo que condujo a que los DEMANDANTES se valieran del artículo 1426° y artículo 1335° del Código Civil que establece que "En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá".

Por tanto, si admitimos que los DEMANDANTES se encontraban en una situación de incumplimiento contractual eso estuvo justificado en virtud del artículo 1335° y 1426° del Código Civil por lo que la pretendida resolución de CONTRATO es ineficaz, y así el Tribunal Arbitral lo deberá declarar.

Sobre la Segunda Pretensión Principal

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

La finalidad del PROYECTO fue desde un inicio la Habilitación Urbana para acoger posteriormente a un condominio vacacional de un mínimo de 200 lotes para vivienda. Para ello debía contar con servicios e instalaciones, sociales, recreativas y deportivas, así como estacionamientos para propietarios y visitantes.

Los términos de referencia inciden en que luego de realizada la Habilitación Urbana el COMPRADOR debía respetar la idea original del área destinada a los lotes. Esto quiere decir que inmediatamente después de la habilitación urbana el COMPRADOR debía respetar el área de los 200 lotes para el acogimiento y construcción del condominio. Por tanto, los lotes deben ser exclusivamente para el desarrollo del condominio.

La intención de PROINVERSIÓN y el MINCETUR fue que el área de terreno materia de compraventa sea aprovechable económicamente y genere una actividad económica, y que en la zona de influencia exista productividad y generación de puestos de trabajo, entre otros.

Las obligaciones de los DEMANDANTES eran pagar el saldo del precio y realizar la Habilitación Urbana del Lote D.

El PROYECTO, denominado "VIVIENDA VACACIONAL SHAMROCK PARACAS LAGOON", está ubicado en la Carretera Pisco-Punta Pejerrey, distrito de Paracas, provincia de Pisco, departamento de Ica.

De acuerdo con el Certificado de Zonificación y Vías N° 001-DAHTC-MPP, de fecha 27 de junio de 2011, expedido por la Municipalidad Provincial de Pisco, el lote tiene una zonificación RESIDENCIAL DE DENSIDAD MEDIA (ROM), compatible de conformidad con el Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios N° 022-2011-MDP/GDU de fecha 03 de mayo del 2011 emitido por la Municipalidad Distrital de Paracas, con el uso de "Vivienda de Densidad

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Muy Baja, en Condominio, Tipo Club Temporal o Vacacional" de 3 pisos, siendo este último el tipo de vivienda al que se destinó el terreno materia de Habilitación Urbana, en concordancia con el Capítulo IV de la Norma TH.01 O del Reglamento Nacional de Edificaciones.

El PROYECTO está diseñado, planeado y preparado para un conjunto de unidades de vivienda con apartamentos de dos, tres, cuatro y hasta cinco dormitorios que se desarrolla sobre el lote único materia de la habilitación urbana.

Los DEMANDANTES, con fecha 06 de abril de 2016, recibieron de PROINVERSIÓN el Oficio N° 303/2016/PROINVERSIÓN/DSI referido también a la recepción de obra programada para el día 09 de abril de 2016. Debido a que las elecciones generales en el Perú se iban a realizar el domingo 10 de abril de 2017 y, puesto que ello obligaba a los gerentes a viajar a diferentes localidades, al día siguiente, mediante Carta SDP - 302- 2016 los DEMANDANTES solicitaron la Reprogramación del acto de recepción de obras para el martes 12 de abril de 2016. Sin embargo, pese al pedido razonable, los DEMANDANTES no tuvieron respuesta de PROINVERSIÓN.

En atención a lo mencionado anteriormente los DEMANDANTES, mediante Carta SDP - 303-2016, de fecha 08 de abril de 2016, informaron a PROINVERSIÓN la CULMINACIÓN LAS OBRAS DE HABILITACIÓN URBANA CORRESPONDIENTES AL CONTRATO.

Los DEMANDANTES, mediante Carta SDP-304-2016, de fecha 08 de abril de 2016, presentaron a PROINVERSIÓN la: "Resolución de Alcaldía de la Municipalidad Distrital de Paracas en la que se aprueba la Habilitación Urbana en Lote "D" del Chaco La Puntilla, objeto del Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario - Chaco La Puntilla Lote "D".

En ese estado de cosas, en estricto cumplimiento del CONTRATO lo que

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

correspondía era cancelar el saldo del precio a fin de que se levante la reserva de propiedad según lo establecido en el numeral 2.2 del CONTRATO y la emisión del Acta de Culminación. Para ello, ya los DEMANDANTES estaban gestionando los fondos necesarios de los bancos de inversión o bancos locales, y en su defecto con dinero provenientes de los 41 futuros compradores con los que los DEMANDANTES había suscrito contratos de contratar, y que además estaban organizados y constituidos en una Asociación.

El numeral 2.2.1 del CONTRATO señala que "el MINCETUR se compromete a transferir la propiedad del Lote D, una vez que se haya verificado: (...) b) Que el COMPRADOR haya cumplido con cancelar el Precio del Lote D".

Considerando al pago del saldo del precio como una obligación de los DEMANDANTES es válido que al incumplirse pueda dar origen a la resolución del CONTRATO; sin embargo, para ello tienen que darse determinados presupuestos que se analizarán más adelante.

A pesar del pedido de los DEMANDANTES de postergar el Acto de recepción de obras y emisión del Acta de Culminación y no obstante la entrega por parte de los DEMANDANTES de la Resolución de Alcaldía que aprobó la Recepción de obras del PROYECTO, el día 09 de abril de 2016 el SUPERVISOR se apersonó con el señor Notario Público de la provincia de Pisco, Dr. Raúl E. Camacho Camacho, a las instalaciones de la Habitación Urbana aprobada por la Municipalidad Distrital de Paracas y se procedió a levantar un acta respectiva. Es preciso destacar que en dicho acto el representante de los DEMANDANTES adjuntó la Resolución de Alcaldía N° 250-2016-MDP/ALC, de fecha 08 de abril de 2016, por la que se aprueba la recepción de obra del PROYECTO, tal como se evidencia en la página 4 del acta.

Los DEMANDANTES conocedores de la existencia algunos aspectos técnicos que no permiten que la realización de los elementos expuestos, habían solicitado que se les conceda un plazo para que dichos elementos (veredas,

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

parques y jardines, conexiones internas a cada una de las unidades de vivienda) puedan ser culminados apenas las condiciones constructivas lo permitan, lo que estimaron debería ser en un plazo de 18 meses. Sin embargo, PROINVERSIÓN recién el 20 de mayo de 2016 respondió a la Carta SDP-303-2016, de fecha 08 de abril de 2016, en el que dice que: "mediante el documento de la referencia b) [Informe N° 01-13-04-2016-JESSNSC del 13 abril de 2016] luego de la verificación notarial realizada en la fecha del vencimiento del plazo (09 de abril de 2016) otorgado a su representada para el cumplimiento de la obligación de culminación de la ejecución de las Obras de Habilitación Urbana y Obras Complementarias del citado proyecto, que tal obligación ha sido incumplida. Así mismo, respecto a su solicitud de ampliación de Plazo para la culminación de las Obras presentada con su Carta SDP- 303-2016, el Supervisor del Contrato, de conformidad con lo establecido en el mismo, mediante documento de la referencia e) [Informe N° 03-15-04-2016-JESSNSC del 15 abril de 2016], cuya copia se adjunta al presente, emite opinión desfavorable debido a que las razones invocadas por su representada no se enmarcan en lo establecido en el Contrato. (...)".

Lo extraño es que el Informe N° 01-13-04-2016-JESSA/SC del 13 abril de 2016 en el tercer punto afirma lo siguiente: "En cuando a la habilitación urbana, en el Contrato y su Anexo N° 2 no se detallan las obras a ejecutar, por lo que es preciso recurrir al proyecto de habilitación urbana presentado por el Consorcio a la Municipalidad de Paracas aprobada por la Resolución N° R. A. N° 191-2012- MDP/ALC; en la que se detalla las obras de habilitación, a saber: (...)".

Decimos que es extraño porque si el SUPERVISOR afirmó que en el Anexo N° 2 no se detalló las obras a ejecutar y para ello recurrió al proyecto de habilitación aprobado por la Resolución N° R. A. N° 191-2012-MDP/ALC, la pregunta es ¿Por qué el SUPERVISOR no tomó en cuenta la Resolución de Alcaldía N° 250-2016-MDP/ALC, de fecha 08 de abril de 2016, por la que se aprobó la recepción de obra del PROYECTO?

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Es necesario resaltar que los supuestos incumplimientos atribuidos a los DEMANDANTES no son posibles de ejecutar sin que se inicie la fase de construcción de las viviendas. Eso consta en el numeral 2 de la Resolución de Alcaldía N° 250- 2016-MDP/ALC. Además, los DEMANDANTES así lo habían advertido a PROINVERSIÓN y con la finalidad de evitar discrepancias con PROINVERSIÓN y el MINCETUR por eso los DEMANDANTES solicitaron un plazo de 18 meses, pese a no estar obligados, porque ya las obras habían sido recibidas por la entidad competente.

El SUPERVISOR no indica ni explica acerca de si es posible o no ejecutar en esa etapa sin necesidad de construir previamente las viviendas. Lógicamente no hay argumento razonable que justifique llevar a cabo los supuestos incumplimientos porque sencillamente eso no resiste al más mínimo análisis. Por ejemplo, cómo se puede exigir que se cuente con un sistema de abastecimiento definitivo de agua y no provisional si aún no se sabe exactamente dónde estarán los puntos de acometida, igual sucede con las acometidas del sistema eléctrico, etc.

El SUPERVISOR en su Informe N° 01-13-04-2016-JESSA/SC del 13 abril de 2016 concluye lo siguiente: "De acuerdo con lo expuesto en el presente informe, al 09 de abril de 2016, el Consorcio ha incumplido con las obligaciones contractuales establecidas en su oferta técnica y en la licencia de habilitación urbana. En ese sentido, es mi opinión que los trabajos de habilitación urbana y obras complementarias se encuentran inconclusas. Las acciones antes señaladas fueron evidenciadas también, según consta en el acta de constatación notarial que se adjunta al presente informe. (...)".

Cómo así concluye el SUPERVISOR que los DEMANDANTES incumplieron sus obligaciones contractuales establecidas en su oferta técnica si al inicio de su informe dijo que "no se detallan las obras a ejecutar", y que por eso recurría al proyecto de habilitación aprobado por Resolución N° 191-2012-MDP/ALC. Definitivamente es contradictorio y absurdo que concluya algo si no existe una

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

premisa.

El SUPERVISOR tomó en cuenta la Resolución N° R. A. N° 191- 2012-MDP/ALC para determinar los supuestos incumplimientos. ¿Por qué no considero la Resolución de Alcaldía N° 250-2016-MDP/ALC para evaluar el cumplimiento contractual? ¿El SUPERVISOR desautoriza o desconoce las competencias de la Municipalidad de Paracas? Evidentemente existe un silencio conveniente.

De igual forma, el SUPERVISOR dice que los supuestos incumplimientos atribuidos a los DEMANDADOS constan en el "acta de constatación notarial que se adjunta al presente informe". Sin embargo, el SUPERVISOR no dice que de acuerdo con la Resolución de Alcaldía N° 250-2016-MDP/ALC, que consta en la página 4 de la mencionada acta, se ha culminado la Habilitación Urbana. Obviamente hay una omisión interesada y parcializada, porque pese a que los DEMANDANTES entregaron la decisión municipal formalmente a PROINVERSIÓN y además en el mismo acto lo presentaron también al SUPERVISOR este en ningún momento lo tomó en cuenta.

Esa conducta del SUPERVISOR y de PROINVERSIÓN constituye un abuso del derecho que no ampara nuestro ordenamiento jurídico. Así lo ha regulado la Constitución Política y el Código Civil.

También puede calificarse de arbitrario porque no obedece a la resolución municipal que aprueba la habilitación urbana y tampoco obedece a criterios razonables.

Lo grave del informe es que también concluye que procederán a ejecutar el integro de la carta fianza de fiel cumplimiento. Eso es una absoluta arbitrariedad.

El SUPERVISOR en su Informe N° 03-15-04-2016-JESSA/SC del 15 abril de

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

2016, en el tercer párrafo, señala: "Shamrock, manifiesta haber culminado las obras de habilitación urbana; sin embargo, esto no es exacto, pues los trabajos de habilitación urbana y obras complementarias se encuentran inconclusas, situación que ha evidenciado en el acto notarial de constatación del 09 de abril de 2016 y en mi informe N° 01-14-04-2016-JESSA/SC. (...) "

Como se aprecia del texto transcrito el SUPERVISOR en ningún momento hace alusión a la Resolución de Alcaldía N° 250-2016- MDP/ALC, que consta en la página 4 de la mencionada acta, que indica que se ha culminado la Habilitación Urbana. Ello indudablemente da mucho que pensar, pues al ser parte de una entidad pública desconoce absolutamente el cumplimiento de las decisiones gubernamentales. No está demás traer a colación que la Administración Pública se rige por el principio de legalidad y por la vinculación positiva al ordenamiento jurídico.

Debemos resaltar también que Resolución de Alcaldía N° 250- 2016-MDP/ALC en ningún momento ha sido cuestionada ni por el SUPERVISOR, PROINVERSIÓN o MINCETUR, por lo que al haber quedado firme tiene plena vigencia y eficacia.

Por consiguiente, no existe margen de duda que la única entidad pública competente para aprobar un proyecto de habilitación urbana y aprobar las obras ejecutadas es la Municipalidad competente. En este caso la Municipalidad de Paracas, y ha quedado demostrado que el actuar del SUPERVISOR, PROINVERSIÓN y MINCETUR fue del todo irregular y arbitrario.

Los DEMANDANTES a pesar del actuar ilegal del SUPERVISOR, PROINVERSIÓN y MINCETUR trató de no llegar a esta instancia arbitral e hizo todo su esfuerzo para que las cosas se compongan y se arribe a un acuerdo consensuado. En esa idea, los DEMANDANTES solicitaron reuniones, presentó comunicaciones, etc., con el fin de que no se genere daños a los

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

DEMANDANTES. Eso puede apreciarse de la Carta SDP -306-2016 de fecha 18 de abril de 2016.

De acuerdo con lo señalado en el CONTRATO una vez concluidas las Obras de Habilitación Urbana, DEMANDANTES debían solicitar al Supervisor del Contrato la suscripción del Acta de Culminación de las Obras.

Los DEMANDANTES, mediante Carta SDP - 303-2016, de fecha 08 de abril de 2016, informaron a PROINVERSIÓN de que LAS OBRAS DE HABILITACIÓN URBANA CORRESPONDIENTES AL CONTRATO HABÍAN CULMINADO. Por consiguiente, correspondía que el supervisor emita el acta respectiva.

El SUPERVISOR expresó en su Informe N° 01-13-04-2016- JESSA/SC del 13 abril de 2016, en el tercer punto, que en cuanto a la habilitación urbana, en el Contrato y su Anexo N° 2 no se detallaron las obras a ejecutar, por lo que era preciso recurrir al proyecto de habilitación urbana presentado por los DEMANDANTES a la Municipalidad de Paracas aprobada por la Resolución N° R. A. N° 191-2012-MDP/ALC; en la que se detalló las obras de habilitación. Por consiguiente, si la Municipalidad de Paracas vía Resolución de Alcaldía N° 250-2016-MDP/ALC, de fecha 08 de abril de 2016, aprobó la recepción de obra del PROYECTO no existía razones para que el SUPERVISOR no emita el Acta de Culminación. Consecuentemente, solicitamos al Tribunal Arbitral que declare la Culminación en forma total de las Obras y que el laudo tenga eficacia equivalente al Acta de Culminación de las Obras.

Sobre la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal

Los DEMANDANTES sostienen que quedó claramente demostrado que la entidad pública competente para aprobar un proyecto de habilitación urbana y aprobar las obras ejecutadas es la Municipalidad de Paracas. Así también lo reconoció el SUPERVISOR al señalar que, en cuanto a la habilitación urbana,

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

en el Contrato y su Anexo N° 2 no se detallaron las obras a ejecutar, por lo que era preciso recurrir al proyecto de habilitación urbana presentado por los DEMANDANTES a la Municipalidad de Paracas aprobada por la Resolución N° 191-2012-MDP/ALC, en la que se detalló las obras de habilitación.

La Municipalidad de Paracas mediante Resolución de Alcaldía N° 250-2016-MDP/ALC, de fecha 08 de abril de 2016, aprobó la recepción de obra del PROYECTO por lo que el SUPERVISOR debía emitir el Acta de Culminación.

En las pretensiones principales de la presente demanda, por un lado, se está solicitando que se declare la ineficacia de la pretendida resolución del CONTRATO y, por otro lado, se está solicitando que se declare la culminación total de las obras de habilitación urbana.

Ahora bien, atendiendo a que las pretensiones principales deberán ser declaradas fundadas, se arriba a la conclusión de que las cartas fianzas entregadas por los DEMANDANTES para garantizar las obligaciones del CONTRATO han sido ejecutadas INDEBIDAMENTE.

Sobre la base de que las Obras de Habilitación Urbana y Obras Complementarias no se habían culminado, con fecha 27 de mayo de 2016, PROINVERSIÓN mediante Oficio N° 500-2016/PROINVERSIÓN/DSI, comunicó a los DEMANDANTES que PROINVERSIÓN había procedido a ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento de contrato.

Sin embargo, como se ha demostrado, al 9 de abril de 2016, las obras se habían concluido. Consecuentemente, no había motivos para la ejecución de la Carta Fianza N° 4410056228.01 emitida por el Banco Interamericano de Finanzas a favor de PROINVERSION por el monto de US\$ 365,733.30 (Trescientos Sesenta y Cinco Mil Setecientos Treinta y Tres y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Pese al abuso y arbitrariedad de MINCETUR y de PROINVERSIÓN luego de la ejecución de la citada carta fianza esta fue restituida con fondos de los futuros compradores de las unidades inmobiliarias. En ese contexto, los DEMANDANTES, mediante Carta SDP-322-2016, presentaron ante el SUPERVISOR la Carta Fianza No. 4410063974.00 emitida por el Banco Interamericano de Finanzas por el monto de US\$ 365,733.30 (Trescientos Sesenta y Cinco Mil Setecientos Treinta y Tres y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América). Esta garantía estuvo en todo momento vigente.

Sin embargo, por el mismo motivo que fue ejecutada la primera carta fianza, con fecha 25 de octubre de 2016, PROINVERSIÓN comunicó mediante Oficio N° 1081-2016-/PROINVERSIÓN/DSI que había ejecutado la Carta Fianza No. 4410063974.01 emitida por el Banco Interamericano de Finanzas a favor de PROINVERSION por el monto de US\$ 365,733.30 (Trescientos Sesenta y Cinco Mil Setecientos Treinta y Tres y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

Como se señalado esas cartas fianzas fueron ejecutadas indebidamente por PROINVERSIÓN, puesto que los DEMANDANTES habían cumplido con ejecutar las Obras de Habilitación Urbana y Obras Complementarias.

En ese sentido, PROINVERSIÓN debe devolver el monto de US\$ 731,466.60 (Setecientos Treinta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Seis y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) a favor de los DEMANDANTES.

Finalmente, el Tribunal Arbitral deberá declarar la indebida ejecución, por parte de PROINVERSIÓN, de la Carta Fianza N° 4410056228.01 y la Carta Fianza N° 4410063974.01 y también deberá ordenar que PROINVERSIÓN devuelva a favor de los DEMANDANTES el monto de US\$ 731,466.60 (Setecientos Treinta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Seis y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Sobre la Pretensión Alternativa a la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal

En la PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL los DEMANDANTES solicitaron que el Tribunal Arbitral declare la indebida ejecución, por parte de PROINVERSIÓN, de la Carta Fianza N° 4410056228.01 y la Carta Fianza N° 4410063974.01 y solicitaron también que PROINVERSIÓN devuelva a favor de los DEMANDANTES el monto de US\$ 731,466.60 (Setecientos Treinta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Seis y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

De acuerdo con el artículo 1288° del Código Civil, "por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra".

Atendiendo a que existe un saldo del precio a favor de las partes demandadas los DEMANDANTES solicitan que el monto de US\$ 731,466.60 (Setecientos Treinta y Un Mil Cuatrocientos Sesenta y Seis y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) se compense al saldo del precio a pagarse.

Sobre la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal o a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal

Los DEMANDANTES solicitan que la PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL siga la misma suerte que la "Primera Pretensión Principal". Por ello, los DEMANDANTES solicitan que se fije el plazo en el cual - y de manera simultánea- los DEMANDANTES deberán cancelar el saldo pendiente de precio y el MINCETUR deberá suscribir la respectiva Escritura Pública del CONTRATO levantando la reserva de propiedad.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Sobre la tercera pretensión principal

El presente arbitraje fue iniciado por causas únicamente atribuibles al MINCETUR y PROINVERSIÓN, puesto que no había razones válidas para estar en el presente proceso arbitral. Por consiguiente, solicitamos que el MINCETUR y PROINVERSIÓN asuman íntegramente los costos y costas del presente proceso.

5.3. Posición del MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO:

Cuestión Previa

Sobre la improcedencia de las pretensiones destinadas a la restitución o compensación de los montos de cartas fianzas emitidas por terceros.

Consideramos pertinente hacer hincapié en dos pretensiones que no deben pasar desapercibidas por el Tribunal, dado que demuestran la poca seriedad y mala fe con la cual "SHAMROCK" ha formulado su demanda. Las referidas pretensiones son las siguientes:

- (i) Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: Se declare la indebida ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento (Cartas Fianzas) Y SE ORDENE LA DEVOLUCIÓN DE DICHOS MONTOS A LOS DEMANDANTES.
- (ii) Pretensión alternativa a la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: Se declare la indebida ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento (Cartas Fianzas) Y SE COMPENSE EL SALDO DEL PRECIO CON LOS MONTOS EJECUTADOS DE LAS CARTAS FIANZAS.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Al respecto, debemos precisar que sin perjuicio que las garantías fueron ejecutadas debidamente conforme a lo establecido en el CONTRATO, en el supuesto negado que el Tribunal considere que las garantías fueron indebidamente ejecutadas por nuestra institución; y, como consecuencia de ello ordene la devolución o compensación del monto correspondiente; "SHAMROCK" se estaría beneficiando indebidamente con la disposición de los fondos, pese a que los mismos le corresponden a un tercero.

