

Arbitraje Ad-Hoc:
Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)

Tribunal Arbitral:
Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE EL CONSORCIO MAPFRE PERÚ COMPAÑÍA DE
SEGUROS Y REASEGUROS Y MAPFRE PERÚ VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y
REASEGUROS con EL BANCO DE LA NACIÓN

CONTRATO N° 1726-2010-DA
SERVICIO DE PROGRAMA DE SEGUROS INTEGRAL BANCARIO

NOMBRE DE LAS PARTES

- CONSORCIO MAPFRE PERÚ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS Y
MAPFRE PERÚ VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS
(DEMANDANTE)
- BANCO DE LA NACIÓN
(DEMANDADA)

TRIBUNAL ARBITRAL

- PATRICIA M. LORA RÍOS (Presidente del Tribunal Arbitral)
- HORACIO CÁNEPA TORRE (Árbitro)
- MARIO LINARES JARA (Árbitro)

SECRETARÍA ARBITRAL

- JAVIER U. SEGIL CONDE (Secretario Arbitral Ad-Hoc)

RESOLUCIÓN N° 35

Lima, 19 de febrero del 2016.

VISTOS:

El expediente arbitral en el caso seguido por el CONSORCIO MAPFRE PERÚ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS Y MAPFRE PERÚ VIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS (en adelante el demandante), contra el BANCO DE LA NACIÓN (en adelante la demandada).

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1.1. El 21 de julio de 2010, el Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros, y el Banco de La Nación, suscribieron el CONTRATO N° 1726-2010-DA, para la contratación del servicio de Programa de Seguros Integral Bancario, en adelante el Contrato.

1.2. En la Cláusula Décimo Séptima del Contrato, se estableció que, cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175° y 177° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley. Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento.

1.3. Asimismo, se acordó que designar un Tribunal Arbitral compuesto por tres (03) árbitros conforme lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; siendo el Laudo Arbitral emitido definitivo e

inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

II. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 2.1. El 15 de julio de 2014, se realizó la instalación de Tribunal Arbitral, con la participación de los representantes del Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros, y el Banco de La Nación; y, los miembros que conforman el Tribunal Arbitral.
- 2.2. En el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral se estableció que el arbitraje sería Nacional, Ad Hoc y de Derecho, y se regiría de acuerdo a las reglas procesales establecidas por las partes en dicha Acta, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto; y, supletoriamente por las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.
- 2.3. Asimismo, se estableció en el Acta de Instalación que, en caso de insuficiencia de las reglas, el Tribunal Arbitral queda facultado para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias.
- 2.4. Finalmente, en la referida Acta el Tribunal Arbitral declaró instalado el proceso arbitral y, otorgó al demandante un plazo de quince (15) días hábiles para la presentación de su escrito de demanda, lo cual cumplió.

III. PRETENSIONES PLANTEADAS

3.1. El 16 de octubre de 2014, el demandante presentó su escrito de demanda arbitral, planteando las pretensiones siguientes:

"Formulamos demanda contra el Banco de la Nación para que cumpla con pagarnos las siguientes cantidades:

1. US\$ 219,151.42 más sus respectivos intereses, que es el importe de la cobertura provisional del Seguro de Incendio, Todo Riesgo y Líneas Aliadas que le extendimos por el período comprendido entre el 2 de agosto y el 30 de noviembre del 2012; cantidad que el Banco de la Nación no ha cancelado, pese a haber recibido los beneficios del Seguro suministrado por MAPFRE.
2. US\$ 231,864.54, más los intereses respectivos por el mayor valor del aseguramiento de la Póliza 3B, debido a la incorporación por el Banco de la Nación de nuevos bienes y servicios a las coberturas de seguro contratado con MAPFRE PERU; cantidad que, igualmente, no ha sido cancelada por la Entidad asegurada pese a haber recibido los beneficios del seguro suministrado.
3. Los costos del proceso según el art. 70° de la Ley de Arbitraje (D. Leg. 1071).
4. Subordinadamente, planteamos la Pretensión contenida en la página 17 de esta demanda".