Efectivamente, de una revisión de las cartas fianzas que adjuntó "SHAMROCK" a su escrito de demanda, se puede advertir que la carta Fianza de fecha 18 de abril de 2016, por la suma de US\$ 365,733.30, fue emitida por el señor Luis Enrique Portugal Signori y que la carta Fianza de fecha 22 de junio de 2016, por la suma de US\$ 365,733.30, fue emitida por Viva G y M S.A.

Siendo ello así, "SHAMROCK" no puede disponer de los fondos de terceros, más aún si se tiene en cuenta que no tiene una cesión de derechos o cualquier otro documento que acredite su titularidad respecto a estos.

Como es de conocimiento del Tribunal, la legitimidad para obrar se define como la identidad que debe existir entre quienes son parte de la relación jurídico - material con los que son parte de la relación jurídico - procesal. O bien, como la situación en que la ley coloca a un sujeto de derecho para intervenir en un proceso como demandante o demandado.

No obstante ello, de un análisis de la demanda, el Tribunal podrá advertir que NO EXISTE LEGÍTIMO INTERÉS QUE JUSTIFIQUE LA DISPOSICIÓN DE MONTOS DE TERCEROS, siendo que, las únicas personas legitimadas para tales efectos podrían ser en todo caso el Señor Luis Enrique Portugal Signori y/o Viva G Y M S.A., en atención a que son ellos los que procedieron a constituir las cartas fianzas que fueron finalmente ejecutadas por PROINVERSION.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Por las consideraciones antes expuestas, el Tribunal deberá declarar improcedente este extremo de las pretensiones al haberse generado un supuesto de falta de legitimidad para obrar activa, evidente.

Antecedentes

Con fecha 09 de mayo de 2011 se celebró el Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario (en adelante, el CONTRATO), entre el MINCETUR, en calidad de propietario, y "SHAMROCK", en calidad de adquirente, con intervención de PROINVERSION. Conforme a la cláusula décimo tercera del CONTRATO forman parte integrante de éste un total de seis anexos.

El inmueble objeto del CONTRATO es el terreno ubicado en el Lote D del Proyecto Turístico denominado "El Chaco- La Puntilla" (En adelante, LOTE D), conforme se define en el numeral 1.16.22 del CONTRATO y en el numeral 1.1. de su Anexo 1. La descripción del terreno antes mencionado se encuentra en el Anexo 6 del CONTRATO.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 2.1.5 y 2.2, se advierte que el CONTRATO fue celebrado bajo dos regímenes específicos:

- Pacto de reserva de propiedad, conforme a lo establecido en el numeral 2.2 de la cláusula segunda del CONTRATO.
- Modalidad ad-corpus, conforme a lo establecido en el numeral 2.1.5 de la cláusula segunda del CONTRATO.

Adquiere particular relevancia el régimen de reserva de propiedad, dado que, como consecuencia de la celebración del CONTRATO, "SHAMROCK" sería parte compradora, habiendo recibido la posesión del predio sin adquirir la propiedad, pues como hemos señalado antes, la transferencia de la propiedad estuvo condicionada, entre otros, a la cancelación del precio de venta.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

De acuerdo con el numeral 2. 1.2 de la cláusula segunda del CONTRATO, el precio de venta asciende a US\$ 3'657,333.00 (Tres millones seiscientos cincuenta y siete mil trescientos treinta y tres con 00/100 Dólares Americanos), el cual se pagaría en dos partes: 40% a la firma del CONTRATO y el restante 60% a la fecha de la suscripción del Acta de Culminación de Avance Mínimo de las Obras.

De conformidad con lo dispuesto en la Cláusula quinta del CONTRATO, "SHAMROCK" se obligó irrevocablemente a efectuar el pago y cumplimiento del compromiso de inversión en la Reserva Nacional de Paracas.

Este compromiso de inversión asciende a un monto fijo -no comprendido dentro del precio del LOTE D- ascendente a US\$ 545,563.00 (Quinientos cuarenta y cinco mil quinientos sesenta y tres con 00/100 Dólares americanos), monto que fue destinado exclusivamente al desarrollo o mejoramiento de la infraestructura turística y facilidades para la atención de los turistas dentro de la Reserva Nacional de Paracas.

Asimismo, este monto sirvió para que PROINVERSION pudiera efectuar las labores de supervisión.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 3.1.5 del CONTRATO, "SHAMROCK" se obligó a realizar las gestiones y trámites necesarios, para que, entre otros, se realicen las obras básicas de habilitación urbana.

Asimismo, en el numeral 3 del anexo 1, términos de referencia del CONTRATO, las partes establecimos expresamente las condiciones específicas, las cuales fueron las siguientes:

- (i) "SHAMROCK" se obliga a no dar un uso distinto al previsto al LOTE D, el mismo que está destinado al desarrollo del conjunto de 200 lotes

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

para viviendas vacacionales materia del compromiso contractual, debiendo asegurarse de que la explotación de este (vía arrendamiento o cualquier otra forma jurídica) respete la continuidad de dicha obligación.

- (ii) El plazo máximo para la ejecución y culminación de las obras de habilitación es de tres (3) años contados a partir de la suscripción del CONTRATO.

Siendo ello así, no cabe duda alguna que "SHAMROCK" se encontraba en la obligación de cumplir con realizar las obras de habilitación urbana en un plazo de tres años desde la suscripción del CONTRATO.

En este punto, es importante precisar que en el Anexo 2, "Oferta Técnica" del CONTRATO, "SHAMROCK" presentó el estudio de habilitación urbana, el mismo que contenía el anteproyecto, la memoria descriptiva y el cronograma de ejecución de LAS OBRAS DE LA HABILITACIÓN URBANA.

A efectos que el Tribunal cuente con mayores elementos, acompañamos el cuadro "Costo del proyecto - 100% habilitación urbana y áreas comunes" presentado por "SHAMROCK" en la oferta técnica.

Cabe señalar que, en el referido documento "SHAMROCK" también estimó que las obras de habilitación urbana y las obras complementarias se encontrarían ejecutadas en su totalidad en un plazo de dieciocho (18) meses.

Sin perjuicio de ello, mediante Adenda N° 01 de fecha 07 de agosto de 2014, las partes acordamos expresamente que "SHAMROCK" tenía la obligación de desarrollar las obras de la habilitación urbana del proyecto establecido en el Anexo 2 del CONTRATO.

Conforme el Tribunal podrá apreciar, ambas partes acordamos que las obras de habilitación urbana eran las establecidas en el Anexo 2, Propuesta técnica,

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

las cuales fueron materia de una nueva ampliación de plazo.

En atención a lo expuesto, resulta evidente que "SHAMROCK" debía realizar las obras de la habilitación urbana establecidas en el Anexo 2 del CONTRATO y la Adenda N° 01, dentro de los plazos establecidos por las partes.

Conforme lo establecido en la cláusula 2 del CONTRATO, el MINCETUR se comprometió a efectuar la transferencia de la propiedad del LOTE D en cuanto PROINVERSION verifique los siguientes requisitos:

- (i) El cumplimiento de los actos contenidos en el Acta de Culminación de Avance Mínimo de Obras.
- (ii) Que "SHAMROCK" haya cumplido con cancelar el precio del LOTE D.
- (iii) Que "SHAMROCK" mantenga vigente la Garantía de Fiel Cumplimiento del CONTRATO.
- (iv) Que "SHAMROCK" mantenga vigente la garantía de Fiel Cumplimiento por el saldo del compromiso de inversión en la Reserva Nacional de Paracas.

Siendo ello así, sólo en el supuesto que se cumpla con cada uno de los requisitos antes detallados, nuestra entidad se encontraría obligada a efectuar la transferencia de la propiedad del LOTE D: y, como consecuencia de ello, realizar las formalidades necesarias.

En la Cláusula 6 del CONTRATO, el Tribunal Arbitral podrá advertir que "SHAMROCK" garantizó el fiel cumplimiento del compromiso de inversión. Asimismo, en la Cláusula 7 del CONTRATO, el Tribunal Arbitral podrá advertir que "SHAMROCK" garantizó el fiel cumplimiento del contrato.

De conformidad a lo establecido en el numeral 1.16.4 del CONTRATO, PROINVERSION interviene en el mismo como la entidad que supervisaría el cumplimiento de las obligaciones por parte de "SHAMROCK".

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Asimismo, en la cláusula 2.1.4 del CONTRATO, "SHAMROCK" prestó su consentimiento anticipado para que PROINVERSIÓN y/o MINCETUR puedan designar al SUPERVISOR del CONTRATO.

En este orden de ideas, el 10 de noviembre de 2015, PROINVERSIÓN celebró con el señor Jesús Enrique Silva Santisteban Acevedo (En adelante, el SUPERVISOR) el Contrato N° 035-2015-LCE-PROINVERSIÓN- Servicio de Consultoría para la Supervisión de los Compromisos Contractuales en los Lotes A, B, C y D del Chaco Puntilla. Dicho contrato se ejecutaría conforme a los respectivos Términos de Referencia establecidos en las Bases de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 022-2015-PROINVERSIÓN.

De acuerdo con los Términos de Referencia, competen al SUPERVISOR - entre otros aspectos- los siguientes:

- (i) Representar al MINCETUR ante los inversionistas para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los correspondientes contratos de compraventa y sus anexos.
- (ii) Evaluar las acciones que correspondan en caso de incumplimiento de los contratos de compraventa o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de los mismos por parte de los inversionistas.
- (iii) Supervisar la ejecución de las obras de acuerdo con las propuestas técnicas presentadas en su oportunidad por los inversionistas.
- (iv) Emitir pronunciamiento sobre las solicitudes de ampliación de plazo o de modificación de los contratos presentados por los inversionistas. Dicho pronunciamiento debía emitirse dentro del plazo previsto en el contrato de compraventa, caso contrario se entendería aceptada la solicitud de ampliación de plazo.
- (v) Supervisar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de los inversionistas, ejerciendo las facultades que se le otorgan en los respectivos contratos.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

-
- (vi) Tomar las medidas necesarias para garantizar la ejecución de las obras de acuerdo con lo establecido en los Contratos de Compraventa, verificando para ello la correspondencia de las obras con las propuestas presentadas por los inversionistas.

Asimismo, en el numeral 8.2 y 8.3 las partes acordamos otorgarle facultades para la resolución del contrato al SUPERVISOR.

El SUPERVISOR se encargaría de supervisar directamente la ejecución por parte de "SHAMROCK" de las obligaciones contenidas en el CONTRATO, representando al MINCETUR, a efectos de poder exigir el cumplimiento de estas.

De acuerdo con la cláusula 2.1.2 del CONTRATO, el plazo para el pago del saldo de precio de venta debía ser pagado a la fecha de suscripción del Acta de Culminación del Avance Mínimo de Obras'. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el anexo 1 y 2 del CONTRATO, el plazo para la ejecución de las obras de la habilitación urbana sería de treinta y seis (36) meses.

Cabe precisar, que las partes conjuntamente ampliamos los plazos para el cumplimiento de las obligaciones contractuales hasta en tres (03) oportunidades conforme al siguiente detalle:

- (i) Primera ampliación de plazo: el 4 y 7 de agosto de 2014, MINCETUR Y "SHAMROCK", con intervención de PROINVERSIÓN suscribieron la adenda N° 01, en la cual acordamos -entre otros aspectos- ampliar en dieciocho (18) meses adicionales el plazo para ejecutar las obras de habilitación urbana del correspondiente proyecto inmobiliario. Este plazo, conforme al Anexo 2 del CONTRATO era de treinta y seis (36) meses, por lo que quedó extendido finalmente hasta el 09 de noviembre de 2015.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

-
- (ii) Segunda ampliación de plazo: mediante carta N° 05-DJCJEMBRE-2015- JESSA/SC, de fecha 17 de diciembre de 2015 el SUPERVISOR aprobó la ampliación de plazo hasta por ciento diez (11 O) días contados a partir del 20 de octubre de 2015. Cabe señalar que, inicialmente "SHAMROCK" solicitó la segunda ampliación de plazo por ciento veinte (120) días.
 - (iii) Tercera ampliación de plazo: el 18 de enero de 2016, mediante carta SDP-249-2016, "SHAMROCK" solicitó que la segunda ampliación de plazo fuese computada desde el 20 diciembre de 2015 y no desde el 20 de octubre de 2015, invocando razones de "caso fortuito" para respaldar la suspensión del inicio del plazo de la ampliación ya concedida.

En ese sentido, mediante carta N° 03-2-FEBRERO-2016-JESSA/SC del 10 de febrero de 2016, el SUPERVISOR comunicó a "SHAMROCK" que accedía a lo solicitado. De esta manera, el plazo de ejecución se extendería hasta el 09 de abril de 2016, correspondiendo a un nuevo pedido de ampliación de plazo por sesenta y dos (62) días calendarios adicionales.

A efectos de que el Tribunal pueda tener mayores alcances sobre las ampliaciones de plazo otorgadas a favor de "SHAMROCK", acompañamos el siguiente gráfico:

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian



El Tribunal podrá advertir que nuestra entidad actuó en todo momento de buena fe y con ánimo de colaborar con la ejecución del proyecto, lo cual se ve de manifiesto en el plazo adicional de más de un año y medio para el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

- *Sobre los incumplimientos de "SHAMROCK" y la resolución del contrato:*

Conforme a lo establecido en el numeral 3.2. del presente escrito, de acuerdo con la última ampliación de plazo, "SHAMROCK" tenía hasta el día 09 de abril de 2016 para cumplir con las obligaciones contractuales.

Efectivamente, "SHAMROCK" se obligó a realizar el pago del 60% del precio de venta del LOTE D y Desarrollar las obras de la habilitación urbana de acuerdo con la Oferta Técnica que obra en el anexo 2 del CONTRATO.

No obstante ello, ninguna de las obligaciones antes detalladas fue cumplidas por "SHAMROCK" en la fecha acordada por las partes. Nos explicamos:

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

-
- (i) El pago del 60% del precio: El numeral b) de la cláusula 2.1.2 del CONTRATO establece que el saldo del precio de venta del LOTE D, sería pagado a la fecha de suscripción del Acta de Culminación de Avance Mínimo de Obras. Sin embargo, luego de aprobada la última ampliación de plazo, la nueva fecha pactada para que se efectúe el pago del saldo de precio de venta era el 09 de abril de 2016. No obstante ello, y como expresamente ha sido reconocido por "SHAMROCK" en las cartas notariales remitidas a nuestra entidad solicitando que se le otorgue un plazo adicional para realizar el pago correspondiente e inclusive en la demanda, se acredita que no se ha cumplido con efectuar el pago correspondiente.
- (ii) Obras de la habilitación urbana: Conforme hemos señalado en los párrafos precedentes, "SHAMROCK" tenía la obligación de cumplir con realizar las obras de habilitación urbana establecidas en el Anexo 2, Oferta Técnica, en un periodo de tres años. Cabe señalar que, mediante Adenda N° 1, de fecha 07 de agosto de 2014, las partes establecimos un nuevo cronograma de ejecución de las referidas obras y mediante carta notarial de fecha 30 de octubre de 2015 "SHAMROCK" informó el supuesto avance de estas. No obstante ello, llegado el último día de la ampliación de plazo otorgada a "SHAMROCK", esto es, el 09 de abril de 2016, se llevó a cabo la diligencia correspondiente, en la que también participó el representante de "SHAMROCK" el señor Carlos Zoe Miguel Chuman Ganoza, en la cual el Notario Público de Lima Raul Eduardo Garnacha Garnacha, procedió a levantar un acta notarial en la cual dejó constancia que las obras de habilitación urbana o no se habían realizado o se encontraban inconclusas, tal como se puede verificar del acta que los propios demandantes han ofrecido como medios probatorios de su demanda.

Posteriormente, el 25 de mayo de 2016, el SUPERVISOR remitió a PROINVERSION la Carta N° 005-04-2016-JESSA/SC que contenía el informe

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Nº 001-04-2016 del proyecto turístico, respecto a los lotes A-B, C, D y E. En dicho informe, nuevamente se deja constancia de los incumplimientos de las obras correspondientes a la habilitación urbana.

A efectos de que el Tribunal tenga mayores elementos al momento de resolver, acompañamos un cuadro en el que se establecen algunas obras de habilitación urbana establecidas en el Anexo 2 del Contrato y en la adenda N° 1, así como el estado de estas:

Obras establecidas en el Nuevo Cronograma de Ejecución de Obras de Habilitación Urbana de la adenda N° 1 (07/08/2014) y carta notarial del 30/10/2015.	Constatación Notaria del 09/04/2016, en la cual participó el representante de "SHAMROCK" e informe N° 001-04-2016 del 25/05/2016
Construcción de áreas comunes, piscinas y áreas de entretenimiento	i) En relación a la laguna artificial, se constató que el muro perimétrico se encontraba construido, sin embargo, faltaba el relleno, compactación y nivelación del terreno circundante. En ese sentido, se evidenció un avance de 80% ii) En relación al club house, se evidenció un avance físico del 99% iii) En relación a las 4 piscinas, se evidenció un avance de 30%.
Pisos	Respecto a las pistas y veredas, la parte de la vía que se encuentra ejecutada no cuenta con capa asfáltica, ni existen veredas. Se evidencia un avance físico de 50%.
Instalaciones eléctricas	Respecto a la red eléctrica, se evidenció un avance en la acometida del 90%, y de la red de distribución del 0.00%
Instalaciones sanitarias	i) En relación al sistema de agua potable, se evidenció un avance físico de 0.00% ii) En relación al sistema de alcantarillado, se evidenció un avance físico del 50%
Parques y jardines	Respecto a los parque y jardines, se evidenció un avance de 0.00%
Área deportiva	i) En relación a la cancha de fútbol, la zona donde se instalaría no contaba con césped. ii) En relación a la cancha de tenis, la zona donde se instalaría no se encontraba delimitada ni había acabado de arcilla.

Pues bien, debido a los incumplimientos antes detallados, nuestra entidad requirió en reiteradas oportunidades el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a la habilitación urbana, así como el pago del saldo del precio, sin que "SHAMROCK" demuestre mayor interés en cumplir con las obras de habilitación urbana pactada por las partes, por lo que se inició el procedimiento resolutorio.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Efectivamente, mediante carta notarial de fecha 25 de octubre de 2016, el SUPERVISOR requirió a "SHAMROCK" que en un plazo de 15 días cumplan con: (i) Pagar el saldo del precio adeudado ascendente a la suma de US\$ 2'194,399.80 más los intereses respectivos; y, (ii) Finalizar las obras de habilitación urbana que tienen a su cargo; bajo apercibimiento de resolver" el CONTRATO.

Cabe señalar que, debido al cuestionamiento de "SHAMROCK" respecto a las facultades del SUPERVISOR para resolver el contrato, nuestra entidad le remitió el oficio N° 630-2016-MICETURNMT, de fecha 04 de noviembre de 2016, ratificando el contenido de la carta remitida por el SUPERVISOR. Ello con la finalidad de evitar cualquier tipo de cuestionamiento que se pudiese realizar a futuro.

Así, el plazo de quince días otorgado en la carta de fecha 25 de octubre de 2016 venció indefectiblemente el día 09 de noviembre de 2016 sin que "SHAMROCK" cumpla con alguna de las prestaciones. Como consecuencia de ello, el CONTRATO quedó resuelto de pleno derecho.

Esta situación fue puesta a conocimiento de "SHAMROCK" a través de la carta notarial de fecha 11 de noviembre de 2016 remitida por el SUPERVISOR, donde se procedió a informar a "SHAMROCK" que la resolución de pleno derecho había operado además y les solicitamos que el martes 15 de noviembre a las 10:30 a.m. se apersonen al LOTE D, a efectos que se nos efectúe la entrega de la posesión de este.

No obstante ello, "SHAMROCK" se negó a restituirnos la posesión del predio, lo cual nos viene generando graves daños patrimoniales.

Sobre la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento:

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

De conformidad a lo establecido en la cláusula séptima del CONTRATO, "SHAMROCK" se comprometió a entregar la garantía de fiel cumplimiento del CONTRATO, la cual garantizaría el correcto y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones establecidas en el mismo.

Esta garantía debía mantenerse vigente en los mismos términos, monto y condiciones desde la fecha de suscripción del CONTRATO hasta sesenta (60) días calendario posteriores a la culminación de obras, y/o en tanto existan obligaciones pendientes por parte de "SHAMROCK". Asimismo, se estableció que el monto de la garantía tenía que ser por el 10% del precio del LOTE D, es decir US\$ 365,733.30 (Trescientos sesenta y cinco mil setecientos treinta y tres con 30/100 Dólares americanos).

Ahora bien, ante los incumplimientos contractuales evidenciados en el Informe N° 001-04-2016 de fecha 25 de mayo de 2016, PROINVERSION comunicó a "SHAMROCK", mediante Oficio N° 500-2016, de fecha 26 de mayo del mismo año, la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del CONTRATO, exigiéndole que proceda a su restitución o renovación a efectos de evitar la resolución del CONTRATO, ello conforme a lo expresamente establecido por las partes en el numeral 8.1.5.

Adicionalmente, en el oficio remitido se solicitó expresamente el pago del saldo del precio derivado del CONTRATO, señalando que dicho pago había sido requerido en más de una oportunidad. Sin que dicha obligación sea cumplida conforme lo hemos acreditado a lo largo del presente escrito.

En atención a lo solicitado en el oficio remitido por el SUPERVISOR, el 30 de mayo de 2016, a través de la carta SDP-313-2016, "SHAMROCK" informa a PROINVERSION sobre la restitución de la carta fianza como garantía de fiel cumplimiento del CONTRATO.

Asimismo, través de la Carta SDP-322-2016 de fecha 24 de junio de 2016,

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

"SHAMROCK" informa a PROINVERSIÓN que, en coordinación con los futuros compradores del PROYECTO, se renovó la carta fianza. Además, señala que se encuentra gestionando los fondos necesarios para hacer el pago del saldo del precio de venta, para lo cual solicita se le otorgue plazo hasta el 06 de julio de 2016 para efectuar dicho pago.

Sin embargo, al haber transcurrido en exceso el plazo solicitado para que "SHAMROCK" efectúe el pago del saldo del precio del LOTE D, y cumpla con efectuar las obras de habilitación urbana, el día 25 de octubre de 2016, es decir, más de tres meses y medio después de la fecha en que se había comprometido "SHAMROCK" a cumplir con sus obligaciones contractuales, hicimos de su conocimiento la ejecución de la carta fianza constituida por VIVA GyM S.A.

Sobre la Primera Pretensión Principal de la Demanda

Al respecto, debemos precisar que la carta N° 01-10-11-2016-JESSA/SC no es más que un documento meramente informativo, que fue remitido por EL SUPERVISOR a "SHAMROCK" a manera de cortesía, en el cual informó que en la medida que el referido consorcio no cumplió con efectuar (i) el pago del saldo del precio de venta del LOTE D; y, (ii) entregar las obras de habilitación urbana dentro de los 15 días concedidos a través de la Carta notarial N° 01-25- 2016-JESSA/SC, de fecha 25 de octubre de 2016, la resolución del CONTRATO había operado de pleno derecho.

Siendo ello así, dicha carta no puede incurrir en causal de ineficacia alguna, puesto que la misma no es constitutiva de la resolución contractual.

El único requisito que establece el Código Civil para poder aplicar correctamente la resolución extrajudicial es que se remita una carta notarial otorgando un plazo -no menor a quince días- para que la parte que se encuentra en incumplimiento pueda satisfacer la prestación, bajo

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

apercibimiento de la resolución del contrato.

En el presente caso, este requisito quedó satisfecho con el envío de la carta N° 01-25-10-2016 JESSA/SC6, en la cual, EL SUPERVISOR le concede a "SHAMROCK" un plazo de 15 días para que cumpla con las obligaciones contractuales bajo apercibimiento de la resolución del CONTRATO.

En ese sentido, y en la medida que el 09 de noviembre de 2016, dichas obligaciones no fueron satisfechas el contrato quedó resuelto de pleno derecho. Sin perjuicio de ello, el 11 de noviembre de 2016, el SUPERVISOR remitió una carta informativa a "SHAMROCK" indicándole que había operado la resolución de pleno derecho, así como requiriéndole la restitución de la posesión del LOTE D.

Por las consideraciones antes expuestas, resulta evidente que la referida pretensión debe ser desestimada.

Sobre la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal

Consideramos que el Tribunal Arbitral deberá declarar improcedente de plano esta pretensión en la medida que "SHAMROCK" no ha procedido a señalar cuales serían las causales que generarían la ineficacia de la resolución del CONTRATO. Por el contrario, esta pretensión pretende justificar los incumplimientos de las obligaciones contractuales y cuestionar el hecho que EL SUPERVISOR haya determinado que "SHAMROCK" incumplió con ejecutar las obras de habilitación urbana.

Efectivamente, "SHAMROCK" ha desarrollado desde la página 19 a la 78 de su escrito de demanda, fundamentos que vulneran los acuerdos adoptados expresamente por las partes en el CONTRATO, con la única finalidad de inducir a error al Tribunal en perjuicio de los intereses del estado.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

(i) En relación con el pago del saldo del precio: "SHAMROCK" pretende justificar el incumplimiento de la referida obligación alegando que ejerció la excepción de cumplimiento debido a que supuestamente las cartas fianzas habían sido indebidamente ejecutadas. Como es de conocimiento del Tribunal la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) se encuentra regulada en el artículo 1426 del Código Civil, el cual establece que en los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.

Si bien la excepción de incumplimiento constituye un medio de defensa de fondo que permite al contratante a quien se le exige el cumplimiento de su prestación, la posibilidad de negarse a cumplirla, quedando la misma suspendida hasta que su contraparte cumpla con la prestación a su cargo o garantice el cumplimiento de esta, lo cierto es que para poder invocar la misma, la parte no debe haber incurrido en incumplimiento.

En el presente caso "SHAMROCK" parece olvidar que su incumplimiento se configuró desde el 09 de abril de 2016, fecha final de la ampliación de plazo, por lo que desde esa fecha "SHAMROCK" no era parte fiel del CONTRATO.

Efectivamente, la ejecución de las cartas fianza (30 de mayo y 25 de octubre de 2016) que ahora cuestiona "SHAMROCK" y con las cuales pretende justificar el incumplimiento del pago del saldo del precio, se realizó de manera posterior al incumplimiento de "SHAMROCK", por lo que no podía hacer uso de este mecanismo.

(ii) En relación con el supuesto cumplimiento de las obras de la habilitación urbana: "SHAMROCK" señala que mediante carta notarial de fecha 08 de abril de 2016, informó que habían culminado las obras de la habilitación urbana; y,

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

adicionalmente señala que, con la emisión de la Resolución de alcaldía de la Municipalidad Distrital de Paracas, el SUPERVISOR debía tener por cumplida dicha obligación.

Sobre la Resolución de alcaldía emitida por la Municipalidad Distrital de Paracas

"SHAMROCK" ha señalado que el 08 de abril de 2016, presentó al SUPERVISOR la Resolución de alcaldía N° 250-2016- MDP/ALC, emitida por la Municipalidad Distrital de Paracas, por medio de la cual se resuelve: "APROBAR LA RECEPCIÓN DE OBRA DEL PROYECTO DE HABILITACIÓN URBANA DENOMINADO VIVIENDA VACACIONAL "SHAMROCK" PARACAS".

En relación con este punto "SHAMROCK" cuestiona que el SUPERVISOR no haya tomado en cuenta la resolución Municipal que aprobó la recepción de obras para tener por cumplida su obligación de terminar las obras correspondientes a la habilitación urbana.

Sin embargo, parece que "SHAMROCK" convenientemente olvida que las obras que forman parte de la habilitación urbana se encuentran tanto en la oferta técnica (Anexo 2 del CONTRATO), asimismo, han sido ratificadas a través de la adenda N° 01 de fecha 04 de agosto de 2014.

"SHAMROCK" no puede desconocer las prestaciones a las cuales se obligó, o inducir a error al Tribunal señalando que dichas obligaciones no se encontraban correctamente determinadas, por lo que basta contar con una Resolución Municipal para que se desconozcan las obligaciones expresamente acordadas por las partes.

Lo más grave es que en la propia Resolución de Alcaldía se reconoce que las obras de la habilitación urbana no habían sido ejecutadas en su totalidad. No

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

obstante ello, sorprendentemente le otorgan la habilitación urbana.

En ese sentido, se puede advertir que EL SUPERVISOR no desautoriza ni desconoce las competencias de la Municipalidad Distrital de Paracas, solamente exigió al consorcio el cumplimiento de las obras de habilitación urbana conforme al CONTRATO y la Adenda N° 1, al margen del documento emitido por la mencionada Municipalidad.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, resulta importante advertir que el criterio de la Municipalidad Distrital de Paracas resulta ser muy similar al criterio de "SHAMROCK", en tanto utilizan la misma terminología y razonamiento para determinar que a pesar del incumplimiento en la ejecución de las obras -en este caso- del anteproyecto de habilitación urbana presentado ante la Municipalidad de Paracas- se determine que corresponde otorgar la habilitación urbana al LOTE D.

A continuación, procedemos a realizar un cuadro comparativo de la carta notarial remitida por "SHAMROCK" y la resolución emitida por la Municipalidad de Paracas:

Entidad/Empresa	Respecto al servicio de agua:
Municipalidad de Paracas 08/04/2016	1.1. El servicio de agua está conectado a la red municipal pero no individualizada para cada vivienda, lo que será ejecutado junto con la construcción de la misma, de acuerdo a las normas y requisitos del Reglamento Nacional de Construcción. Lo mismo ocurre en el caso del desagüe y electricidad crebiéndose destacar que toda la línea de desagüe está completa, incluyendo los buzones de registro, así como la cámara de bombeo por impulsión y también los 2.6 Km. De tubería hasta las lagunas de oxidación municipales. En cuanto al servicio eléctrico, este está contratado con el proveedor local, Electro Dunas, habiéndose instalado los postes y la subestación. El transformador no se ha colocado por razones de seguridad.
"SHAMROCK" Carta Notarial 08/04/2016	El servicio de agua está conectado a la red municipal pero no individualizada para cada vivienda, lo que será ejecutado junto con la construcción de la misma, de acuerdo a las normas y requisitos del Reglamento Nacional de Construcción. En cuanto al servicio eléctrico, este está contratado con el proveedor local, Electro Dunas, habiéndose instalado los postes y la subestación. El transformador no se ha colocado por razones de seguridad.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Entidad/Empresa	Respecto a las instalaciones deportivas:
Municipalidad de Paracas 08/04/2016	1.3 La cancha de fútbol está preparada para recibir el césped artificial que no se colocará para evitar su deterioro, estando los arcos ya colocados en el proyecto.
"SHAMROCK" Carta Notarial 08/04/2016	En cuanto a las instalaciones deportivas, la cancha de fútbol está preparada para recibir el césped artificial que no se colocará para evitar su deterioro, estando los arcos ya colocados en el proyecto, mientras que las canchas de tenis están preparadas para recibir el polvo de arcilla y poner los accesorios que no se colocarán hasta la inauguración para evitar su deterioro.

Entidad/Empresa	Respecto al Club House:
Municipalidad de Paracas 08/04/2016	1.2. El Club House está completamente terminado con área social, kitchenette, baños y sala de reuniones.
"SHAMROCK" Carta Notarial 08/04/2016	hasta la inauguración para evitar su deterioro. A esto debemos agregar que el "Club House" está completamente terminado, con área social, kitchenette, baños y sala de reuniones.

Entidad/Empresa	Respecto a las pistas:
Municipalidad de Paracas 08/04/2016	2 Pista de Acceso e Interiores Las pistas de acceso están terminadas al 100% y los interiores han sido terminados sin la capa asfáltica correspondiente para prevenir el deterioro que resultaría de la construcción de las edificaciones. El asfalto será colocado al final de la obra.
"SHAMROCK" Carta Notarial 08/04/2016	Las pistas interiores del proyecto han sido terminadas al 100%, incluyendo el sellado correspondiente. Sin embargo no se ha colocado la carpeta asfáltica final debido a que esta se destruirá totalmente durante el proceso de construcción de las viviendas, como consecuencia del paso de maquinaria pesada, grúas de oruga y camiones, entre otros.
"SHAMROCK" Carta Notarial 29/10/2015	fortalecimiento y mejoramiento de la cancha y columnas de concreto. - Pistas de acceso interiores del proyecto terminadas (imprimada pero sin la capa asfáltica)

El Tribunal podrá apreciar la sorprendente coincidencia de criterios entre "SHAMROCK" y la Municipalidad de Paracas, pues no solo han realizado un mismo análisis y han llegado a las mismas conclusiones, si no que adicionalmente tienen una redacción muy similar. Sobre la carta SDP - 303-2016 de fecha 08 de abril de 2016 remitida por "SHAMROCK": En el numeral 29) del escrito de demanda, "SHAMROCK" señala que mediante carta SDP - 303-2016 de fecha 08 de abril de 2016 informó a PROINVERSIÓN sobre la

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

culminación de las obras de habilitación urbana correspondientes.

Conforme el Tribunal podrá apreciar este argumento contiene una evidente contradicción, pues "SHAMROCK" primero señala que culminaron las obras de habilitación urbana, para luego reconocer que no ha cumplido con terminar la totalidad de estas e inclusive solicita un plazo ampliatorio de 18 meses.

Lo más grave, es que la decisión de ejecutar parcialmente las obras resulta contrario a los propios términos del contrato pues "SHAMROCK" no puede modificar unilateralmente y a su conveniencia el CONTRATO, ello en la medida que en el mismo se establecía expresamente la obligación del consorcio de terminar las obras de habilitación urbana en un periodo de tres años e inclusive dicho plazo fue ampliado hasta en tres oportunidades.

Siendo ello así, este argumento debe ser desestimado, pues resulta contradictorio en sí mismo, al haberse acreditado que ni las obras de la habilitación urbana, ni el saldo del precio de venta fueron debidamente cancelados al MINCETUR.

Sobre la segunda pretensión principal

Conforme lo hemos acreditado en los párrafos precedentes, el CONTRATO quedó resuelto de pleno derecho el día 09 de noviembre de 2016, por lo que no corresponde que el Tribunal se pronuncie sobre el cumplimiento de una de las obligaciones contractuales.

Sin perjuicio de ello, debemos señalar que desde la página 79 a la 104 "SHAMROCK" ha desarrollado los mismos argumentos de su primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal las cuales supuestamente justificarían la emisión del Acta de Culminación de las Obras de la habilitación urbana.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Siendo ello así, nos remitimos a los argumentos expuestos en el numeral 2.1 y reiteramos nuestra posición respecto a que los argumentos de "SHAMROCK" pretenden justificar el incumplimiento de las obligaciones contractuales, son arbitrarios, contradictorios y vulneran los acuerdos adoptados por las partes en el CONTRATO.

Sobre la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal

Respecto a la referida pretensión, nos remitimos a lo establecido en nuestra cuestión previa, por lo que el Tribunal deberá declarar improcedente el extremo de la pretensión destinada a disponer fondos de terceros, por haberse generado un supuesto de falta de legitimidad para obrar evidente.

Sobre la pretensión alternativa a la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal

Respecto a la referida pretensión, nos remitimos a lo establecido en nuestra cuestión previa, por lo que el Tribunal deberá declarar improcedente el extremo de la pretensión destinada a disponer fondos de terceros, por haberse generado un supuesto de falta de legitimidad para obrar evidente.

Sobre la pretensión accesoria a la primera pretensión principal o a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal

Nuevamente corresponde precisar que el CONTRATO quedó resuelto de pleno derecho el día 09 de noviembre de 2016, por lo que no corresponde que el Tribunal se pronuncie sobre la suscripción de la escritura pública.

Sin perjuicio de ello, nos sorprende que "SHAMROCK" continúe solicitando plazos adicionales para cumplir con la obligación de pago referida al saldo del precio cuando no cuenta con los fondos suficientes para ello, conforme lo ha reconocido en su escrito de demanda.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Asimismo, inclusive hasta la fecha de presentación del presente escrito, las obras de la habilitación urbana no han concluido, ello conforme a las constataciones notariales e informes que señalan que las obras en el LOTE D seguían en el mismo estado y que el referido predio estaba abandonado.

Sobre la tercera pretensión principal

Al respecto, debemos precisar que, si bien el presente arbitraje ha sido iniciado por "SHAMROCK", ha sido dicha empresa la que se encuentra en claro incumplimiento, lo cual se evidencia en la medida que sus pretensiones están destinadas a legitimar indebidamente sus incumplimientos contractuales que generaron la resolución del contrato.

5.4. Posición de PROINVERSIÓN

En fecha 22 de febrero de 2018, PROINVERSIÓN presenta su escrito de contestación de demanda, replicando en muchos aspectos los argumentos expresados por el MINCETUR por lo que, el Tribunal se remite a este escrito.

VI. RECONVENCIÓN.-

6.1. Pretensiones formuladas en la Reconvención:

Las pretensiones planteadas por el MINCETUR se transcriben a continuación:

Primera Pretensión Principal: Que, se declare que la resolución del CONTRATO surtió plenos efectos y que, por tanto, hoy en día se encuentra extinto.

Primera Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal: Que, se ordene la restitución de los predios materia del CONTRATO.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Segunda Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal: Que, se declare la pérdida del pago inicial del 40% del precio pactado en el CONTRATO en favor del MINCETUR, conforme a la Cláusula Octava del mismo.

Tercera Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal: Que, se declare la pérdida de las garantías de fiel cumplimiento ejecutada por PROINVERSIÓN.

Segunda Pretensión Principal: Que, se ordene el pago correspondiente por concepto de indemnización por daños y perjuicios, conforme al monto del informe del perito que se adjuntará en la audiencia de pruebas.

Tercera Pretensión Principal: Que, se ordene a los demandantes que cumplan con pagar el íntegro de las costas arbitrales y los honorarios de abogado.

6.2. Posición del MINCETUR:

6.2.1. Fundamentos de Hecho de la Reconvención

Antecedentes

La controversia versa en torno al CONTRATO celebrado entre el MINCETUR, en calidad de propietario del LOTE D, y "SHAMROCK" en calidad de comprador, junto con la intervención de PROINVERSIÓN, por medio del cual se acordó expresamente que el precio de venta el monto ascendente a US\$ 3'657,333.00 (Tres Millones Seiscientos Cincuenta y Siete Mil Trescientos Treinta y Tres Dólares Americanos). Cabe señalar que sin perjuicio del pago del precio de venta "SHAMROCK" se obligó a ejecutar las obras de la habilitación urbana, que fueron establecidas por las partes en la oferta técnica que obra en el Anexo 2 del CONTRATO y la adenda N° 01.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Pues bien, llegada la fecha de vencimiento de la última ampliación de plazo, esto es, el 09 de noviembre de 2016 y debido al constante incumplimiento de las obligaciones contractuales antes detalladas por parte de "SHAMROCK", EL SUPERVISOR dio inicio al procedimiento resolutorio del mismo.

No obstante ello, los incumplimientos contractuales por parte de "SHAMROCK" han sido reconocidos expresamente por este consorcio a través de los argumentos vertidos en sus cartas notariales solicitando ampliaciones de plazo y del propio escrito de demanda.

Lo más grave es que a la fecha vienen realizando una serie de cuestionamientos a la resolución del CONTRATO y se niegan a cumplir con los efectos resolutorios establecidos en el mismo, específicamente a efectuar la restitución de la posesión del predio materia del CONTRATO, lo cual continúa generándole al estado graves afectaciones patrimoniales, en la medida que los avances esperados en el sector turismo se han visto paralizados y afectados.

Sobre la primera pretensión principal

La resolución contractual por incumplimiento, al ser un remedio extremo, presupone la concurrencia de diversos requisitos, como son los siguientes:

(i) *Que se genere la situación de incumplimiento:* Para que opere la resolución contractual, debe haberse comprobado una situación de incumplimiento fáctico y jurídico, siendo necesario que el deudor se encuentre en mora.

En el caso concreto la situación de incumplimiento se ha materializado cuando:

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

-
- a. "SHAMROCK" no cumplió con pagar el saldo del precio de venta del LOTE D en el plazo otorgado, conforme a lo establecido en la cláusula segunda del CONTRATO y las correspondientes ampliaciones.
 - b. "SHAMROCK" no cumplió con ejecutar las obras de habilitación urbana, señaladas en la oferta técnica (Anexo 2 del CONTRATO) y la adenda N°1, dentro del plazo otorgado.

En este punto, es preciso señalar que -conforme lo desarrollado en el numeral 1.3 del escrito de contestación de demanda- el último plazo acordado por las partes para el cumplimiento de las obligaciones por parte de "SHAMROCK" fue el 09 de abril de 2016. Sin perjuicio de ello, nuestra entidad continuó requiriendo el cumplimiento hasta el 25 de octubre de 2016, fecha en la que debido a la continua negativa de "SHAMROCK", se dio inicio al procedimiento de resolución extrajudicial establecido en el artículo 1429' del Código Civil, a través del envío de una carta notarial, en la cual el SUPERVISOR le otorgó el plazo de quince (15) días para que cumpla con las prestaciones bajo apercibimiento de la resolución del CONTRATO.

Siendo ello así, dicho plazo venció indefectiblemente el 09 de noviembre de 2016 sin que "SHAMROCK" cumpliera con sus obligaciones, operando la resolución contractual de pleno derecho.

(ii) *Que el incumplimiento sea grave, significativo o relevante:* En la medida que la resolución contractual es un remedio extremo, se debe comprobar que el incumplimiento sea "grave", para lo cual las partes intervinientes pueden haber definido previamente cuales son las causales habilitantes para la resolución contractual. Asimismo, se pueden determinar las obligaciones fundamentales del contrato o las que fueron persistentemente inejecutadas.

En el presente caso, las causales de resolución del CONTRATO fueron expresamente pactadas en la cláusula octava del mismo. Es decir, las partes acordamos libremente cuáles serían los motivos que habilitarían al

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

SUPERVISOR a efectuar la resolución del CONTRATO.

En efecto, el Tribunal Arbitral podrá comprobar que en la cláusula octava se señalaron -entre otras- las siguientes causales de resolución contractual:

- a. La cesión de posición contractual que realice "SHAMROCK" sin la autorización previa y por escrito del SUPERVISOR.
- b. La no restitución o renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento del CONTRATO en caso de ejecución de esta.
- c. El incumplimiento de las reglas establecidas en la cláusula tercera del CONTRATO, las cuales detallamos a continuación:

"3.1.2. Ejecutar el proyecto dando estricto cumplimiento a la cantidad de lotes, así como los servicios e instalaciones ofrecidos, de acuerdo con la Oferta Técnica incluida en el Anexo 2.

3.1.5. Realizar todas las gestiones y trámites necesarios para la dotación de los servicios básicos e infraestructura que se requieran para ejecutar el proyecto, tales como electricidad, agua potable y otras obras básicas de habilitación urbana: asumiendo los costos correspondientes.

3.1.10. Otras obligaciones derivadas del CONTRATO y sus anexos."

Conforme hemos demostrado, "SHAMROCK" no cumplió con dos de las obligaciones esenciales del CONTRATO, como fueron: (i) pagar el saldo del precio de venta del LOTE D; y, (ii) ejecutar las obras de la habilitación urbana conforme a lo establecido en la oferta técnica (Anexo 2 del CONTRATO) y la Adenda N°01.

Es decir, tan solo con dichos incumplimientos ya se ha podido acreditar que la conducta de "SHAMROCK" puede calificarse como un incumplimiento grave. Sin embargo, "SHAMROCK" también incurrió en otras causales de resolución

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

contractual. Veamos:

"SHAMROCK" celebró una cesión de posición contractual condicionada con VIVA G y M S.A. sin la autorización expresa y por escrito del SUPERVISOR.

"SHAMROCK" incurrió en incumplimiento grave, causal de resolución al haber celebrado un contrato de cesión condicionada de posición contractual respecto de su posición de compradores en el CONTRATO.

Dicha cesión de posición contractual consta por Escritura Pública de fecha 20 de agosto de 2016, otorgada por el Notario Público de Lima, Eduardo Laos de Lama, y fue celebrada por "SHAMROCK" y los futuros compradores del proyecto "SHAMROCK" Paracas Lagoon y la intervención de Viva G y M.

Es preciso señalar que esta cesión de posición contractual fue puesta en conocimiento de nuestra representada a través de la carta notarial de fecha 08 de noviembre de 2016. Es decir, existe un expreso reconocimiento por parte de "SHAMROCK" de haber incurrido en una causal de resolución contractual.