3.2. El 03 de septiembre de 2014, la demandada presentó su escrito de contestación de demanda arbitral, excepción de incompetencia y reconvención, siendo su única pretensión la siguiente:

"Se disponga que la Demandante asuma los costos y costas del proceso arbitral"

IV. POSICIÓN DE LAS PARTES

4.1. DE LA DEMANDA ARBITRAL

Los fundamentos del escrito de demanda son los siguientes, a los cuales se ha suprimido los pies de página:

"I PETITORIO

Formulamos demanda contra el Banco de la Nación para que cumpla con pagarnos las siguientes cantidades:

1. US\$ 219,151.42 más sus respectivos intereses, que es el importe de la cobertura provisional del Seguro de Incendio, Todo Riesgo y Líneas Aliadas que le extendimos por el período comprendido entre el 2 de agosto y el 30 de noviembre del 2012; cantidad que el Banco de la Nación no ha cancelado, pese a haber recibido los beneficios del Seguro suministrado por MAPFRE.
2. US\$ 231,864.54, más los intereses respectivos por el mayor valor del aseguramiento de la Póliza 3B, debido a la incorporación por el Banco de la Nación de nuevos bienes y servicios a las coberturas de seguro contratado con MAPFRE PERU; cantidad que, igualmente, no ha sido cancelada por la Entidad asegurada pese a haber recibido los beneficios del seguro suministrado.
3. Los costos del proceso según el art. 70° de la Ley de Arbitraje (D.Leg. 1071).
4. Subordinadamente, planteamos la Pretensión contenida en la página 17 de esta demanda.

II FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

1. DEL CONTRATO

La relación contractual entre MAPFRE y el Banco nace del Contrato No. 1726-2010-DA del 21 de julio del 2010 y de las Bases Integradas del Concurso No. 0002-1010-BN (**Anexo de Prueba N° 1**). Se celebra por el plazo de tres años entre el 2 de agosto del 2010 y el 01 de agosto del 2013, por el valor de US\$ 7'603,885.46.

El Contrato se completa con la Póliza Grupo de Seguros Patrimoniales, que incluye Incendio Multiriesgo, Deshonestidad, Bancaria 3B, Responsabilidad Civil de Directores, Responsabilidad Civil y Robo y/o Asalto.

Nuestras pretensiones se centran sobre las Pólizas de Incendio Todo Riesgo (**Anexo de Prueba N° 2**) y la Bancaria 3B (**Anexo de Prueba N° 3**) cuyas primas totales netas son US\$ 2'148,000.00 y US\$ 2'496,350.36, respectivamente.

El contrato se complementa con las siguientes Adendas que se adjuntan como **Anexo de Prueba N° 4**.

- No. 01 del 16 de agosto del 2010
- S/n del 30 de noviembre del 2012
- Segunda Adenda del 27 de marzo del 2013
- Tercera Adenda del 2 de mayo del 2013
- Cuarta Adenda del 10 de junio del 2013

Su objeto es la prestación de servicio "Programa de Seguros Integral Bancario" que se refiere a los siguientes seguros.

- a) Póliza Integral Bancaria 3 y Delitos por Computadora y Responsabilidad Civil de Directores y Ejecutivos.
- b) Póliza Multiriesgo, Robo, Responsabilidad Civil y Vehículos
- c) Accidentes Personales, Viajes, Asistencia Médica Practicantes y Vida Ley.

2. NATURALEZA DEL CONTRATO

De acuerdo con los Términos del Contrato y de las Bases, la naturaleza jurídica de estos documentos corresponde a lo que la doctrina sobre esta materia califica como un Contrato de Seguro Flotante, en el cual, cuando se trata de seguros grupales o plurales, se pacta la posibilidad de incluir o excluir bienes y/o prestaciones nuevas o distintas. Como dice Manuel Broseta Pont :

"Pólizas individuales y pólizas flotantes o de abono.- Según la frecuencia con la que el asegurado o el tomador del seguro contraiga intereses o riesgos dignos de tutela, suelen utilizarse pólizas individuales o generales. Las primeras suelen utilizarse para cada operación de seguro o cobertura individual, tanto si en ellas se presta cobertura a uno como a varios riesgos, y para cada una de ellas se estipula un contrato de seguro y se expide una póliza concreta. Las segundas suelen utilizarse cuando un sujeto siente

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

necesidad de estipular periódicamente una pluralidad de seguros (por ejemplo: remitir frecuentemente mercancías en transporte). En este caso, para no tener que estipular tantos contratos como intereses se desean cubrir, se estipula una póliza general o de abono, la cual es un convenio normativo por el que el asegurador se compromete a proteger o a cubrir contra riesgos determinados todas las relaciones de interés que, reuniendo requisitos específicos señalados en la póliza, se le comuniquen oportunamente por el asegurado. La simple comunicación de aplicación del asegurado, si reúne las circunstancias pactadas, sirve para aplicar la cobertura general prevista en el convenio normativo a cada concreto interés asegurado amenazado por el riesgo".

En el mismo sentido se pronuncia la autora peruana Zaida Osorio Ruiz

"Póliza flotante.- Aquella por la que, en virtud de las características especiales del riesgo (variabilidad del objeto asegurado, modificación en la cuantía del capital cubierto, etc.), se concede al asegurado, dentro de ciertos límites y previo reconocimiento de determinadas condiciones, una garantía "abierta" en la que puede establecerse aumentos o reducciones.