"SHAMROCK" no renovó la carta fianza ejecutada el 25 de octubre de 2016: De conformidad a lo desarrollado en el numeral 3.1. del escrito de contestación de demanda, ante los graves incumplimientos contractuales por parte de "SHAMROCK", PROINVERSION procedió a ejecutar hasta en dos oportunidades la garantía de fiel cumplimiento. Así, la última ejecución de la carta fianza extendida por VIVA G y M. S.A. para garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones del CONTRATO por parte de "SHAMROCK" fue realizada con fecha 25 de octubre de 2016.

Sin embargo, y a pesar de que las partes pactamos expresamente en el CONTRATO que la garantía de fiel cumplimiento debía mantenerse vigente en los mismos términos, monto y condiciones desde la fecha de suscripción

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

del CONTRATO hasta sesenta (60) días calendario posteriores a la culminación de obras, y/o en tanto existan obligaciones pendientes por parte de "SHAMROCK", dicha carta fianza nunca fue renovada, incurriendo en una causal de resolución del CONTRATO.

Como se podrá apreciar, "SHAMROCK" incurrió en varios incumplimientos que fueron calificados -expresamente por las partes- como graves, colocándose en un supuesto que acarrea la resolución contractual.

(iii) *Que el incumplimiento sea atribuible o imputable:* En el caso en concreto ha quedado demostrado que "SHAMROCK" obró de mala fe al retrasar injustificadamente el pago del 60% del precio. Asimismo, incurrió en culpa inexcusable al no avanzar con los trabajos de ejecución de las obras de habilitación desde el 09 de abril de 2016.

Por si fuera poco, "SHAMROCK" pretendió desconocer el alcance de sus obligaciones alegando que las mismas no estaban determinadas o que en todo caso eran imposible de ejecutarse en el periodo de la habilitación urbana.

Siendo ello así, al incumplir con sus obligaciones, "SHAMROCK" no solo incurrió en una falta de diligencia ordinaria, demostrando una clara intención de no respetar el CONTRATO, concretamente el pago del saldo de precio de venta del LOTE D y la finalización de las obras.

(iv) *Que el acreedor que invoca la resolución debe ser parte fiel:* El MINCETUR fue parte fiel del CONTRATO cuando constituyó en mora a "SHAMROCK", así como cuando operó la resolución del CONTRATO de pleno derecho.

En efecto, en la cláusula 3.2. del CONTRATO se establecen las obligaciones del MINCETUR. Veamos:

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

3.2.1. Para efecto de lo dispuesto en los numerales precedentes, el MINCETUR se compromete a suscribir, en calidad de transferente del Lote D, la documentación que fuera requerida por las autoridades municipales, registrales y, en general por las Autoridades Gubernamentales para, según corresponda, la realización u obtención por el COMPRADOR de las gestiones, tramites, licencias o permisos antes mencionados o cualquier otro que sea necesario para el cumplimiento del objeto del Contrato. Sin perjuicio de lo anterior, el COMPRADOR es responsable de llevar a cabo todas las gestiones y trámites necesarios para concretar la obtención de las referidas autorizaciones.

3.2.2. Entregar el Lote D al COMPRADOR en las condiciones establecidas en la cláusula segunda del Contrato.

3.2.3 Otras obligaciones derivadas del Contrato y de sus anexos.

Al respecto, MINCETUR CUMPLIÓ CON TODAS ESTAS OBLIGACIONES A CABALIDAD. Precisamente por lo que es parte fiel y, por tanto, está plenamente autorizada a resolver el CONTRATO, como finalmente lo hizo.

(i) *Observancia de la norma:* En el presente caso se puede apreciar que el procedimiento resolutorio aplicado por el MINCETUR es el que contempla el artículo 1429º del Código Civil.

En efecto, a través de la carta de fecha 25 de octubre de 2016 remitida por el SUPERVISOR y ratificada por MINCETUR, se conminó a "SHAMROCK" para que cumpla con su prestación en un plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de resolverse el CONTRATO.

Atendiendo a ello, el procedimiento resolutorio es un derecho potestativo del acreedor cuando se constata el incumplimiento del deudor en la medida que

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

es el acreedor quien opta por extinguir el vínculo contractual.

Asimismo, la legitimidad de dicho procedimiento, por tanto, depende enteramente de que exista incumplimiento, tal como lo hemos demostrado.

Así, el Tribunal podrá apreciar que el procedimiento resolutorio fue debidamente realizado, y por su parte "SHAMROCK" no cumplió con sus obligaciones.

Consecuencia de la resolución del CONTRATO:

1. Efecto liberatorio: implica que MINCETUR, al invocar la terminación del CONTRATO queda liberada de ejecutar la prestación a su cargo. Por su parte "SHAMROCK" queda liberada de los compromisos asumidos y el CONTRATO se extingue.
2. Efecto restitutivo: que significa que deben restituirse o reintegrarse las prestaciones afectadas. En este caso, correspondería la restitución de la posesión del LOTE D a favor del MINCETUR.
3. Efecto reparatorio: el cual implica que, habiendo puesto fin al contrato por causas imputables a "SHAMROCK", esta debe reparar el daño causado.
4. Efectos de la resolución según lo pactado en el CONTRATO: Son los regulados en la cláusula octava del CONTRATO:

"{...} perderá todas las inversiones realizadas sobre el LOTE hasta ese momento, el importe de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, así como el pago inicial entregado a la firma del presente contrato, en calidad de penalidad.

"En caso de resolución, ni el SUPERVISOR del Contrato, ni el MINCETUR, ni PROINVERSION ni el Estado en general estarán obligados a devolver el monto del pago inicial, los depósitos por Compromiso de Inversión u otra suma que pudiesen haber recibido del COMPRADOR, derivada del presente contrato."

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Siendo ello así, al haberse resuelto el contrato, ello implicó automáticamente lo siguiente:

- (i) El MINCETUR quedó liberado de transferir la propiedad del LOTE D.
- (ii) El MINCETUR tiene derecho a exigir a "SHAMROCK" la restitución de la posesión del LOTE D.
- (iii) "SHAMROCK" perdió el monto del precio pagado, el mismo que adquirió la calidad de penalidad en favor del MINCETUR.

Sobre la primera pretensión accesoria a la pretensión principal

De acuerdo con el numeral 2.1.2 de la cláusula segunda del CONTRATO, el precio de venta ascendía a US\$ 3'657,333.00 (Tres millones seiscientos cincuenta y siete mil trescientos treinta y tres dólares norteamericanos), el cual se pagaría en dos partes: 40% a la firma del correspondiente documento contractual (minuta) y el restante 60% con ocasión de la suscripción del Acta de Culminación de Avance Mínimo de las Obras.

Adicionalmente, las partes acordamos que "SHAMROCK" debía cumplir con las obras de la habilitación urbana las cuales fueron establecidas por las partes en el Anexo 2 del CONTRATO, así como en la Adenda N° 1. No obstante ello, en el informe del 13 de abril de 2016, se puede advertir que el SUPERVISOR especificó qué aspectos de las obras de habilitación urbana estaban inconclusos. Todo ello inclusive estuvo demostrado mediante diversas fotografías que prueban que "SHAMROCK", al 09 de abril de 2016, había incumplido con su obligación contractual.

Asimismo, con fecha 21 de octubre de 2016 nuestra entidad, juntamente con el SUPERVISOR, el Sr. Juan Manuel Calderón Izquierdo, de PROINVERSIÓN y el Sr. Osear Alberto Díaz Rimache, ingeniero residente, realizamos una NUEVA DILIGENCIA NOTARIAL DE CONSTATAción DE LA OBRA, de la

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

cual dio fe el Notario Leonev Preguntegui Garrafa, levantando el acta respectiva en el cual se advirtió que las obras no habían sufrido ninguna variación.

Efectivamente, el propio notario constató que NO HABÍA "presencia de personal obrero, ingenieros u otros profesionales de la construcción, tampoco se observa maquinaria u otras herramientas que nos revelen el desarrollo de actividades constructivas". Asimismo, el SUPERVISOR manifestó al notario que "la obra se encuentra en el mismo estado en que se hallaba cuando se hizo la primera constatación notarial de fecha nueve de abril del 2016".

Así, se puede advertir que "SHAMROCK", deliberadamente incumplió con su prestación, no realizando ningún avance en los trabajos desde el 9 de abril hasta el 21 de octubre del presente año, esto es, más de seis meses, por lo que, mediante carta notarial de fecha 25 de octubre de 2016 el SUPERVISOR requirió a "SHAMROCK" para que en el plazo de 15 días cumplan con lo siguiente: (i) pagar el saldo de precio adeudado, ascendente a la suma de US\$ 2'194,399.80, más los intereses respectivos y (ii) finalizar las obras de habilitación urbana a su cargo. De lo contrario, en virtud del art. 1429 del Código Civil, se procedería a resolver el contrato.

Note el Tribunal que aquí damos inicio al procedimiento resolutorio (y que prueba nuestro derecho a la restitución del predio), PERO, A LA MISMA VEZ, DAMOS A "SHAMROCK" UNA ÚLTIMA OPORTUNIDAD PARA QUE NOS PAGUE. ELLO EVIDENTEMENTE NO SUCEDIÓ

Efectivamente, el plazo de quince días otorgado en la carta anterior se venció el 9 de noviembre de 2016 sin que "SHAMROCK" cumpla con ninguna de sus prestaciones. Ello dio como resultado la resolución del CONTRATO de pleno derecho. Así lo hizo saber el SUPERVISOR mediante carta notarial de fecha 11 de noviembre de 2016, por medio de la cual, además, CONMINAMOS A "SHAMROCK" A APERSONARSE EL MARTES 15 DE NOVIEMBRE, A

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

HORAS 10.30AM, EN LA SEDE DEL TERRENO, A EFECTOS DE QUE NOS ENTREGUEN LA POSESIÓN DE ESTE.

Pues bien, llegado el día 15 de noviembre de 2016 se realizó LA DILIGENCIA NOTARIAL PARA LLEVAR A CABO LA ENTREGA DEL TERRENO. Dicha diligencia se encuentra plasmada en el acta de constatación notarial respectiva, levantada por el Notario Leonev Preguntegui Garrafa.

No obstante ello, dicha entrega, fue INFRUCTUOSA, pues si bien "SHAMROCK" se apersonó al terreno a través de su presidente de directorio el Sr. Carlos Zoe Miguel Chuman Gálvez, este simplemente no quiso cumplir con su obligación.

En efecto, cuando el Notario le comunicó el motivo de la diligencia, el Sr. Chuman señaló INCREÍBLEMENTE lo siguiente: "Que, por decisión del directorio de la empresa "SHAMROCK" del Perú SA C no van a restituir la posesión e inversión ejecutado en el lote O ubicado en Chaco La Puntilla Paracas, porque de acuerdo al contrato tiene que haber una solución de controversia que ya han invocado y que se basa en la cláusula once del contrato original suscrito por MINCETUR y PROINVERSIÓN; esta cláusula según el contrato requiere de trato directo y arbitraje [sic]".

Conforme se puede apreciar, "SHAMROCK" desconoció completamente la resolución del CONTRATO que había operado y, aún peor, se escudó en la necesidad de transitar por la vía del trato directo para no devolver el inmueble. Lo que "SHAMROCK" "olvidó" es que el Artículo 6 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, señala lo siguiente: "Si antes de la presentación de la petición de arbitraje, las partes han pactado la aplicación del trato directo, negociación, conciliación u otro mecanismo autocompositivo de solución de controversias, la sola petición de arbitraje por una de ellas significa, sin admitirse prueba en contrario, la renuncia a la utilización de tales mecanismos, háyase o no iniciado su aplicación".

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

En otras palabras, esta norma no indica otra cosa que lo siguiente: el trato directo nunca fue ni será un impedimento para ingresar a la vía arbitral. Por ello, ante la solicitud de "SHAMROCK" de iniciar el trato directo, procedimos a declarar formalmente su conclusión debido a su reiterado incumplimiento, tal como mencionamos en la Carta de fecha 11 de noviembre. Por ello, nuestra contraparte, aun cuando convino expresamente respecto de las consecuencias de la resolución contractual, simplemente se negó a cumplirlas.

Sin perjuicio de ello, el artículo 6 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima señala lo siguiente: "Si antes de la presentación de la petición de arbitraje, las partes han pactado la aplicación del trato directo, negociación, conciliación u otro mecanismo autocompositivo de solución de controversias, la sola petición de arbitraje por una de ellas significa, sin admitirse prueba en contrario, la renuncia a la utilización de tales mecanismos, háyase o no iniciado su aplicación".

En otras palabras, esta norma no indica otra cosa que lo siguiente: el trato directo NUNCA FUE NI SERÁ UN IMPEDIMENTO PARA LLEVAR LA CONTROVERSIA A LA VÍA ARBITRAL. Por ello, ante la solicitud de iniciar el trato directo por "SHAMROCK", en nuestra Carta de fecha 11 de noviembre de 2016, fuimos enfáticos en indicar que "cualquier cuestionamiento a la resolución contractual deberá hacerse efectivo a través de la vía correspondiente, conforme a lo estipulado en el contrato de la referencia, en sede arbitral".

Siendo ello así, y debido a la continua negativa injustificada de devolvernos nuestro predio, pese a que el CONTRATO quedó resuelto el 09 de noviembre de 2016, resulta evidente que el Tribunal deberá disponer la restitución del predio a nuestra entidad.

Sobre la segunda pretensión accesoria a la pretensión principal

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

La Cláusula Octava del CONTRATO, regula las consecuencias de la resolución por incumplimiento.

Asimismo, en el numeral 8.4 del CONTRATO se dispone que ni el SUPERVISOR, ni el MINCETUR, ni PROINVERSIÓN, ni el Estado Peruano, estarán obligados a devolver el monto del pago inicial u otra suma que pudiesen haber recibido del COMPRADOR.

Siendo que una resolución de contrato por causa imputable a una de las partes deriva necesariamente en el efecto liberatorio, restitutivo e indemnizatorio, ello implica que al quedar sin efecto el CONTRATO y, por no haberse cancelado el precio adeudado, ni el MINCETUR, PROINVERSIÓN ni el Estado Peruano en general deben devolver (restituir) los pagos recibidos, lo cual corresponde a una penalidad convencional.

Por las consideraciones antes expuestas, el Tribunal puede advertir que en la medida que operó legítimamente la resolución del contrato, corresponde que las consecuencias de dicha resolución contractual se materialicen, siendo una de ellas la declaración de la pérdida por parte de "SHAMROCK" del 40% correspondiente al pago inicial.

Siendo ello así, el Tribunal deberá declarar fundada nuestra pretensión, valiéndose de la cláusula antes referida.

Sobre la tercera pretensión accesorio a la primera pretensión principal

La Cláusula Séptima del CONTRATO, hace referencia a la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato. La misma tiene como fin garantizar el correcto y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones establecidas en el CONTRATO a cargo de "SHAMROCK"; dicha Carta debía mantenerse vigente en los términos, monto y condiciones desde la fecha de cierre hasta 60

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

días calendarios posteriores a la culminación de las obras, y/o en tanto existan obligaciones pendientes por parte de "SHAMROCK".

Al respecto, debemos señalar que la Garantía de Fiel Cumplimiento tiene una doble función: una compulsiva y otra resarcitoria. Es compulsiva por cuanto lo que pretende es compeler u obligar al contratista a que cumpla con sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario se haría merecedor de las penalidades establecidas en el CONTRATO y en el caso específico, la ejecución de las garantías establecidas en este. Es resarcitoria, pues lo que se pretende a través de su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento.

En el presente caso, dicha Garantía de Fiel Cumplimiento tenía como finalidad garantizar que "SHAMROCK" cumpla con ejecutar las obligaciones establecidas en el CONTRATO, puesto que de lo contrario le correspondía ser merecedor de las penalidades establecidas en el mismo y consecuentemente, la ejecución de esta por incumplimiento.

Siendo ello así, queda acreditado que, a pesar de los informes de incumplimiento de obras, las continuas intimaciones y requerimientos a "SHAMROCK", con respecto al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, este no cumplió con las mismas.

Finalmente, la Cláusula 4.5. del CONTRATO establece que en el caso que, al vencimiento del plazo para la ejecución de las obras, no se hubiese culminado las mismas en los términos contractuales se procedería a la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento.

En ese sentido, PROINVERSIÓN se encontraba facultado para ejecutar en favor del MINCETUR las garantías contractuales, en la medida que "SHAMROCK" incumplió con sus obligaciones.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Cabe señalar que, conforme a lo expresamente establecido por las partes en el numeral 8.1.5, en caso de vencimiento o ejecución de las garantías "SHAMROCK" se encontraba en la obligación de restituir o renovar las cartas fianzas a efectos de evitar la resolución del CONTRATO.

Conforme el Tribunal podrá apreciar, la voluntad de las partes, manifestada en el CONTRATO, fue que este se encontrara garantizado, en todo momento, por la garantía de fiel cumplimiento, inclusive en caso de la ejecución de esta correspondía que la misma sea restituida.

Por lo tanto, y de conformidad con los argumentos expuestos en los acápites anteriores, vuestro Tribunal deberá declarar fundada nuestra pretensión.

Sobre la segunda pretensión principal

"SHAMROCK" se encuentra en una situación de incumplimiento contractual, toda vez que no realizó el pago correspondiente, no ha cumplido con las obras de habilitación urbana a su cargo ni ha restituido el terreno conforme a lo acordado por las partes en el CONTRATO.

En base a ello, el artículo 1321º del Código Civil establece que corresponde que el afectado, en este caso el MINCETUR, solicite una pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios ocasionados por la no ejecución de las obligaciones de "SHAMROCK".

los presupuestos constitutivos de la responsabilidad civil contractual son: El hecho antijurídico, el daño, la relación de causalidad entre aquél y este último, y el factor atributivo de responsabilidad.

Es decir, para que se pueda configurar un supuesto de responsabilidad civil, se tendrá que presentar en el caso en concreto cada uno de estos elementos esenciales para que corresponda aplicar una indemnización.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

En primer lugar, con respecto al daño, se han configurado en el caso en concreto daños de carácter patrimonial como es el lucro cesante, es decir, la ganancia dejada de percibir.

Tal y como se detalla en el Anexo 1 del CONTRATO, "SHAMROCK" se encontraba obligado a promover el proyecto turístico "El Chaco La Puntilla", esto es, asumió la obligación para la construcción o mejoramiento de la infraestructura turística y facilidades para la atención de los turistas dentro de la Reserva Nacional de Paracas, conforme a los términos de la cláusula sexta del CONTRATO.

En base ello, actuando de buena fe y con ánimo de colaborar en la ejecución del proyecto, MINCETUR otorgó una serie de ampliaciones de plazo a "SHAMROCK", las cuales en total sumaron más de un año y medio, siendo que el plazo de ejecución se extendería hasta el 09 de abril de 2016. No obstante, las ampliaciones de plazo, "SHAMROCK" no cumplió con lo acordado, razón por la cual MINCETUR procedió con la resolución del contrato.

Sin embargo, a pesar de que "SHAMROCK" sabía que el contrato tenía como finalidad esencial que se ponga en marcha el proyecto turístico, no cumplió con sus obligaciones contractuales hasta la fecha acordada por la última ampliación, ocasionando que se genere un daño en el patrimonio de MINCETUR.

Así pues, específicamente el estado ha dejado de percibir ganancias correspondientes a la actividad turística, porque "SHAMROCK" no desarrolló el Proyecto en la Reserva Nacional de Paracas, conforme a su oferta técnica y dentro del plazo acordado, generando ello un supuesto de lucro cesante.

Con respecto al hecho antijurídico, "SHAMROCK" se encuentra en una

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

situación de incumplimiento contractual, toda vez que no pagó el saldo del precio de venta ni tampoco ejecutó las obras acordadas, conforme a la oferta técnica contenida en el anexo 2 del CONTRATO y a la adenda N° 01. Siendo ello así, se ha demostrado la conducta antijurídica de "SHAMROCK" contraviene acuerdos contractuales y diversas normas de nuestro sistema jurídico.

Con relación al daño causado, es más que evidente que el incumplimiento desarrollado en el párrafo anterior generó como consecuencia un daño patrimonial, específicamente el daño se traduce en el lucro cesante reclamado en el petitorio de la presente demanda.

Como es de conocimiento del Juzgado, nuestra legislación civil establece que se podrá demandar por daños y perjuicios a aquellas personas cuyo proceder ha tenido como consecuencia o ha sido la causa de la generación de daños a un tercero (hecho ilícito). Por tanto, un presupuesto fundamental de la indemnización es la existencia de un daño, que puede o no ser patrimonial, lo importante aquí es que el daño exista porque en ausencia de él no hay nada que indemnizar.

En el presente caso, se puede advertir que las ganancias o beneficios que el estado ha dejado de obtener como consecuencia del obrar (conducta antijurídica) de los demandados, resulta perjudicial para los intereses del estado en la medida que el incumplimiento del proyecto de "SHAMROCK", ha perjudicado el aumento de ingresos en el sector turismo, así como el desarrollo y mejoramiento de la zona del proyecto y lo que ello representa.

Respecto a la relación de causalidad, debemos precisar que, según la doctrina, este es un requisito de la responsabilidad civil y consiste en la relación de causa a efecto que debe existir entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima. Esta relación de causalidad consiste en el nexo necesario que responde al principio lógico de causa-consecuencia entre el

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

hecho generador y el daño derivado de éste.

La relación de causalidad sólo desaparece cuando media una fractura causal y en el ámbito extracontractual nuestro Código Civil únicamente regula estas cuatro: caso fortuito, fuerza mayor, hecho de la víctima y hecho de un tercero. Si no media ninguna de estas causales la víctima tiene derecho a ser indemnizada.

En el presente caso, como hemos señalado en los Fundamentos de Hecho, la conducta antijurídica, y consecuente responsabilidad de "SHAMROCK" se puede advertir claramente de los incumplimientos que generaron la resolución contractual, así como de la negativa en restituírnos el predio.

Finalmente, con respecto al factor de atribución, "SHAMROCK" actuó de manera dolosa, toda vez que incumplió deliberadamente sus obligaciones, habiendo tenido conocimiento de que el plazo de ejecución se extendería por última vez hasta el 09 de abril de 2016.

Sobre la tercera pretensión principal

Los argumentos señalados por "SHAMROCK" en su escrito de demanda carecen de sustento fáctico y jurídico, puesto que ha sido la referida empresa la que ha incumplido con sus obligaciones contractuales en perjuicio de los intereses del estado.

En ese sentido, le corresponde pagar los costos del presente arbitraje, los mismos que deberán comprender los conceptos indicados en el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1701 - Ley de Arbitraje.

Asimismo, "SHAMROCK" también deberá asumir el costo del patrocinio legal incurrido por el MINCETUR.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

6.3. Posición de SHAMROCK:

6.3.1. Fundamentos de Hecho de la Contestación a la Reconvención

Sobre la primera pretensión principal de la reconvención

Sin perjuicio de remitirnos a la demanda para contestar esta pretensión, se tiene que los hechos controvertidos giran en torno a lo siguiente: las obligaciones de los DEMANDANTES de pagar el saldo del precio, realizar la Habilitación Urbana del Lote D y levantar la reserva de propiedad.

Los DEMANDANTES han invertido en el PROYECTO aproximadamente US \$ 14'000,000.00 y su principal interés y preocupación fue generar valor y habilitar el Lote D. Este hecho fue ponderado y destacado por el MINCETUR y PROINVERSIÓN. Ello se ve plasmado en el asentimiento tácito de que los DEMANDANTES continuaran con las inversiones en el PROYECTO en lugar de destinar US \$ 3'657,333.00 de los US \$ 14'000,000.00 a la cancelación del pago del precio del terreno. Dichas instituciones eran conscientes de la magnitud del PROYECTO por ello en ningún momento intimaron en mora a los DEMANDANTES por el saldo del precio.

De acuerdo con la Oferta Técnica de los DEMANDANTES el compromiso de inversión fue de US \$ 6,248,000.00. Sin embargo, los DEMANDANTES invirtieron más del doble de lo ofertado.

Para la ejecución de cualquier proyecto era indispensable, necesario y obligatorio contar con el instrumento de gestión ambiental adecuado. En este caso la exigencia fue contar con un Estudio de Impacto Ambiental Semi Detallado (EIASd), porque se podía generar impactos ambientales moderados pero que cuyos efectos iban a ser eliminados o mitigados por los DEMANDANTES adoptando medidas técnicas apropiadas.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

El MINCETUR demoró en la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental. El MINCETUR, por un lado, actuó como Administración Pública y, por otro lado, como cocontratante. El MINCETUR pareciera ser estricto en el cumplimiento de plazos, pero no considera los aproximadamente 3 años que retardó en aprobar el Estudio de Impacto Ambiental.

Pese a ello los DEMANDANTES cumplieron con su compromiso de inversión y concluyeron la Habilitación Urbana. Para ello tuvieron que redoblar esfuerzos, inyectar mayor inversión, incrementar el ritmo de trabajo y confiar plenamente en la buena fe del MINCETUR, PROINVERSIÓN y EL SUPERVISOR. Todo ello para culminar la Habilitación Urbana dentro de lo acordado. Sin embargo, a la luz de todo lo visto queda meridianamente claro que el MINCETUR pretendía desvincularse contractualmente sin motivos válidos.

El retraso en la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental también significó un inconveniente para el traslado de fondos para el pago del saldo del precio, puesto que las entidades financieras exigían la presentación del Estudio de Impacto Ambiental, porque como es de conocimiento público en el Perú muchos proyectos se suspenden, paralizan o no se llevan a cabo por problemas relacionados al Estudio de Impacto Ambiental. Sin embargo, los DEMANDANTES llevaron a cabo el PROYECTO.

Los DEMANDANTES fueron muy cuidadosos en el cumplimiento de las exigencias ambientales y en ser responsables con el área de influencia, por ello llevaron a cabo múltiples audiencias de participación ciudadana a fin de explicar los alcances del PROYECTO.

De conformidad con el numeral 12.2 del artículo 12º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, modificada por el D. Leg. N° 1078, la RESOLUCIÓN que aprueba el Instrumento de Gestión Ambiental

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

constituirá la CERTIFICACIÓN AMBIENTAL, QUEDANDO AUTORIZADA LA EJECUCIÓN DE LA ACCIÓN O PROYECTO PROPUESTO.

El MINCETUR emitió la Resolución Directoral N° 25-2014-MINCETUR/NMT/DNT con fecha 23 de diciembre de 2014 y el artículo cuarto de la parte resolutive señala lo siguiente:

Artículo 4°.- La Certificación Ambiental pierde vigencia, si dentro del plazo máximo de tres (03) años posteriores a su emisión, el Titular no inicia las obras para la ejecución del Proyecto. Este plazo podrá ser ampliado por la Dirección Nacional de Turismo del MINCETUR, por única vez y a pedido sustentado del Titular, hasta por dos (02) años adicionales, efectuado dicho pedido, antes del vencimiento del plazo máximo referido de tres (03) años. En caso de pérdida de vigencia de la Certificación Ambiental, para el otorgamiento de una nueva Certificación Ambiental el Titular deberá presentar el Estudio Ambiental incluyendo las actualizaciones y modificaciones correspondientes.

En ese sentido, los DEMANDANTES pudieron haber ejecutado las obras de Habilitación Urbana hasta el 2017, porque así lo había autorizado el MINCETUR. Sin embargo, la Habilitación Urbana concluyó el 08 de abril de 2016. Esto debe ser apreciado por el Tribunal Arbitral como muestra de buena fe de los DEMANDANTES y como prueba de su compromiso de inversión en el PROYECTO.

Otra consecuencia de la demora de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental fue que coincidiera con el clima electoral que también repercutió en el financiamiento. Los DEMANDANTES, como consta de las cartas remitidas al MINCETUR y PROINVERSIÓN, solicitaron el número de cuenta para abonar el saldo del precio y la liquidación de intereses. Había una voluntad expresa de pago, pero lamentablemente el riesgo país afectó y retrasó el traslado de fondos.

Ahora bien, cuando los DEMANDANTES ya habían culminado las obras de habilitación urbana informaron a PROINVERSIÓN mediante Carta SDP - 303-2016, de fecha 08 de abril de 2016 y explicaron lo siguiente: Es importante

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

señalar que el Lote D adjudicado está dentro de la Zona de Amortiguamiento de la Reserva Nacional de Paracas, y para desarrollar el condominio, tanto en el aspecto de Habilitación Urbana como de las Edificaciones que se construyan dentro de él, existe la obligación de cumplir con los parámetros a que se refiere el punto 2.2. del Anexo 1 del Contrato, entre los que se señala no estar permitida la construcción parcial de las Unidades de Vivienda a fin de evitar la proliferación de obras inconclusas y los inconvenientes que ello conlleva.

Por lo dicho, como fue puesto oportunamente en conocimiento del Supervisor, al no haber edificaciones se hacía materialmente imposible ejecutar las veredas peatonales interiores, aquellas que comunican entre las viviendas y la laguna central, así como los parques y jardines ubicados en la parte interior (entre los bloques de viviendas y la laguna) en esta etapa de Habilitación Urbana, ya que estas están ubicadas a un nivel más elevado (4.7 m.s.n.m.) que los sótanos de las viviendas a construirse. Esto hace necesario que las estructuras (casco) de los lotes estén construidas para actuar como soporte del relleno de los jardines en donde se ubicarán dichas veredas. A esto se suma, en el caso de aquellos parques y jardines en las áreas externas, el hecho que estos serán destruidos por el proceso constructivo, almacenamiento de materiales y paso de equipo y maquinaria de construcción.

Las pistas interiores del proyecto han sido terminadas al 100%, incluyendo el sellado correspondiente. Sin embargo, no se ha colocado la carpeta asfáltica final debido a que esta se destruirá totalmente durante del proceso de construcción de las viviendas, como consecuencia del paso de maquinaria pesada, grúas de oruga y camiones, entre otros.

Toda la línea de desagüe está completa, incluyendo los buzones de registro, así como la cámara de bombeo por impulsión y también los 2.6 km de tubería hasta las lagunas de oxidación municipales.

El servicio de agua está conectado a la red municipal pero no individualizada

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

para cada vivienda, lo que será ejecutado junto con la construcción de esta, de acuerdo con las normas y requisitos del Reglamento Nacional de Construcción. En cuanto al servicio eléctrico, este está contratado con el proveedor local, Electrodunas, habiéndose instalado los postes y la subestación. El transformador no se ha colocado por razones de seguridad.

En cuanto a las instalaciones deportivas, la cancha de fútbol está preparada para recibir el césped artificial que no se colocará para evitar su deterioro, estando los arcos ya colocados en el proyecto, mientras que las canchas de tenis están preparadas para recibir el polvo de arcilla y poner los accesorios que no se colocarán hasta la inauguración para evitar su deterioro.

A esto debemos agregar que el "Club House" está completamente terminado, con área social, kitchenette, baños y sala de reuniones.

Por lo señalado consideramos haber concluido satisfactoriamente con aquello que se puede desarrollar bajo las condiciones técnicas existentes. Conscientes que existen algunos aspectos técnicos que no permiten que la realización de los elementos expuestos, solicitamos se nos conceda que dichos elementos (veredas, parques y jardines, conexiones internas a cada una de las unidades de vivienda) puedan ser culminados apenas las condiciones constructivas lo permitan, lo que estimamos deberá ser en un plazo de 18 meses.

Finalmente queremos manifestarles que la carta fianza de fiel cumplimiento, que vence el 27 de abril del 2016, está siendo renovada por 90 días, en los mismos términos, monto y condiciones para estar en cumplimiento con lo establecido en la cláusula Séptima del Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario - Chaco La Puntilla Lote "D".

Los DEMANDANTES, mediante Carta SDP-304-2016, de fecha 08 de abril de 2016, presentaron a PROINVERSIÓN la: "Resolución de Alcaldía de la Municipalidad Distrital de Paracas en la que se aprueba la Habilitación Urbana en Lote "D" del Chaco La Puntilla, objeto del Contrato de Compraventa con

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario - Chaco La Puntilla Lote "D".

Por consiguiente, concernía pagar el saldo del precio a fin de que se levante la reserva de propiedad y la emisión del Acta de Culminación. Los DEMANDANTES estaban gestionando el traslado de fondos y como expresamos en la demanda se tenía previsto, en su defecto, pagar el saldo del precio con dinero proveniente de los 41 futuros compradores con los que los DEMANDANTES habían suscrito contratos de compromiso de contratar.

El pago del saldo del precio puede considerarse como una obligación esencial de los DEMANDANTES y es válido que al incumplirse pueda dar origen a la resolución del CONTRATO; sin embargo, hay presupuestos que se tienen que cumplir.

El MINCETUR al contestar la demanda y reconvenición repite que no se ha cumplido con la Habilitación Urbana porque así lo señala el SUPERVISOR en atención al CONTRATO. Sin embargo, omite pronunciarse sobre lo que el SUPERVISOR en su Informe N° 01-13-04-2016-JESSA/SC del 13 abril de 2016 en el tercer punto afirma: "En cuando a la habilitación urbana, en el Contrato y su Anexo N° 2 no se detallan las obras a ejecutar, por lo que es preciso recurrir al proyecto de habilitación urbana presentado por el Consorcio a la Municipalidad de Paracas aprobada por la Resolución N° R. A. N° 191-2012-MDP/ALC; en la que se detalla las obras de habilitación, a saber: (...)".

Como se aprecia pareciera que hay un uso interesado a lo que manifiesta el SUPERVISOR quien voluntariamente y libre de toda presión manifestó que en el Anexo N° 2 no se detalló las obras a ejecutar y para ello recurrió al proyecto de habilitación aprobado por la Resolución N° R. A. N° 191-2012-MDP/ALC.

Por ello, la conducta del SUPERVISOR merece ser tomada en cuenta, puesto que acorde con el principio y norma jurídica de la buena fe, toda persona debe desarrollar en el derecho contractual un comportamiento coherente y uniforme.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

No contradictorio. Se debe tomar en consideración el principio general del derecho de la doctrina de los actos propios, que viene enunciado desde la antigüedad y está presente el brocardo jurídico de que venire contra factum proprium non valet, y que tiende a garantizar el tráfico jurídico.

El mismo principio debe aplicarse también a la conducta del MINCETUR Y PROINVERSIÓN quienes luego de que supuestamente se extinguió el CONTRATO por vencimiento del plazo (09 de abril de 2016), continuaban con un comportamiento de normalidad contractual y exigían la renovación de la garantía de fiel cumplimiento luego de que la primera carta fianza se ejecutara arbitrariamente. Eso indudablemente constituye un impedimento para alegar la resolución del contrato por parte del MINCETUR.

Debe advertirse que, desde el 09 de abril de 2016 hasta el 25 de octubre de 2016, el MINCETUR, el SUPERVISOR y PROINVERSIÓN continuaban realizando acciones totalmente coherentes a unas de normal desenvolvimiento de programa de cooperación contractual. Es más jamás intimaron en mora.

El MINCETUR sencillamente se negaba a reconocer el cumplimiento de la Habilitación Urbana pese a que el SUPERVISOR en un inicio tomó en cuenta lo que se presentó ante la Municipalidad Distrital de Paracas. No existía garantía que el MICETUR levantaría la reserva de propiedad.

El MINCETUR, el SUPERVISOR y PROINVERSIÓN se negaron a reconocer a lo resuelto por la autoridad competente. Por tanto, es procedente la aplicación de excepción de incumplimiento.

El MINCETUR señala como incumplimientos graves el no pago del saldo del precio y a la Habilitación Urbana. Ello ya se sustentó en la demanda y en el presente escrito y es que no se pagó el saldo del precio porque los DEMANDANTES suspendieron la ejecución de la prestación porque el MINCETUR no garantizaba que levantaría la reserva de propiedad y con

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

relación a la Habilitación Urbana los DEMANDANTES sí cumplieron.

El MINCETUR indica que supuestamente los DEMANDANTES incurrieron en otras causales de resolución porque supuestamente se celebró una cesión condicionada de posición contractual condicionada con VIVA G Y M SA sin la autorización expresa y por escrito del SUPERVISOR. Sin embargo, el MINCETUR no dice que ese contrato es ineficaz porque está condicionado a que el MINCETUR esté de acuerdo. Debe recordarse que de acuerdo con los artículos 1435º y siguientes del Código Civil, toda cesión de posición contractual importa la conformidad por parte del cedido (MINCETUR).

El SUPERVISOR, el MINCETUR y PROINVERSIÓN sorprendentemente ya en octubre de 2016 luego de que atribuyera falsamente que no se habían cumplidos con la Habilitación Urbana inició una presión de todo tipo, por ello para brindar plena confianza se buscó y se dieron reuniones juntamente con los futuros compradores. Muestra de ello es que ante la ejecución de la primera carta fianza ejecutada quien entregó directamente la renovación fue la señora Pilar Benavides.

No obstante, El SUPERVISOR, el MINCETUR y PROINVERSIÓN seguían con las presiones y obligaron a los DEMANDANTES a suscribir el mencionado contrato de cesión condicionada de posición contractual. El supuesto temor era que las supuestas obras inconclusas no se terminaran. Para ello y para muestra de nuestra plena buena fe se pretendió ceder a VIVA G Y M SA. Esta empresa era líder y de reconocida solvencia empresarial, económica y financiera.

¿Cuál fue la posición de los DEMANDANTES? Cedieron a las presiones de los demandados. Y los DEMANDANTES lo asumen con absoluta honestidad ante el Tribunal Arbitral. Sin embargo, los DEMANDANTES jamás creyeron que lo que estaban buscando los demandados era buscar de mala fe resolver el CONTRATO. QUERÍAN PRESINDIR DE SHAMROCK.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

El MINCETUR afirma como otro supuesto grave incumplimiento que "'Shamrock' no renovó la carta fianza ejecutada el 25 de octubre de 2016".

Cómo así el MINCETUR primero ejecutó la garantía de fiel cumplimiento y después pretendía que se pague el saldo del precio o que se ejecuten las supuestas obras que faltaban. Esto demuestra una autoritaria y categórica mala fe que en lugar de fortalecer la posición de los demandados la debilita y la gráfica completamente.

Además, de acuerdo con el CONTRATO una de las condiciones para que se produzca el pago del saldo del precio es que la garantía de fiel cumplimiento esté vigente. Cómo los DEMANDANTES iban a entregar una tercera carta fianza si es que las 2 anteriores fueron ejecutadas arbitrariamente.

El MINCETUR afirma también que los supuestos incumplimientos son atribuibles a los DEMANDANTES; sin embargo, es completamente falso porque el MINCETUR no quiso reconocer la culminación de la Habilitación Urbana pese a una disposición municipal que sirvió como base para que el SUPERVISOR hiciese inicialmente observaciones ceñidas a lo que se presentó ante la autoridad edil.

El único incumplimiento es la falta de pago del saldo del precio, pero como dijimos el ordenamiento jurídico nos permite la suspensión hasta que al menos el MINCETUR garantice su cumplimiento. En el peor de los casos como se fundamentó en la demanda el supuesto incumplimiento está totalmente justificado y lo que se exige para la procedencia de una resolución de contrato es que no haya justificación.

El MINCETUR en la página 44 de su reconvención afirma lo siguiente: "El MINCETUR fue parte fiel del CONTRATO cuando constituyó en mora a 'Shamrock', así como cuando operó la resolución del contrato de pleno

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

derecho".

El MINCETUR no dice que PRIMERO EJECUTÓ LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO Y LUEGO INTIMÓ EN MORA y TAMPOCO DICE QUE CUANDO LOS DEMANDANTES HICIERON USO DEL ARTÍCULO 1426º DEL CÓDIGO CIVIL NO HABÍAN SIDO CONSTITUIDO EN MORA. Por tanto, no puede atribuirse ser parte fiel quien obra de mala fe. Primero ejecuta la garantía de fiel cumplimiento no obstante haberse cumplido con la Habilitación Urbana y luego intima. Consecuentemente, la pretendida resolución del CONTRATO es ineficaz.

Las cartas fianzas N° 4410056228.01 y N° 4410063974.00 emitidas por el Banco Interamericano de Finanzas por los montos de US\$ 365,733.30 (Trescientos Sesenta y Cinco Mil Setecientos Treinta y Tres y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) cada uno, fueron ejecutadas indebidamente por los demandados, argumentando que los DEMANDANTES no habían cumplido con su obligación, pese a que ya la Municipalidad Distrital de Paracas había aprobado la Habilitación Urbana del Chaco La Puntilla Lote D.

Lo que correspondía era que en cumplimiento de la Resolución de Alcaldía que aprobaba la Habilitación Urbana del terreno señalado en el CONTRATO, el SUPERVISOR aprobara y suscribiera el Acta de Culminación de las Obras de Habilitación Urbana del Proyecto, obedeciendo la resolución de la entidad competente para aprobar habilitaciones urbanas, en este caso la Municipalidad Distrital de Paracas.

Pese a lo dicho el MINCETUR no solo pretendió resolver el CONTRATO. sino que se ejecutaron indebidamente las Cartas Fianzas N° 4410056228.01 y N° 441006397 4.00 emitidas por el Banco Interamericano de Finanzas por los montos de US\$ 365,733.30 (Trescientos Sesenta y Cinco Mil Setecientos Treinta y Tres y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) cada uno,

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

argumentando el supuesto incumplimiento de obligaciones de los DEMANDANTES.

Ello contradice notoriamente las normas imperativas y de orden público, puesto que se está ignorando una Resolución firme de Alcaldía que aprueba la Habilitación Urbana del Proyecto.

Por tanto, como se dijo en la demanda, si se admite que los DEMANDANTES se encontraban en una situación de incumplimiento contractual eso estuvo justificado en virtud del artículo 1335° y 1426° del Código Civil por lo que la pretendida resolución de CONTRATO es ineficaz, y así el Tribunal Arbitral lo deberá declarar.

Sobre la primera pretensión accesoria a la primera principal de la reconvención

Esta pretensión deberá correr la suerte de la pretensión principal, puesto que al ser ineficaz la pretendida resolución de CONTRATO, esta pretensión accesoria deberá declararse improcedente y/o infundada.

Sobre la segunda pretensión accesoria a la primera principal de la reconvención

Esta pretensión deberá correr la suerte de la pretensión principal, puesto que al ser ineficaz la pretendida resolución de CONTRATO, esta pretensión accesoria deberá declararse improcedente y/o infundada.

Sin embargo, en el supuesto negado que se ampare la primera pretensión principal, los DEMANDANTES solicitan la reducción de la penalidad, puesto que como ya se ha demostrado LOS DEMANDANTES han cumplido con la Habilitación Urbana, quedando únicamente el saldo del precio que no se pagó al amparo del artículo 1426° del Código Civil, por lo que sería excesivamente

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

desproporcionado que el MINCETUR se quede con una inversión de aproximadamente 14 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

En este caso los DEMANDANTES han acreditado que se ha cumplido con la finalidad del PROYECTO, el cual era la Habilitación Urbana del Chaco La Puntilla Lote D, ello consta en la Resolución de Alcaldía N° 250-2016-MDP/ALC emitida por la Municipalidad Distrital de Paracas, que aprueba la Habilitación Urbana del PROYECTO.

Sobre la tercera pretensión accesoria a la primera principal de la reconvención

Esta pretensión deberá correr la suerte de la pretensión principal, puesto que al ser ineficaz la pretendida resolución de CONTRATO, esta pretensión accesoria deberá declararse improcedente y/o infundada.

Sobre la segunda pretensión principal de la reconvención

El MINCETUR fue quien no ejecutó sus obligaciones al no tener por culminada la Habilitación Urbana e impedir el pago del saldo del precio por lo que no existe el primer elemento de la responsabilidad civil. El MINCETUR es la parte infiel y no puede pretender resolver el CONTRATO.

El MINCETUR señala que sufrió daños sin embargo no lo cuantifica, no ofrece medio probatorio alguno, ni presenta algún documento que la sustente.