Normalmente, la póliza flotante es consecuencia del deseo de simplificar administrativamente los trámites que exigiría la actualización sucesiva del contenido de una póliza en la que el objeto asegurado estuviese sujeto a variaciones de diversa índole

Piénsese en este sentido, en una póliza colectiva de accidentes individuales del personal de una empresa, en la que automáticamente se están produciendo altas y bajas del personal a su servicio, o en una póliza por la que se cubra el riesgo de incendio de las mercancías depositadas en unos grandes almacenes. En tales casos, la póliza flotante es un imperativo práctico y en virtud de ellas, dentro de ciertos límites, quedan asegurados en todo momento todos los empleados de la industria o todas las mercancías en "stock" utilizando los ejemplos anteriores".

Puede verse en las páginas 25, 29, 32, 35, 36, 39, 39, 41, 44, 45 y 50 de los Términos de Referencia de las Bases, una serie de casos en los que está previsto que la Entidad pida y el asegurador otorgue Cobertura Automática para nuevos bienes adquiridos por el Banco (pág. 25), para variaciones de los valores declarados en las Pólizas (pág. 29); incremento en el costo de construcción y gastos de aceleración (pág. 32) Condiciones Generales (pág. 35), cobertura automática a Cajeros Automáticos, adicionales o nuevos incorporados durante la vigencia del contrato, valores en riesgo en locales detallados en el cuestionario de la solicitud del seguro; locales cubiertos automáticamente hasta por el 150% de su valor

declarado con respecto a los existentes, en cualquier momento y por 72 horas (páginas 35, 36, 38, 39, 41, 44, 45 y 50). **Anexo de Prueba N° 5.**

Todos estos casos no implican que, para ser efectivizados, se tengan que expresar en Adendas pues bastan los pedidos del asegurado y la aceptación del asegurador, - manifestados por cualquier medio escrito (cartas o correos) con la intervención de los funcionarios que usualmente manejan estas operaciones ya sea por los cargos que ocupan o por designaciones de los contratantes - para que estas prestaciones se tengan por aprobadas recíprocamente.

En ningún caso estas prestaciones se consideran prestaciones adicionales de acuerdo con el art. 41 del D. Leg. 1017 pues las que tienen el carácter de adicionales son aquellas que no están previstas en el contrato y, en cambio aquellas a que nos referimos si están consideradas expresamente en éste.

En consecuencia, el reconocimiento de las mayores o menores cantidades reales de personas, bienes y servicios asegurados origina un reajuste del precio de la prima para arriba o para abajo. Además del Contrato hay que considerar que éste, por haber sido suscrito en el año 2010, se norma por los artículos 379° y 393° del Código de Comercio que han regido hasta mediados del año 2013 en que se promulgó la Ley del Seguro N° 29946, publicada el 27 de noviembre del 2012, en vigencia a partir del año 2013.

Los textos de los artículos 379° y 393° son los siguientes:

Art. 379.- Las novaciones que se hagan en el contrato durante el término del seguro, aumentando los objetos asegurados, extendiendo el seguro a nuevos riesgos, reduciendo éstos o la cantidad asegurada, o introduciendo otra cualquier modificación esencial, se consignarán precisamente en la póliza del seguro.

Art. 393.- El asegurado deberá dar cuenta al asegurador:

- a. De todos los seguros, anterior, simultánea o posteriormente celebrados;**
- b. De las modificaciones que hayan sufrido los seguros que se expresan en la póliza;**
- c. De los cambios y alteraciones en calidad que hayan sufrido los objetos asegurados y que aumenten los riesgos.**

La misma Ley 29946, nueva Ley del Contrato de Seguro, contiene en el literal f) de su art. 26° normas similares a las glosadas.

El Contrato de Seguros es uno de carácter comercial, regulado entre el 2010 y el 2013 en cuanto a su esencia, por los artículos 50° a 63° y los artículos 375° a 429° del referido Código de Comercio, así como los artículos 318° a 344° de la Ley 26702 – Ley General de Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales contenidas en el D. Leg. 1017 y su Reglamento las que no pueden utilizarse si con dicha aplicación se alterase la esencia y naturaleza de un contrato especial como es el de seguros.

Así, salvo ciertos actos expresos sujetos a algunas formalidades especiales, hay otros que son los de constante y múltiple realización en el Contrato de Seguro, como son las inclusiones o exclusiones y modificaciones en las coberturas de riesgo, como cajeros automáticos, computadoras, equipos y vehículos, en los que no es preciso ni exigible legalmente pedir al contratista que se sujete a normas internas de la Entidad que aquel no conoce o no le han sido informadas como por ejemplo, los nombres de las personas con las que se tiene alternar en la ejecución diaria de las relaciones contractuales y si es que éstas actúan o no con poderes de la Entidad, pues estas relaciones se manejan según el art. 57 del Código de Comercio inscritos en Registros Públicos.