Se debe tener en cuenta la mala fe procesal y la actitud dilatoria del MINCETUR al señalar en su petitorio que en la audiencia de pruebas adjuntará un informe de un perito. Mala fe porque no cuantifica el supuesto daño y TAMPOCO OFRECE PERICIA ALGUNA COMO MEDIO PROBATORIO.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

VII. DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.-

- 7.1.** Mediante Resolución N° 4 de fecha 14 de diciembre de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió, entre otros, OTORGAR a Shamrock del Perú S.A.C., Carlos Zoe Chuman Ganoza y Rosa María Ramírez Meléndez un plazo de veinte (20) días hábiles para la presentación de su demanda.
- 7.2.** El 22 de febrero de 2018, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN (en adelante, PROINVERSIÓN) contestó a la demanda.
- 7.3.** El 23 de febrero de 2018, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (en adelante, MINCETUR) contestó a la demanda y formuló reconvención.
- 7.4.** El 2 de abril de 2018, la parte demandante absolvió la contestación de demanda y contestó la reconvención formulada por el MINCETUR.

Determinación de Puntos Controvertidos:

- 7.5.** Mediante Resolución N° 7 de 23 de abril de 2018, el Tribunal Arbitral resolvió determinar los siguientes puntos controvertidos:
1. Primer Punto Controvertido (en relación con la primera pretensión principal de la demanda)
Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia de la Carta N° 01-10-11-2016-JESSA/SC, de fecha 11 de noviembre de 2016, remitida por el Supervisor, Ingeniero Jesús Silva Santisteban Acevedo, por la cual este pretendió resolver el Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario Chaco La Puntilla Lote D.
 2. Segundo Punto Controvertido (en relación con la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda)

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia de la pretendida resolución de Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario Chaco La Puntilla Lote D, efectuada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

3. Tercer Punto Controvertido (en relación con la segunda pretensión principal de la demanda)

Determinar si corresponde o no ordenar que el Tribunal Arbitral declare la culminación en forma total de las Obras y que el laudo tenga eficacia equivalente al Acta de Culminación de las Obras.

4. Cuarto Punto Controvertido (en relación con la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda)

Determinar si corresponde o no ordenar que el Tribunal Arbitral declare la indebida ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento - Cartas Fianzas- efectuadas por el MINCETUR y por PROINVERSIÓN; y, que se ordene a PROINVERSIÓN que devuelva a favor de los demandantes los montos indebidos ejecutados.

5. Quinto Punto Controvertido (en relación con la pretensión alternativa a la pretensión accesoria de la segunda pretensión principal de la demanda)

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la indebida ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento - Cartas Fianzas- efectuadas por el MINCETUR y por PROINVERSIÓN; y, que se compense el saldo del precio con los montos ejecutados de las cartas fianzas.

6. Sexto Punto Controvertido (en relación con la pretensión accesoria a la primera pretensión principal o a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda)

Determinar si corresponde o no ordenar que el Tribunal Arbitral fije un plazo razonable en el cual – y de manera simultánea- el MINCETUR deberá

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

suscribir la respectiva Escritura Pública de Compraventa y la parte demandante cancelar el saldo pendiente del precio.

7. Sétimo Punto Controvertido (en relación con la tercera pretensión principal de la demanda)

Determinar si corresponde o no ordenar que el MINCETUR y PROINVERSIÓN paguen los costos y costas del presente proceso.

MATERIAS DE PRONUNCIAMIENTO DERIVADAS DE LAS PRETENSIONES DEL ESCRITO DE RECONVENCIÓN PRESENTADO POR EL MINCETUR EL 23 DE FEBRERO DE 2018:

8. Octavo Punto Controvertido (en relación con la primera pretensión principal de la reconvención)

Determinar si corresponde o no que se declare que la resolución del Contrato surtió plenos efectos y que, por tanto, se encuentra extinto.

9. Noveno Punto Controvertido (en relación con la primera pretensión accesoria a la pretensión principal de la reconvención)

Determinar si corresponde o no ordenar la restitución de los predios materia del Contrato.

10. Décimo Punto Controvertido (en relación con la segunda pretensión accesoria a la pretensión principal de la reconvención)

Determinar si corresponde o no que se declare la pérdida del pago inicial del 40% del precio pactado en el Contrato en favor del MINCETUR, conforme a la cláusula Octava del mismo.

11. Décimo Primer Punto Controvertido (en relación con la tercera pretensión accesoria a la pretensión principal de la reconvención)

Determinar si corresponde o no que se declare la pérdida de las garantías de fiel cumplimiento ejecutada por PROINVERSIÓN.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

12. Décimo Segundo Punto Controvertido (en relación con la segunda pretensión principal de la reconvención)

Determinar si corresponde o no ordenar que se declare el pago correspondiente por concepto de indemnización por daños y perjuicios, conforme al monto del informe del perito que se adjuntará en la respectiva Audiencia de Pruebas.

13. Décimo Tercer Punto Controvertido (en relación con la tercera pretensión principal de la reconvención)

Determinar si corresponde o no ordenar a los demandantes que cumplan con pagar el íntegro de las costas arbitrales y los honorarios del abogado.

Admisión de Pruebas:

En ese mismo acto, el Tribunal Arbitral resolvió admitir las siguientes pruebas:

- En cuando a SHAMROCK, el Tribunal Arbitral admite la totalidad de pruebas documentales ofrecidas por el demandante en el acápite III “Medios Probatorios” de su escrito de demanda de fecha 16 de enero de 2018, los cuales se encuentran detallados del numeral 3.1 al 3.25.
- En relación con PROINVERSION, el Tribunal Arbitral admite la totalidad de las pruebas documentales ofrecidas en el acápite IV “Medios Probatorios” correspondiente al escrito de contestación de demanda de fecha 22 de febrero de 2018, los cuales se encuentran detallados del numeral 1 al 5.
- Por otro lado, respecto al MINCETUR, el Tribunal Arbitral admite la totalidad de pruebas documentales ofrecidas en el acápite III “Medios Probatorios” de su escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 23 de febrero de 2018, los cuales se encuentran detallados del numeral 1 al 21.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Finalmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho a disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier medio probatorio que considerase conveniente, en virtud de lo establecido en el artículo 43º del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

VIII. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN PERICIAL.-

- 8.1.** Con fecha 22 de abril de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación Pericial llevada, en la cual, el Tribunal Arbitral concedió el uso de la palabra al Perito Lázaro Alberto Cahuana Echegaray, designado por el MINCETUR, a fin que sustente la pericia de indemnización de daños y perjuicios presentado el 8 de junio de 2018; así como, dispuso correr traslado del escrito presentado el 17 de abril de 2019 para que en un plazo de cinco (5) días hábiles las partes manifiesten lo conveniente a su derecho.

IX. INFORMES ORALES.-

- 9.1.** Con fecha 05 de marzo de 2020, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En dicho acto, el Tribunal Arbitral concedió el uso de la palabra a las partes, a fin de que sustenten sus alegatos sobre la controversia; quienes informaron y respondieron las preguntas del Tribunal Arbitral. Seguidamente, el Tribunal Arbitral otorgó réplica a la parte demandante, concediéndose luego dúplica a la parte demandada.

X. PLAZO PARA LAUDAR

- 10.1.** En la Audiencia de Informes Orales de fecha 5 de marzo de 2020, el Tribunal Arbitral dispuso el cierre de instrucción y fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, computado a partir del día siguiente de la mencionada Audiencia.

XI. CUESTIONES PRELIMINARES.-

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente establecer, lo siguiente:

- i) El presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO;
- ii) En ningún momento se interpuso recusación contra los miembros del Tribunal Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las reglas procesales establecidas en la Resolución N° 4 de fecha 14 de diciembre de 2017;
- iii) El DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso;
- iv) Por su parte el DEMANDADO fue debidamente emplazado, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y;
- v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia de que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

En cuanto a las pruebas, el Tribunal Arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Asimismo, el Tribunal Arbitral hace notar que, de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo No. 1071.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los Tribunales españoles cuando se ha indicado que “(...) *la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes (...).*” (Sentencia de fecha 30/11/87)¹.

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos.

XII. ANÁLISIS.-

CONSIDERANDO:

- 1.** El presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas del Contrato de de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario, suscrito entre la empresa SHAMROCK DEL PERU SAC, la sociedad conyugal conformada por CARLOS ZOE MIGUEL CHUMAN GANOZA y ROSA MARIA RAMIREZ MELENDEZ, parte demandante, y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (en adelante MINCETUR) con la intervención de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante PROINVERSION), parte demandada.

¹ **HINOJOSA SEGOVIA, Rafael.** “El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

En este sentido, el Tribunal Arbitral deja constancia que procederá a resolver las controversias surgidas entre las partes en el orden establecido mediante Resolución N° 7 de fecha 23 de abril de 2018.

- 2.** Para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la Carga de la Prueba, dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 196.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

- 3.** Los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo con los principios generales de la prueba referidos en párrafos anteriores; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188° del Código Procesal Civil.
- 4.** Por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo No. 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia de la Carta N° 01-10-11-2016-JESSA/SC, de fecha 11 de noviembre de 2016, remitida por el Supervisor, Ingeniero Jesús Silva Santisteban Acevedo, por la cual este pretendió resolver el Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Desarrollo Inmobiliario Chaco La Puntilla Lote D.

5. De lo actuado en el presente proceso se tiene que la controversia en torno a esta pretensión gira en relación con que el Supervisor tenía o no las facultades para resolver el contrato mediante la Carta N° 01-10-11-2016-JESSA/SC de fecha 11 de noviembre de 2016 haciendo uso de la denominada resolución por intimación.

6. Se tiene que mediante Carta N° 01-25-10-2016 JESSAC/SC de fecha 25 de octubre de 2016, el Supervisor de conformidad con lo establecido en el artículo 1429 del Código Civil, requiere a los demandantes para que dentro del plazo de quince (15) días cumplan con lo siguiente; en caso contrario, de persistir su incumplimiento y una vez vencido el indicado plazo, el contrato quedará sin efecto alguno:

- El pago del saldo del precio adeudado, ascendente a la suma de US\$ 2 194 399.80 (que corresponde al 60% del precio de venta pactado, ascendente a US\$ 3 657 333.00), más los respectivos intereses por la falta de pago oportuno, pago que hasta la fecha no ha sido honrado.
- La conclusión de las obras de habilitación urbana a su cargo.

- **La resolución pactada en el contrato**

7. De la revisión del contrato se aprecia que las partes pactaron en la cláusula octava una de condición resolutoria expresa, debido a que se estableció de forma taxativa y literal los supuestos en los que el incumplimiento generaría la resolución de pleno derecho, como se aprecia a continuación:

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

CLÁUSULA OCTAVA: RESOLUCIÓN

- 8.1 Las partes acuerdan establecer como causales de resolución automática del presente Contrato las siguientes:
- 8.1.1 El incumplimiento de todos los actos considerados en el Acta de Culminación de Avance Mínimo de Obras en el plazo previsto en el Anexo 1 del Contrato.
 - 8.1.2 El establecimiento de cargas y gravámenes en el Lote D, antes de la transferencia de propiedad.
 - 8.1.3 La cesión de posición contractual que realice el COMPRADOR sin la autorización previa y por escrito del Supervisor del Contrato.
 - 8.1.4 La transferencia del Lote D, en forma total o parcial, sin la autorización previa y por escrito del Supervisor del Contrato.
 - 8.1.5 La no restitución o renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, en caso de ejecución de la misma.
 - 8.1.6 El incumplimiento de las reglas para la participación del Operador, establecidas en la Cláusula 3 del presente Contrato.
- 8.2 En caso que se verifiquen los supuestos de resolución antes indicados, el Supervisor del Contrato podrá dar por resuelto de manera automática el Contrato y, en consecuencia no se procederá a la transferencia de propiedad del Lote D. Asimismo, el COMPRADOR perderá todas las inversiones realizadas sobre el LOTE hasta ese momento, el importe de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, así como el pago inicial entregado a la firma del presente Contrato, en calidad de penalidad.
- 8.3 La resolución se producirá de pleno derecho el Supervisor del Contrato comunique notarialmente al COMPRADOR que hace valer la presente cláusula resolutoria; haciéndose efectiva dicha resolución en la fecha de recepción en el domicilio señalado por el COMPRADOR en el presente contrato de la comunicación antes indicada.
- 8.4 En caso de resolución, ni el Supervisor del Contrato, ni el MINCETUR, ni PROINVERSIÓN ni el Estado en general estarán obligados a devolver el monto del pago inicial, los depósitos por Compromiso de Inversión u otra suma que pudiesen haber recibido del COMPRADOR, derivada del presente Contrato.

- 8.** Ahora se tiene que de conformidad con lo establecido en los numerales 8.2 y 8.3 de la cláusula octava del Contrato, se facultaba al Supervisor a ejercer la facultad resolutoria del MINCETUR en el caso de ocurrencia de los supuestos

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

contemplados en el numeral 8.1 de la referida cláusula, así como comunicar de dicha decisión a los demandantes.

9. En atención a ello, las partes acordaron que el Supervisor tenía la facultad de resolver el contrato, empero, dicha facultad estaba restringida a la resolución por condición expresa y en los supuestos taxativos contemplados en el numeral 8.1 de la cláusula octava del Contrato.

10. En ese sentido, no se facultó, ni las partes acordaron expresamente que el Supervisor pudiera ejercer la facultad resolutoria en situaciones distintas a aquellas expresadas en la cláusula octava del contrato y menos que este pueda ampararse en el artículo 1429° del Código Civil para a ejercitar la resolución por intimación.

• **Sobre el supervisor y sus funciones en el contrato**

11. A ello, debe tenerse en cuenta que como se aprecia del subnumeral 1.16.30 del numeral 1.16 de la cláusula primera del contrato, el Supervisor tiene delimitadas sus funciones a la supervisión, administración, ejecución y cobranza de las obligaciones a cargo de los demandantes, como se aprecia de la siguiente imagen:

1.16.30 Supervisor del Contrato: Tendrá a su cargo la supervisión, administración, ejecución y cobranza de las obligaciones a cargo del COMPRADOR previstas en el Contrato.

12. En atención a ello, se aprecia claramente que las funciones del supervisor en el contrato estaban vinculadas principalmente a la administración y ejecución del contrato y en el caso específico de la cláusula octava a poder ejercer la facultad

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

resolutiva en supuestos taxativos y literales amparado en el artículo 1430² del Código Civil.

- 13.** Ello considerando que el Supervisor formalmente no es parte del contrato, en el estricto de constituirse en deudor o acreedor de alguna de las prestaciones objeto de este, de conformidad con el subnumeral 1.16.28 del numeral 1.16 de la cláusula primera del contrato, que señala:

1.16.28 Partes: Son, conjuntamente, el COMPRADOR y el MINCETUR.

- 14.** Esto es fundamental, debido a que el remedio de la resolución solo puede ser ejercido por quien se constituye como parte en un contrato, esto es en la posición de deudor o acreedor de una prestación conforme se tiene de los artículos 1428³, 1429⁴ y 1430° del Código Civil.

² Artículo 1430.- Condición resolutoria

Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

³ Artículo 1428.- Resolución por incumplimiento

En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

⁴ Artículo 1429.- Resolución de pleno derecho

En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

- **Sobre la resolución por intimación realizada por el Supervisor**

15. Este Colegiado determina que la Carta N° 01-25-10-2016 JESSAC/SC de fecha 25 de octubre de 2016 y la Carta N° 01-10-11-2016-JESSA/SC de fecha 11 de noviembre de 2016 son actos que se han ejercido en el marco de la denominada resolución por intimación regulada en el artículo 1429° del Código Civil.

16. Si bien, en principio, se tiene que, de la revisión del Contrato, no se ha incluido una cláusula de resolución por intimación, autorizada doctrina señala claramente que “si no se incluyó la cláusula expresa de resolución en el programa contractual, o si fue prevista respecto de una prestación que no es la que ahora ha incumplido el deudor, el acreedor puede escoger entre dos mecanismos de resolución aunque no los haya estipulado, a saber: la resolución judicial y la resolución por intimación”⁵.

17. Por lo que, era posible legalmente que el MINCETUR (en su condición de Acreedor) pueda resolver el contrato al amparo de esta normativa, no obstante, como ya se manifestó la resolución, de forma independiente a que se realice en base al artículo 1429° o 1430° del Código Civil, solo puede ser ejercida por alguna de las partes del contrato.

18. Como resulta diáfano, de la lectura de los numerales 8.2 y 8.3 de la cláusula octava del Contrato, únicamente las partes habían facultado a que el Supervisor pueda ejercer la facultad resolutoria en supuestos determinados y al amparo del artículo 1430° del Código Civil, por lo que, el indicado profesional no puede ejercer actos que no se encuentra facultado expresamente, dado que al no ser “parte” del contrato, las acciones que puede optar en relación a los remedios contractuales, están circunscritas a lo expresamente pactado por las partes.

⁵ Forno Flores, Hugo. Resolución por Intimación. Ver: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art65.PDF.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

19. Para efecto de lo antes señalado, tenemos que el artículo 161^{o6} del Código Civil, que establece que el acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado. Así, se expresa que lo acordado por las partes en relación con las facultades del supervisor, en esencia, constituye una especie de representación, la cual, de conformidad con las normas del Código Civil como la antes acotada se sujeta a las facultades expresamente pactadas o conferidas.

20. Consecuentemente, siendo que el Supervisor no es “parte” del contrato, y tenía facultades expresas para poder ejercer la facultad resolutoria en supuestos específicos, cualquier actuación fuera de las facultades conferidas o pactadas expresamente por las partes, constituye una acción ineficaz.

- **Sobre la ratificación de MINCETUR en la resolución por intimación realizada por el Supervisor**

21. Conforme se aprecia de la contestación de la demanda, el MINCETUR ha señalado que en relación con el cuestionamiento de "SHAMROCK" respecto a las facultades del SUPERVISOR para resolver el contrato, dicha parte remitió el Oficio N° 630-2016-MICETURNMT de fecha 04 de noviembre de 2016, ratificando el contenido de la carta remitida por el SUPERVISOR. Ello con la finalidad de evitar cualquier tipo de cuestionamiento que se pudiese realizar a futuro.

22. En relación con este punto es importante tener en cuenta que el Supervisor no tenía facultades para ejercer la facultad resolutoria al amparo del artículo 1429°

⁶ **Artículo 161.- Ineficacia del acto jurídico por exceso de facultades**

El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

del Código Civil, más aún por no ser parte del contrato, en atención a ello, el MINCETUR no podría ratificar aquello, dado que en su condición de “parte” del contrato estaba facultado para realizar la resolución por intimación, pero respetando el procedimiento legal establecido en la norma antes acotada.

23. Por ello, a consideración de este Tribunal la ratificación a la que alude el MINCETUR en su Oficio N° 630-2016-MICETURNMT de fecha 04 de noviembre de 2016 no podría subsanar el hecho de que el Supervisor no estaba facultado para resolver el contrato por intimación, situación distinta hubiera sido, en un actuar diligente que el MINCETUR en su condición de parte del contrato realizar el procedimiento de resolución del artículo 1429° del Código Civil de mutuo propio y no ratificar aquello que era claramente ineficaz.

24. En atención a ello, atendiendo a que el MINCETUR si es parte del contrato solo es posible dar por válida su resolución por intimación en tanto esta haya cumplido con el procedimiento prescrito en el artículo 1429° del Código Civil, esto es, que dicha parte a través del funcionario competente que tuviera facultades para suscribir la carta de requerimiento, debía remitir una comunicación a los demandantes requiriendo el cumplimiento del contrato en el plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento resolver el contrato.

25. Asimismo, como lo establece autorizada doctrina “la omisión en fijar un plazo en la intimación, su indeterminabilidad objetiva o la indicación de uno inferior al legal, tornan ineficaz a la intimación evitando que se produzca el efecto resolutorio”⁷; ello en atención que el MINCETUR debía establecer un plazo para que los demandantes cumplan con el contrato, el Oficio N° 630-2016-MICETURNMT de fecha 04 de noviembre de 2016 no se aprecia plazo alguno, por lo que, este documento no puede ser considerado como valido al no cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 1429° del Código Civil.

⁷ RAMELLA, Anteo. *La resolución por Incumplimiento*. Buenos Aires: Astrea. 1979, p. 164.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

26. A ello, debemos agregar que la denominada ratificación realizada por el MINCETUR recién fue comunicada a los demandantes en fecha 04 de noviembre de 2016, no fue realizada en el mismo acto de la comunicación de la Carta N° 01-25-10-2016 JESSAC/SC de fecha 25 de octubre de 2016.

27. Otro aspecto relevante para este Colegiado es que pese a la claridad de las facultades expresamente pactadas por las partes en relación con las funciones del Supervisor y ante la obvia observación que podría realizar los demandantes ante una eventual resolución realizada por el Supervisor sin tener facultades para ello, el MINCETUR no haya actuado como un contratante diligente y haya realizado los actos en su real condición de parte del contrato y cumpliendo el procedimiento regulado en el artículo 1429° del Código Civil.

• **Conclusión**

28. Atendiendo a lo expuesto, resulta claro que el supervisor no es parte del contrato por lo que no puede ejercer los remedios contractuales como una si fuera una parte de este, siendo que habiéndose establecido taxativamente sus facultades, cualquier actuación fuera de estas resulta ineficaz, consecuentemente, la Carta N° 01-10-11-2016-JESSA/SC, de fecha 11 de noviembre de 2016, remitida por el Supervisor, Ingeniero Jesús Silva Santisteban Acevedo, por la cual este pretendió resolver el Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario Chaco La Puntilla Lote D es ineficaz, debiéndose declarar fundada la primera pretensión principal de la demanda.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia de la pretendida resolución de Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Desarrollo Inmobiliario Chaco La Puntilla Lote D, efectuada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

29. De forma preliminar debemos señalar que el principio dispositivo que rige todo proceso y que es definido como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”⁸, determina que son las partes las que formulan sus pretensiones no siendo posible que el Tribunal pueda variar estas.

30. En ese sentido, los demandantes formularon esta pretensión como una de naturaleza subordinada, la cual, se formula cuando el demandante plantea una pretensión principal y otra (u otras) que es subordinada al resultado de la principal, por lo que, atendiendo a lo establecido en el artículo 87⁹ del Código Procesal Civil, la pretensión subordinada solo es resuelta si es que la principal es desestimada, habiéndose declarado fundada la pretensión principal carece de objeto que este colegiado se pronuncie sobre esta pretensión.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no ordenar que el Tribunal Arbitral declare la culminación en forma total de las Obras y que el laudo tenga eficacia equivalente al Acta de Culminación de las Obras.

⁸ PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1979, pp. 253-254.

⁹ **Artículo 87.-Acumulación objetiva originaria**

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.

Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.

Si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento procesal. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

- 31.** En relación con este punto controvertido, el Tribunal tiene en consideración que la cláusula segunda del contrato establece que el objeto de este en relación con el comprador (demandantes), lo siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO Y PACTO DE RESERVA DE PROPIEDAD

2.1 En virtud del presente Contrato:

(...)

2.1.3 Asimismo, el COMPRADOR se obliga a

- a) Cumplir con el Compromiso de Inversión en la Reserva Nacional de Paracas señalado en la Cláusula Quinta del Contrato, y;
- b) Desarrollar el Proyecto de acuerdo a su Oferta Técnica.

- 32.** En ese sentido, se aprecia que los demandantes tenían la obligación de desarrollar el proyecto de acuerdo con su oferta técnica.

- 33.** Ahora, debe tenerse presente que los subnumerales 1.16.24 y 1.16.25 del numeral 1.16 de la cláusula primera del contrato, definen lo que se entiende por obras:

CLÁUSULA PRIMERA: ANTECEDENTES Y DISPOSICIONES GENERALES

(...)

1.16 En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

1.16.24 Obras: Es el resultado de los trabajos de construcción y equipamiento para la ejecución del Proyecto de acuerdo al compromiso asumido por el COMPRADOR en su Oferta Técnica y que comprende asimismo, las Obras Complementarias.

1.16.25 Obras Complementarias: Son las instalaciones y edificaciones adicionales a las Obras, destinadas a facilitar las actividades de esparcimiento y recreación de los ocupantes del condominio vacacional a desarrollarse en el Lote D, tales como casa club, piscinas, campos deportivos, etc.

34. Como se puede apreciar de los subnumerales 1.16.24 y 1.16.25 antes acotados se aprecia que el comprador debía ejecutar trabajos de construcción y equipamiento de acuerdo con su oferta técnica, lo que inclusive comprendía los trabajos de instalaciones y edificaciones adicionales.

35. Ahora de la revisión de la oferta técnica presentada por los demandantes se aprecia dentro del anexo referido al Estudio de Habilitación Urbana el cronograma de ejecución de obras que presento en su oportunidad los demandantes, documento en el cual, se aprecia que dicha parte debía realizar obras en los plazos establecidos en este como se tiene a continuación:

Exp. N° 0476-2016-CCL

Proceso arbitral seguido entre la empresa SHAMROCK DEL PERÚ SAC y otros con el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo-MINCETUR- y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada-PROINVERSIÓN-

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

CRONOGRAMA DE EJECUCION DE OBRAS PROYECTO EL CHACO

NOMBRE DE PARTIDA	1° mes	2° mes	3° mes	4° mes	5° mes	6° mes	7° mes	8° mes	9° mes	10° mes	11° mes	12° mes	13° mes	14° mes	15° mes	16° mes	17° mes	18° mes
EXCAVACION, CONTENCIÓN Y HABILITACION URBANA																		
OBRAS PRELIMINARES																		
CONSTRUCCION AREAS COMUNES, PISCINA CASA CLUB Y AREAS DE ENTRETENIMIENTO																		
OBRAS PRELIMINARES																		
MOVIMIENTO DE TIERRA																		
ZAPATAS																		
CISTERNA																		
TECHO																		
CIELOBRASO																		
TABICUERIAS																		
FALSO PISO Y CONTRAPISO																		
INSTALACIONES ELECTRICAS																		
INSTALACIONES SANITARIAS																		
REVOCQUES Y ENLUCIDOS																		
PISOS																		
ACABADOS																		
NOMBRE DE PARTIDA	19° mes	20° mes	21° mes	22° mes	23° mes	24° mes	25° mes	26° mes	27° mes	28° mes	29° mes	30° mes	31° mes	32° mes	33° mes	34° mes	35° mes	36° mes
CONSTRUCCION DE DEPARTAMENTOS																		
OBRAS PRELIMINARES																		
MOVIMIENTO DE TIERRA																		
ZAPATAS																		
CISTERNA																		
TECHO																		
CIELOBRASO																		
TABICUERIAS																		
FALSO PISO Y CONTRAPISO																		
INSTALACIONES ELECTRICAS																		
INSTALACIONES SANITARIAS																		
REVOCQUES Y ENLUCIDOS																		
PISOS																		
ACABADOS																		

36. Con lo cual, queda claro que no existe controversia en relación con que los demandantes se obligaron a realizar obras de conformidad con lo establecido en el contrato.

37. En ese sentido, se tiene que el subnumerales 1.16.2 del numeral 1.16 de la cláusula primera del contrato define lo que denomina el Acta de Culminación de las obras, como se aprecia a continuación:

CLÁUSULA PRIMERA: ANTECEDENTES Y DISPOSICIONES GENERALES

(...)

1.16 En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

1.16.2 Acta de Culminación de las Obras: Es el documento emitido por el Supervisor del Contrato suscrito conjuntamente con el COMPRADOR, mediante el cual se deja constancia de la culminación de las Obras en forma total. Este documento deberá señalar la fecha en la que el Supervisor del Contrato dio la conformidad total de las Obras.

38. En atención a este subnumeral 1.16.2 solo puede considerarse culminada la ejecución de las obras cuando se suscriba el Acta de Culminación de Obras, la cual, debe ser suscrita por el Supervisor.

39. Lo que se corrobora con lo establecido en el numeral 4.6 de la cláusula cuarta del contrato que señala:

CLÁUSULA CUARTA: EJECUCIÓN DE LAS OBRAS

(...)

4.6. Una vez concluidas las Obras en los términos a que se refiere el Numeral 3.1 y el Anexo 1 del Contrato, el COMPRADOR solicitará al Supervisor del Contrato la suscripción del Acta de Culminación de las Obras.

Una vez suscrita el Acta de Culminación de las Obras, el Proyecto se considerará culminado completa y satisfactoriamente, procediéndose con la devolución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

40. De la referida disposición contractual se aprecia diáfananamente que el Proyecto se consideraría culminado a satisfacción del MINCETUR únicamente cuando se suscriba el Acta de Culminación de las Obras.

41. Ahora, de lo actuado en el proceso arbitral se aprecia que los demandantes no han aportado como medio probatorio el Acta de Culminación de las Obras suscrita por el Supervisor.

42. Además, los demandantes lejos de cumplir con lo pactado en el contrato requieren que este Tribunal de por culminadas las obras basándose en una interpretación de que el objeto del contrato era únicamente la obtención de la

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

declaración de habilitación urbana por parte de la Municipalidad Distrital de Paracas.

43. Cabe precisar que el argumento esbozado por los demandantes no posee sustento contractual alguno, por lo que, atendiendo a que las partes pactaron formalmente cuando se entendía por culminado el Proyecto este Colegiado no puede subrogar la voluntad de las partes y dar por culminado el proyecto sin observar lo pactado en la cláusula cuarta del contrato.

44. El Tribunal tiene en cuenta que los demandantes mediante Carta SDP-303-2016 de fecha 08 de abril de 2016, informaron a PROINVERSION sobre la culminación de las obras de habilitación urbana correspondientes, sin embargo, conforme se aprecia de la propia carta, dicha parte reconoce que no ha podido culminar diversas obras, tales como, las siguientes:

- *"se le hacía materialmente imposible ejecutar las veredas peatonales interiores, aquellas que comunican entre las viviendas y la laguna central, así como los parques y jardines ubicados en la parte interior".*
- *"Las pistas interiores del proyecto han sido terminadas al 100%, incluyendo el sellado correspondiente. Sin embargo, no se ha colocado la capa asfáltica final debido a que esta se destruirá durante el proceso de construcción de viviendas".*
- *"en cuanto a las instalaciones deportivas la cancha de fútbol está preparada para recibir el césped artificial que no se colocará para evitar su deterioro".*

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

-
- 45.** En atención a ello, resulta ilógico que se señale que se ha culminado las obras cuando los propios demandantes señalan que no se han ejecutado determinadas actividades. Mas allá, de que se cuente con una justificación, incluso técnica para no haber culminado con todas las actividades constructivas, los demandantes debieron haber observado ello oportunamente y no realizarlo recién cuando se encontraba en la etapa de recepción de obras.
- 46.** A ello, debemos agregar que en el decurso del proceso arbitral las partes han expresado su posición discrepante en relación con este aspecto no habiéndose acreditado fehacientemente que las obra efectivamente se hayan culminado.
- 47.** En consecuencia, no habiéndose cumplido con lo establecido en la cláusula cuarta del Contrato este Colegiado no puede dar por culminado el proyecto, debiéndose declarar infundada la segunda pretensión principal.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no ordenar que el Tribunal Arbitral declare la indebida ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento - Cartas Fianzas-efectuadas por el MINCETUR y por PROINVERSIÓN; y, que se ordene a PROINVERSIÓN que devuelva a favor de los demandantes los montos indebidos ejecutados.

- 48.** De forma preliminar debemos señalar que el principio dispositivo que rige todo proceso y que es definido como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”¹⁰, determina que son las partes las que formulan sus pretensiones no siendo posible que el Tribunal pueda variar estas.

¹⁰ PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1979, pp. 253-254.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

49. En ese sentido, los demandantes formularon esta pretensión como una de naturaleza accesoria, la cual, se presenta cuando el demandante propone una pretensión principal cuya suerte determina la de una pretensión accesoria que depende de aquella. Si la principal es fundada, la accesoria lo es también. Si la principal es infundada, la accesoria también es infundada. La suerte de una determinaría automáticamente la suerte de la otra.

50. Habiéndose declarado infundada la pretensión principal corresponde declarar infundada la pretensión accesoria.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA PRETENSIÓN ALTERNATIVA A LA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la indebida ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento - Cartas Fianzas- efectuadas por el MINCETUR y por PROINVERSIÓN; y, que se compense el saldo del precio con los montos ejecutados de las cartas fianzas.

51. De la revisión del contrato se aprecia que tanto en la cláusula sexta y sétima del contrato, las partes acordaron la presentación de las siguientes garantías:

- i) Garantía de fiel cumplimiento del compromiso de inversión en la reserva nacional de paracas.
- ii) Garantía de fiel cumplimiento del contrato.

52. Ahora, conforme se aprecia de las referidas cláusulas, ninguna de estas disposiciones regula los supuestos de ejecución de estas garantías, esto es, las partes no acordaron bajo que motivos, por ejemplo, el MINCETUR se encontraría habilitado contractualmente para ejecutar las garantías, como se aprecia de la simple lectura de lo siguiente:

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

CLAUSULA SEXTA: GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO DE INVERSIÓN EN LA RESERVA NACIONAL DE PARACAS

El Adjudicatario deberá entregar en la Fecha de Cierre la Garantía de Fiel Cumplimiento del Compromiso de Inversión en la Reserva Nacional de Paracas a que se refiere el Anexo N° 1 con las características de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión, ni división y de realización automática emitida a favor de PROINVERSIÓN según las características que se indican seguidamente:

- 6.1. Se otorgará en forma de carta fianza bancaria y deberá ser emitida por una Empresa Bancaria y mantenerse vigente hasta que se cumpla con el pago del cien por ciento (100%) del Compromiso de Inversión en la Reserva Nacional de Paracas.
- 6.2. Alternativamente, se podrá aceptar una fianza o stand-by letter solicitada por una Entidad Financiera Internacional la cual puede revestir la formalidad que emplee la Entidad Financiera Internacional que efectúe la operación, que tenga vigencia según el plazo establecido en el párrafo anterior, y que sea confirmada por una Empresa Bancaria.
- 6.3. El monto de la garantía será equivalente al cien por ciento (100%) del compromiso de inversión en la Reserva Nacional de Paracas, es decir, US\$ 545,563.00 (Quinientos Cuarenta y Cinco Mil Quinientos Sesenta y Tres y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), la cual se mantendrá vigente hasta la cancelación total del referido compromiso.

CLÁUSULA SÉTIMA: GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO

- 7.1. A fin de garantizar el correcto y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones establecidas en el Contrato a cargo de COMPRADOR, se ha previsto la entrega de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, la misma que deberá mantenerse vigente en los mismos términos, monto y condiciones desde Fecha de Cierre hasta sesenta (60) Días Calendario posteriores a la culminación de la Obras, y/o en tanto existan obligaciones pendientes por parte del COMPRADOR.
- 7.2. Alternativamente, se podrá aceptar una fianza o stand-by letter solicitada por una Entidad Financiera Internacional la cual puede revestir la formalidad que emplee la Entidad Financiera Internacional que efectúe la operación, que tenga vigencia según el plazo establecido en el párrafo anterior, y que sea confirmada por una Empresa Bancaria.
- 7.3. El monto de la garantía será equivalente al diez (10%) del Precio del Lote D.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

-
- 53.** Ahora, es preciso aclarar que, de la revisión del contrato, el supuesto de no restitución o renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato no es un motivo contractual que habilite a la Entidad a ejecutar la garantía, por lo que, a criterio del Tribunal no existen motivos pactados en el contrato para que la Entidad pueda ejecutar las fianzas, consecuentemente, al no haber supuesto recogido en el contrato que determine la ejecución de la garantía no era posible ejecutar estas garantías.
- 54.** A ello, debemos agregar que mediante Carta SDP-322-2016, los demandantes presentaron ante el SUPERVISOR la Carta Fianza No. 4410063974.00 emitida por el Banco Interamericano de Finanzas por el monto de US\$ 365,733.30 (Trescientos Sesenta y Cinco Mil Setecientos Treinta y Tres y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) hecho que ha sido reconocido por la propia Entidad en su escrito de contestación de demanda (página 22), con lo cual se aprecia que efectivamente la carta fianza fue restituida.
- 55.** Si bien el MINCETUR señala que la Carta Fianza que les fue entregada como garantía de fiel cumplimiento fue constituida por Viva G y M S.A, hecho que a su consideración genera el incumplimiento de los demandantes en relación con su obligación de entregar las garantías de fiel cumplimiento, debe tenerse presente que el artículo 1868¹¹ del Código Civil regula el contrato de fianza, el cual se constituye, al lado de una relación obligatoria entre dos (o más) sujetos (el deudor principal y el acreedor), una relación jurídica en la que un tercero (fiador) se obliga personalmente frente al acreedor de esa otra relación con el fin de reforzar el interés del exacto cumplimiento de la obligación ajena¹².

¹¹ **Artículo 1868.- Definición**

Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor.

La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor sino de otro fiador.

¹² BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Apuntes sobre la fianza en el Código Civil peruano. Ver: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/12168/12733/>

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

56. Así, autorizada doctrina señala que “a la obligación del deudor principal se agrega la obligación del fiador, que tiene una prestación igual a aquella del deudor principal, cual instrumento de garantía del derecho del acreedor frente a este último, con la consecuencia que, una vez cumplida la obligación del fiador, se extingue, por reflejo, también la obligación del deudor originario. Sobre el dato estructural, constituido por la presencia de una nueva relación obligatoria, se empalma un elemento funcional (la “causa de garantía”) que, penetrando en el intrínseco contenido de la obligación, la somete a servir un fin particular, que es aquel, precisamente, de garantizar al acreedor en orden a la satisfacción del propio derecho nacido de la otra relación”¹³.

57. Por lo que, el propio contrato de fianza permite a un tercer garantizar la obligación del deudor principal frente a su acreedor, consecuentemente, el hecho que la Carta Fianza que fue entregada al MINCETUR como garantía de fiel cumplimiento haya sido constituida por Viva G y M S.A., no determina ningún incumplimiento por parte de los demandantes siendo que esta situación responde a la definición legal y doctrinaria del contrato de fianza.

58. En consecuencia, atendiendo a que no existe regulación sobre los motivos que contractualmente habiliten a la Entidad a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y que no existe ningún incumplimiento de parte de los demandantes en haber entregado una fianza constituida por tercera persona distinta de estos, no existe justificación legal ni contractual que permitan advertir que la ejecución de las garantías realizada por el MINCETUR fueron debidas, respondan al contrato o tengan un amparo legal, por lo que, corresponde declarar la indebida ejecución de las garantías.

- **Sobre el externo de la pretensión de compensación**

¹³ GIUSTI, Alberto. La fideiussione e il mandato di credito. En: Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Volumen XVIII, tomo 3. Milano: Giuffrè, 1998. p. 1.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

-
- 59.** La figura jurídica de la compensación se encuentra regulada en el artículo 1288° del Código Civil, el cual prescribe:

“Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo”.

- 60.** La compensación es un modo de extinción de las obligaciones que opera cuando dos personas son respectivamente acreedoras y deudoras la una de la otra.

- 61.** En aplicación de la compensación las dos relaciones obligatorias se extinguen recíprocamente, hasta donde alcance el importe de la menor de ellas.

- 62.** En consecuencia, el deudor, que resulta al propio tiempo acreedor de su acreedor, le paga utilizando el crédito que tiene contra él.

- 63.** La compensación dispensa pues mutuamente a los dos deudores de la ejecución efectiva de las obligaciones, constituyendo, en buena cuenta, un doble pago abreviado¹⁴.

- 64.** Para que opere la compensación se debe cumplir con las siguientes condiciones:

- i) La reciprocidad de obligaciones entre las mismas personas.
- ii) La fungibilidad entre los objetos de ambas obligaciones.
- iii) La homogeneidad entre los objetos de ambas obligaciones.
- iv) Ambas obligaciones deben ser líquidas.

¹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. ¿Cómo opera la compensación en el Derecho Civil Comparado? Ver: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Como%20opera%20la%20compensacion.pdf>.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

v) Ambas obligaciones deben ser exigibles.

65. Se tiene que, en el presente caso, se configuran los presupuestos para la aplicación de la compensación, por lo que, existiendo reciprocidad de obligaciones entre las mismas partes (los demandantes y el MINCETUR), así como, que los objetos de las obligaciones de ambas partes son fungibles, homogéneos, líquidos y exigibles, corresponde aplicar la compensación de la ejecución de las garantías indebidamente ejecutadas con el saldo del precio por el lote D.

66. Consecuentemente corresponde declarar fundada la pretensión incoada por los demandantes.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL O A LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no ordenar que el Tribunal Arbitral fije un plazo razonable en el cual – y de manera simultánea- el MINCETUR deberá suscribir la respectiva Escritura Pública de Compraventa y la parte demandante cancelar el saldo pendiente del precio.

67. Sobre esta pretensión el Tribunal es claro en señalar que, pese a que esta pretensión ha sido formulada por los demandantes como una de naturaleza accesoria y, por lo tanto, corre la suerte de la pretensión principal.

68. Siendo que la primera pretensión principal de la demanda ha sido declarada fundada esta pretensión debería correr la misma suerte, no obstante, el Tribunal advierte que el contenido de esta pretensión esta referido a que el MINCETUR deberá suscribir la respectiva Escritura Pública de Compraventa y la parte demandante cancelar el saldo pendiente del precio.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

- 69.** En ese sentido, se advierte del segundo párrafo del subnumeral 2.2.1 del numeral 2.2 de la cláusula segunda del Contrato, señala:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO Y PACTO DE RESERVA DE PROPIEDAD

(...)

2.2 Pacto de Reserva de Propiedad:

- 2.2.1 Las Partes acuerdan, al amparo de lo dispuesto por el Artículo 1583° del Código Civil, incorporar en el Contrato el pacto de reserva de propiedad a favor del MINCETUR. En consecuencia, este conservará la propiedad del bien materia del presente contrato aún cuando la posesión del mismo haya sido entregada al COMPRADOR.

En consecuencia, el MINCETUR se compromete a transferir la propiedad del Lote D, una vez que PROINVERSIÓN haya verificado:

- a) El cumplimiento de los actos contenidos en el Acta de Culminación de Avance Mínimo de las Obras.
- b) Que el COMPRADOR haya cumplido con cancelar el Precio del Lote D.
- c) Que el COMPRADOR mantenga vigente la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.
- d) Que el COMPRADOR mantenga vigente la Garantía de Fiel Cumplimiento por el saldo del Compromiso de Inversión en la Reserva Nacional de Paracas.

- 70.** De lo establecido en la referida disposición contractual se aprecia diáfamanamente que para que el MINCETUR proceda a suscribir la escritura de compraventa se debe cumplir cuatro (4) condiciones, entre ellas, el cumplimiento de los actos contenidos en el Acta de Culminación de Avance Mínimo de las Obras, documento que los demandantes no han acreditado se haya suscrito y menos se ha presentado en el proceso en calidad de medio probatorio.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

71. En atención a ello, este Colegiado considera que el formalismo de la pretensión accesoria no puede soslayar que, para amparar una determinada pretensión, se debe cumplir con lo que está establecido en el contrato, esto es, el demandante no puede hacer uso de un ropaje procesal para saltar las condiciones establecidas en el contrato y que deben ser cumplidas a cabalidad en atención a lo establecido en el artículo 1361^{o15} del Código Civil, vale decir, en cumplimiento del pacta sunt servanda.

72. Por ello, este Tribunal con firme convicción declara infundada esta pretensión.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

Determinar si corresponde o no que se declare que la resolución del Contrato surtió plenos efectos y que, por tanto, se encuentra extinto.

73. En relación con esta pretensión reconvenzional debemos señalar que este Tribunal en el desarrollo del primer punto controvertido relacionado con la primera pretensión principal de la demanda, ha declarado la ineficacia de la Carta N° 01-10-11-2016-JESSA/SC, de fecha 11 de noviembre de 2016, remitida por el Supervisor, Ingeniero Jesús Silva Santisteban Acevedo, mediante la cual se resolvió el contrato.

74. Como se señaló, resulta claro que el supervisor no es parte del contrato por lo que no puede ejercer los remedios contractuales como una si fuera una parte de este, siendo que habiéndose establecido taxativamente sus facultades, cualquier actuación fuera de estas resulta ineficaz, consecuentemente, la Carta N° 01-10-11-2016-JESSA/SC, de fecha 11 de noviembre de 2016, remitida por el

¹⁵ **Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos**

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

Supervisor, Ingeniero Jesús Silva Santisteban Acevedo, por la cual este pretendió resolver el Contrato de Compraventa con Reserva de Propiedad y Desarrollo Inmobiliario Chaco La Puntilla Lote D es ineficaz.

75. En atención a ello, siendo que la Carta N° 01-10-11-2016-JESSA/SC, de fecha 11 de noviembre de 2016 mediante la cual, se resolvió el contrato ha sido declarada ineficaz, la resolución no surte efectos legales.

76. Considerando que se entiende por ineficaz cuando “el negocio en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, cuando, sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él”¹⁶.

77. Siendo que, en el presente caso, el Supervisor no es parte del contrato por lo que no puede ejercer los remedios contractuales como una si fuera una parte de este, y estando establecido taxativamente sus facultades, no podía actuar al margen de estas.

78. Ahora, se aprecia de los argumentos de la reconvención formulados por el MINCETUR, que dicha parte expone los, que a su criterio considera, incumplimientos de parte de SHAMROCK.

79. No obstante, este Tribunal en atención al principio dispositivo únicamente es competente para analizar y emitir un pronunciamiento sobre la pretensión que ha sido formulada por el actor, no siendo posible que el Colegiado varié el contenido de esta, lo expresado en atención a que los argumentos del MINCETUR evidencian los, que a su criterio considera, incumplimientos de parte de SHAMROCK pero que podrían justificar una resolución del contrato que hubiera realizado el MINCETUR como parte del contrato. Reiteramos la resolución realizada por el Supervisor es ineficaz y por lo tanto no se puede suplir

¹⁶ BETII, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. 1983, pág. 349.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

esta condición con la enumeración de lo que el MINCETUR considera a su criterio incumplimientos de SHAMROCK.

80. A ello, debemos agregar que el MINCETUR no ha formulado su pretensión solicitando que este Tribunal declare la resolución del contrato ante, lo que dicha parte considera, incumplimientos de SHAMROCK, por lo que, pese a que el MINCETUR ha expuesto y sustentado su pretensión reconvencional en esos hechos, este Colegiado no puede ir mas allá de lo pretendido y requerido por la parte actora.

81. En ese sentido, pese a que el MINCETUR considere que SHAMROCK ha incurrido en incumplimientos que justifican la resolución del contrato, este Colegiado reitera que dicha resolución debe ser realizada por quien es parte del contrato, no por un tercero que no se encuentra facultado para ello.

82. Por otro lado, es importante traer a colación que el Oficio N° 630-2016-MICETURNMT de fecha 04 de noviembre de 2016, mediante el cual, el MINCETUR, a su criterio, ratifico la resolución del contrato, a fin de evitar cuestionamientos a futuro, no puede subsanar el hecho de que el Supervisor no estaba facultado para resolver el contrato por intimación, situación distinta hubiera sido, que en un actuar diligente el MINCETUR en su condición de parte del contrato realice el procedimiento de resolución del artículo 1429° del Código Civil de mutuo propio y no ratificar aquello que era claramente ineficaz.

83. Consecuentemente, corresponde declarar infundada la pretensión reconvencional atendiendo a lo expuesto.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

Determinar si corresponde o no ordenar la restitución de los predios materia del Contrato.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

84. De forma preliminar debemos señalar que el principio dispositivo que rige todo proceso y que es definido como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”¹⁷, determina que son las partes las que formulan sus pretensiones no siendo posible que el Tribunal pueda variar estas.

85. En ese sentido, los demandantes formularon esta pretensión como una de naturaleza accesoria, la cual, se presenta cuando el demandante propone una pretensión principal cuya suerte determina la de una pretensión accesoria que depende de aquella. Si la principal es fundada, la accesoria lo es también. Si la principal es infundada, la accesoria también es infundada. La suerte de una determinaría automáticamente la suerte de la otra.

86. Habiéndose declarado infundada la pretensión principal corresponde declarar infundada la pretensión accesoria.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

Determinar si corresponde o no que se declare la pérdida del pago inicial del 40% del precio pactado en el Contrato en favor del MINCETUR, conforme a la cláusula Octava del mismo.

87. De forma preliminar debemos señalar que el principio dispositivo que rige todo proceso y que es definido como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”¹⁸, determina que son las partes

¹⁷ PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1979, pp. 253-254.

¹⁸ PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1979, pp. 253-254.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

las que formulan sus pretensiones no siendo posible que el Tribunal pueda variar estas.

88. En ese sentido, los demandantes formularon esta pretensión como una de naturaleza accesorio, la cual, se presenta cuando el demandante propone una pretensión principal cuya suerte determina la de una pretensión accesorio que depende de aquella. Si la principal es fundada, la accesorio lo es también. Si la principal es infundada, la accesorio también es infundada. La suerte de una determinaría automáticamente la suerte de la otra.

89. Habiéndose declarado infundada la pretensión principal corresponde declarar infundada la pretensión accesorio.

DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA TERCERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

Determinar si corresponde o no que se declare la pérdida de las garantías de fiel cumplimiento ejecutada por PROINVERSIÓN.

90. De forma preliminar debemos señalar que el principio dispositivo que rige todo proceso y que es definido como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”¹⁹, determina que son las partes las que formulan sus pretensiones no siendo posible que el Tribunal pueda variar estas.

91. En ese sentido, los demandantes formularon esta pretensión como una de naturaleza accesorio, la cual, se presenta cuando el demandante propone una pretensión principal cuya suerte determina la de una pretensión accesorio que

¹⁹ PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1979, pp. 253-254.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

depende de aquella. Si la principal es fundada, la accesoria lo es también. Si la principal es infundada, la accesoria también es infundada. La suerte de una determinaría automáticamente la suerte de la otra.

92. Habiéndose declarado infundada la pretensión principal corresponde declarar infundada la pretensión accesoria.

DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

Determinar si corresponde o no ordenar que se declare el pago correspondiente por concepto de indemnización por daños y perjuicios, conforme al monto del informe del perito que se adjuntará en la respectiva Audiencia de Pruebas.

93. A fin de establecer la existencia de una responsabilidad civil, debe tenerse presente los siguientes presupuestos:

- Daño: Es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, ya que si no existe daño se descarta cualquier análisis posterior de esta figura; así, sin daño no hay lugar a responsabilidad civil. Se define como “todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”²⁰.
- Antijuridicidad: Se entiende una conducta antijurídica como aquella que no se encuentra justificada por alguna norma existente en el ordenamiento jurídico.

²⁰ LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Trad. española de SANTOS BRIZ, I. Madrid, 1959. Y notas SANTOS BRIZ, T.I, Madrid, 1958, pág. 193. Citado en VICENTE DOMINGO, E. op. cit., págs. 303 y ss. También, en CONCEPCION RODRIGUEZ, J.L., op. cit., págs. 72 a 80, y en DIEZ PICAZO, L., op. cit., pág. 307.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

-
- **Nexo Causal:** Es la relación entre el daño y el agente que daña. Requiere de dos análisis fundamentales: la causalidad material y la jurídica. Esto implica que debe diferenciarse entre las condiciones materiales que explican la producción de determinado resultado -causas materiales o, de hecho- y los criterios normativos que justifican y delimitan los responsables de un determinado daño -causalidad jurídica-. Es decir, a pesar de que la causalidad material se dé en la realidad, que de facto sea constatable que determinada conducta produce determinado daño, no por ello deberá responder el autor, ya que falta aún por analizarse si dicha causalidad pasa el análisis de determinados razonamientos, denominados criterios de imputación objetiva, los cuales serán expuestos más adelante²¹.
 - **Factor de Atribución:** Propiamente, se tiene factores objetivos como subjetivos. En el caso de los segundos se tiene al dolo y la culpa. El dolo se define como la intención deliberada de causar daño a otro. Esta acepción de dolo cabría tanto para el ámbito contractual como extracontractual, aunque en el primero se señala que basta la intención deliberada de incumplir, retrasarse en el cumplimiento o cumplir mal para que se entienda configurado el factor de dolo.

94. Asimismo, debe tener presente que el artículo 1331 del Código Civil establece: “La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”. Ello se condice, con la máxima procesal que quien afirma un hecho debe probarlo.

95. En ese sentido, la jurisprudencia italiana señala que: “Es evidente que para que se pueda hablar de resarcimiento ha de haberse producido un daño, y la prueba,

²¹ LORENZO ROMERO, D. (Reseña sobre, M^a Luisa ARCOS VIEIRA: Responsabilidad Civil: Nexos Causales e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia. Ed. Cizur Menor. Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 1.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

al menos de forma general, del mismo, incumbirá al actor: 'la parte interesada debe probar la existencia del daño sufrido aunque el demandado niegue su propia culpa y la atribuya a un tercero, sin oponer ninguna excepción, ni aún genérica sobre la existencia del daño' (Casación N° 01092 de fecha 23 de abril de 1953)²².

96. Ahora, dentro del régimen de responsabilidad civil de nuestro ordenamiento jurídico se reconocen básicamente los daños materiales llamados también patrimoniales y los inmateriales denominados a su vez como no patrimoniales.

97. En el caso de los daños materiales, por su contenido netamente patrimonial pueden ser expresados en dinero y acreditarse mediante un estudio y análisis de ellos. Tal es el caso de un peritaje de daños, como, por ejemplo, en el caso de obras públicas a través de un peritaje técnico emitido por un profesional en relación con la materia de los daños, así se tendría una situación de si una obra se ejecutó con concreto de menor o mayor calidad se puede acreditar con un estudio técnico de muestra de concreto emitido por un laboratorio especializado.

98. Ahora, en el caso de daños patrimoniales se tiene que ellos se clasifican en daño emergente y lucro cesante.

99. En el primero se tiene un daño directo y materializado de forma inmediata a consecuencia de la producción del daño, siendo que, en el caso del lucro cesante, este se aprecia en el tiempo, con las ganancias dejadas de percibir a ocurrencia de la circunstancia dañosa.

100. En esa línea de análisis, a efectos de poder probar el daño emergente debe tenerse en consideración la demostración de que el bien se encontraba en el patrimonio del sujeto perjudicado antes del evento dañoso y que, como

²² BONASI BENUCCI, Eduardo. La Responsabilidad Civil. Traducción y notas de Derecho español por Juan Fuentes Lojo y José Peré Raluy. Barcelona: José M. Bosch Editor. 1958.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

consecuencia de éste, ha salido de la esfera patrimonial de la víctima, por lo que, se requerirá de medios probatorios que puedan corroborar que el bien objeto de daño se encontraba en el patrimonio del sujeto perjudicado, así como, que determine la verificación concreta de la ocurrencia del daño. Por ejemplo, en el caso de obras, que la ejecución de una obra se haya ejecutado sin la observancia del expediente técnico, impidiendo que la obra cumpla su finalidad, siendo que dicha situación es corroborable mediante un peritaje técnico elaborado por un especialista debidamente acreditado.

101. Así, en el caso del lucro cesante, al tratarse de un daño que se produce en el tiempo, deberá demostrarse que el bien dejó de ingresar al patrimonio de la víctima por efectos del daño. Asimismo, deberá acreditarse que existía una probabilidad o expectativa cierta de que el bien hubiera ingresado al patrimonio del perjudicado, de no haber ocurrido el daño, y que ello implicaría la pérdida de un lucro (beneficio económico).

102. Por ejemplo, hay lucro cesante en la diferencia entre la entidad del patrimonio tal como estaba en el momento de la injuria y la que se tendría por medio de un aumento que no se ha realizado por causa directa del hecho ilícito, y que sin él ciertamente se hubiera obtenido²³.

103. En atención a lo expuesto, el lucro cesante puede demostrarse mediante cualquier medio probatorio permitido por el ordenamiento jurídico procesal, como es el caso de testigos, declaraciones de parte, inspecciones, entre otros, los que permitan determinar la existencia del no ingreso de un bien al patrimonio del perjudicado y que la probabilidad de dicho ingreso sea cierta y válida.

²³ CHIRONI, G.P. La culpa en el Derecho Civil moderno. Traducción de la segunda edición italiana corregida y aumentada por Bernaldo de Quirós. Tomo II. Barcelona: Editorial Reus SA, 1949.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

104. Como se ha afirmado precedentemente, el daño emergente y el lucro cesante, son y pueden ser objeto de valoración pecuniaria, es decir pueden ser cuantificados, por ser eminentemente patrimoniales.

105. Ante tal situación, deberá evaluarse si la cuantificación ofrecida por quien solicita la indemnización corresponde a la realidad de los hechos o simplemente obedece a una alegación subjetiva y carente de sustento o corroboración objetiva documental.

106. Se aprecia que los argumentos esbozados por el MINCETUR están referidos a que, lo que considera a su criterio, incumplimientos de SHAMROCK han generado daños y perjuicios que deben ser indemnizados.

107. Ahora, es importante tener en cuenta que de forma independiente a que los hechos que considera el MINCETUR como incumplimientos, es necesario determinar que basta con que no se configure uno de los presupuestos de la responsabilidad civil para que efectivamente no se pueda amparar una pretensión de indemnización.

108. En ese sentido, el MINCETUR ha señalado que en relación con el daño este se constituye en lucro cesante debido a que ante el “incumplimiento” de SHAMROCK, el reconviniente ha dejado de percibir ganancias por el proyecto. Incluso, en fecha 8 de junio de 2018 el MINCETUR presentó un informe pericial de parte, en el cual, estableció el monto de indemnización por daños y perjuicios solicitados en su escrito de reconvención.

109. Cabe precisar que en fecha 17 de abril de 2019, el MINCETUR presentó un escrito de ampliación de su peritaje de parte de fecha 8 de junio de 2018.

110. Siendo que se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación Pericial el 22 de abril de 2019, en la cual, el Tribunal Arbitral concedió el uso de la palabra al Perito Lázaro Alberto Cahuana Echegaray, designado por el MINCETUR, a fin de que sustente la pericia de indemnización de daños y perjuicios presentado el 8 de junio de 2018.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

111. De la Audiencia realizada el Tribunal Arbitral advirtió que la pericia de parte presentada por el MINCETUR no ha acreditado el daño reclamado, contrariamente dicho documento únicamente tiene una estimación o proyección numérica de lo que supuestamente el reconviniente ha dejado de percibir, no obstante, este informe pericial no se constituye en la acreditación del daño reclamado.

112. Por ello, en relación con el daño, este no ha sido probado, por lo que, el Tribunal Arbitral considera que ante la falta de probanza de conformidad con lo establecido en el artículo 1331^{o24} del Código Civil corresponde no amparar la pretensión.

113. En consecuencia, corresponde declarar infundada la pretensión incoada.

SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no ordenar que el MINCETUR y PROINVERSIÓN paguen los costos y costas del presente proceso.

DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CON LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

Determinar si corresponde o no ordenar a los demandantes que cumplan con pagar el íntegro de las costas arbitrales y los honorarios del abogado.

114. Atendiendo a que tanto el sétimo punto controvertido (tercera pretensión principal de la demanda) como el décimo tercer punto controvertido (tercera pretensión principal de la reconvencción) versan sobre que parte debe asumir los costos y costas del proceso, el Tribunal considera adecuado realizar un análisis

²⁴ **Artículo 1331.- Prueba de daños y perjuicios**

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

en relación con ambos puntos controvertidos, debido a su objeto (parte que debe asumir los costos y costas del proceso).

115. Ahora, el numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.

116. Por su parte, el referido artículo 73° establece 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.

117. En el convenio arbitral las partes no han establecido pacto alguno sobre la asunción de los costos y costas del arbitraje, por lo que será el Tribunal Arbitral quien determine a que parte le corresponde los gastos y costos relacionados al arbitraje.

118. Al respecto, Huáscar Ezcurra Rivero ha comentado el artículo 73° de la LA y señaló que **“existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable (...)”**²⁵.
(negrita agregada)

119. En relación con el concepto de “gastos razonables”, Huáscar Ezcurra Rivero señala que **“(...) a nuestro criterio, [el concepto de gastos razonables] indica**

²⁵ EZCURRA RIVERO, Huáscar. “Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje”. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 810.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

que en el caso de gastos de abogados (que son una parte importante de los costos del arbitraje), la regla primera a aplicar es la regla de la razonabilidad. Es decir, antes de obligar a la parte vencida a asumir los costos del arbitraje, corresponde definir cuáles son los costos del arbitraje; y, en lo que a gastos en abogados se refiere, el legislador ha querido que los árbitros sean sumamente cuidadosos y tengan amplia discrecionalidad a fin de evitar abusos, disponiendo que, primero, los árbitros deberán, aplicando el principio de razonabilidad, definir cuáles serían los gastos razonables de abogados, que merecerían reconocimiento²⁶. (negrita agregada)

120. El Tribunal Arbitral considera que se deberá tener en cuenta el comportamiento procesal de las partes a lo largo del presente arbitraje, así como, del desarrollo de los puntos controvertidos se aprecia que ambas partes han tenido motivos atendibles para defender sus intereses en el presente proceso, por lo que corresponde que cada parte asuma los costos del presente proceso en partes iguales.

121. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que cada parte asuma el 50% de los costos y gastos del presente proceso; precisándose que los gastos de defensa deben ser asumidos por cada parte.

SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA POR EL MINCETUR

122. En fecha 11 de febrero de 2020, el MINCETUR solicitó medida cautelar temporal sobre el fondo, siendo que mediante escrito de fecha 21 de julio de 2020 ha reiterado se resuelve su pedido de medida cautelar.

123. El MINCETUR solicitó medida cautelar temporal sobre el fondo consistente en la restitución de la posesión del terreno sito en Lote D de la Carretera Pisco Paracas, distrito de Paracas, provincia de Pisco, departamento de Ica, que forma

²⁶ EZCURRA RIVERO, Huáscar. Ob. cit.; p. 812.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

parte del predio de mayor extensión H: 58 inscrito en el asiento 800004 de la Partida N° 11009644 de la Oficina Registral de Pisco - Zona Registral N° XI - Sede Ica (en adelante "el terreno").

124. Conforme se aprecia del ítem IV.1 referido a la PROBABILIDAD DEL DERECHO o VEROSIMILITUD DEL DERECHO INVOCADO del escrito de medida cautelar (página 20), el MINCETUR establece de forma diáfana que este aspecto se encuentra vinculado de forma estrecha con el hecho de la validez de su resolución de contrato, que es materia de la primera pretensión principal de su reconvención.

125. Cabe precisar que si bien en el arbitraje no existe una regulación específica sobre cuáles son los presupuestos que debe cumplir un pedido cautelar para que sea concedido, es común en la práctica arbitral se recurra a los presupuestos de i) verosimilitud del derecho, ii) peligro en la demora, iii) razonabilidad, y, iv) contracautela.

126. Es importante señalar que, de no cumplirse con alguno de los presupuestos antes señalados, la medida cautelar no podría ser amparada.

127. Como se puede apreciar del ítem IV.1 referido a la PROBABILIDAD DEL DERECHO o VEROSIMILITUD DEL DERECHO INVOCADO del escrito de medida cautelar (página 20), el MINCETUR ha sustentado su pedido cautelar en su resolución de contrato que fue materia de su primera pretensión reconvencional, como se aprecia de lo resuelto en el octavo punto controvertido del presente laudo, esta pretensión ha sido declarada INFUNDADA, por lo que, no sería posible amparar el pedido cautelar.

128. Por otro lado, este Colegiado reitera que el MINCETUR como parte del Contrato esta facultada para actuar de acuerdo a sus facultades legales, en relación con el contrato, debiendo observar lo establecido en este.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

DECISIÓN.-

Finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje.

En atención a ello y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

1. **DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda, por lo que, corresponde declarar la ineficacia de la Carta N° 01-10-11-2016-JESSA/SC, de fecha 11 de noviembre de 2016, remitida por el Supervisor, Ingeniero Jesús Silva Santisteban Acevedo.
2. **DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE** sobre la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda, al haberse amparado la pretensión principal.
3. **DECLARAR INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda, por lo que, no corresponde declarar la culminación en forma total de las Obras y que el laudo tenga eficacia equivalente al Acta de Culminación de las Obras.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

4. **DECLARAR INFUNDADA** la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda, por lo que, no corresponde declarar indebida la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento - Cartas Fianzas- efectuadas por el MINCETUR y por PROINVERSIÓN; y, tampoco corresponde que PROINVERSIÓN devuelva a favor de los demandantes los montos ejecutados.
5. **DECLARAR FUNDADA** la pretensión alternativa a la pretensión accesoria de la segunda pretensión principal de la demanda, por lo que, corresponde declarar la indebida ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento - Cartas Fianzas- efectuadas por el MINCETUR y por PROINVERSIÓN; y, se ordena que se compense el saldo del precio con los montos ejecutados de las cartas fianzas.
6. **DECLARAR INFUNDADA** la pretensión accesoria a la primera pretensión principal o a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda, por lo que, no corresponde fijar un plazo razonable en el cual – y de manera simultánea- el MINCETUR deberá suscribir la respectiva Escritura Pública de Compraventa y la parte demandante cancelar el saldo pendiente del precio.
7. **DECLARAR INFUNDADA** la primera pretensión principal de la reconvención, por lo que, no corresponde que se declare que la resolución del Contrato surtió plenos efectos y que, por tanto, se encuentra extinto.
8. **DECLARAR INFUNDADA** la primera pretensión accesoria a la pretensión principal de la reconvención, por lo que, no corresponde ordenar la restitución de los predios materia del Contrato.
9. **DECLARAR INFUNDADA** la segunda pretensión accesoria a la pretensión principal de la reconvención, por lo que, no corresponde que se declare la pérdida del pago inicial del 40% del precio pactado en el Contrato en favor del MINCETUR, conforme a la cláusula Octava del mismo.

Tribunal Arbitral

Raúl Barrios Fernández - Concha (Presidente)

Elvira Martínez Coco

Juan Olavarría Vivian

-
- 10. DECLARAR INFUNDADA** la tercera pretensión accesoria a la pretensión principal de la reconvención, por lo que, no corresponde que se declare la pérdida de las garantías de fiel cumplimiento ejecutada por PROINVERSIÓN.
- 11. DECLARAR INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la reconvención, por lo que, no corresponde ordenar que se declare el pago correspondiente por concepto de indemnización por daños y perjuicios, conforme al monto del informe del perito.
- 12. DECLARAR INFUNDADA** la medida cautelar temporal sobre el fondo solicitada por el MINCETUR en fecha 11 de febrero de 2020, atendiendo a las razones expuestas en el presente laudo.
- 13. DECLARAR INFUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda y la tercera pretensión principal de la reconvención, por lo que, se **ESTABLECE** que cada parte asuma el 50% de los costos y gastos del presente proceso; precisándose que los gastos de defensa deben ser asumidos por cada parte.



RAÚL BARRIOS FERNÁNDEZ - CONCHA

Presidente del Tribunal Arbitral



JUAN OLAVARRÍA VIVIAN
Miembro del Tribunal



ELVIRA MARTINEZ COCO

Miembro del Tribunal