Téngase en cuenta que, debido a la rapidez de las operaciones comprendidas en el negocio de seguros, que muchas veces incluyen coberturas nuevas, adicionales o excluyentes, no tienen por qué acordarse por adenda, bastando correos electrónicos y endosos, todos los cuales son válidos pues responden a la naturaleza de este contrato.

En el sentido indicado, la Póliza de Incendio y/o Rayo, en su página 17, Cláusula 005- denominada "Cobertura Automática para Nuevas Adquisiciones" rubros 1 al 5, establece que la póliza se extiende, contra el pago de una prima provisional en depósito, a cubrir hasta el límite de cobertura automática en conjunto, especificado en las Condiciones Particulares, cualquier nuevo edificio adquirido o en proceso de construcción o instalación por cuenta del asegurado, así como cualquier maquinaria o equipos adquiridos por el asegurado **(Anexo de Prueba N° 6)**.

Para este efecto, el asegurado se obliga a declarar ante el asegurador por escrito el valor total y fecha de cada una de las adquisiciones, construcciones e instalaciones efectuadas durante cada período trimestral, calculado a partir de la fecha de iniciación de la póliza, dentro de los 30 días siguientes al vencimiento de cada periodo de tres meses y a pagar las primas adicionales correspondientes. Las primas adicionales se cobran conforme al rubro 4 de esta Cláusula 005.

Arbitraje Ad-Hoc:

Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)

Tribunal Arbitral:

Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)

Estipulaciones similares de aseguramiento automático aparecen en el documento llamado Póliza de Grupo de Seguros Patrimoniales (Pólizas de Incendio, Multiriesgo, Deshonestidad Bancaria 3B, Responsabilidad Civil de Directores, Responsabilidad Civil, Robo y/o Asalto). Pueden verse esas estipulaciones en las páginas 24, 25, 29, 32; en las Condiciones Generales de este documento (páginas 35, 41, 44, 45, 50 y 54).

POLIZAS DE ESTE CONTRATO

Para mayor claridad de nuestra demanda, abordaremos, como primera parte, lo relativo a la Póliza de Incendio; y, como segunda parte, trataremos de la Póliza Bancaria 3B.

A) POLIZA DE INCENDIO: EJECUCIÓN CONTRACTUAL

Valor de los bienes asegurados

Si se examina la Póliza correspondiente al Ramo Incendio Todo Riesgo, página 1 (**Anexo de Prueba N° 2**) se puede ver que, inicialmente, los bienes declarados por el Banco y asegurados por Mapfre, tenían un valor de US\$ 151'773,782.74. La prima neta por el período de tres años ascendía a US\$ 2'148,000.00, o sea US\$ 716,000 por cada año.

Durante el período 2010 al 2011 el Banco hizo importantes adquisiciones de bienes. Por este hecho era necesario aplicar lo dispuesto en la Cláusula 005 Cobertura Automática para Nuevas Adquisiciones y el Banco debía cumplir con efectuar la correspondiente declaración ante Mapfre.

Posteriormente, el 10 de setiembre del 2012, Mapfre emitió un suplemento de esa Póliza con la actualización de valores, cuya vigencia era desde el 01 de agosto del 2012 hasta el 01 de agosto del 2013. En dicho suplemento se dejó constancia que a partir del 01 de agosto del 2012 se procedió a incrementar el Valor Declarado a US\$ 266'435,751.85; estableciendo como prima neta por ese período la suma de US\$ 1'256,936.54, es decir se produjo un incremento de aproximadamente US\$ 540,936.54 sobre la prima total. (**Anexo de Prueba N° 7**).

En efecto así lo hizo el Banco mediante carta EF-92-2635 No. 100-2012 del 15 de mayo del 2012, la cual acompañamos como **Anexo de Prueba N° 8**, informando los nuevos valores de los bienes correspondientes a edificaciones y contenidos de sus agencias y oficinas a nivel nacional, con lo cual el valor total asegurado de los bienes del Banco subía de US\$ 151'773,782.74 a US\$ 266'438,571.86, por el incremento de 114'664,789.86 para la tercera anualidad del Contrato que comprendía el período entre el

Arbitraje Ad-Hoc:

Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)

Tribunal Arbitral:

Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)

2 de agosto del 2012 al 1º de agosto del 2013; solicitando el Banco a Mapfre comunicar el nuevo valor ante el Reasegurador.

Los valores declarados por el Banco con esta carta eran algo distintos y se reajustaron según lo expuesto por Mapfre en virtud de las propias aclaraciones del Banco. En este informe pedimos al funcionario responsable del Banco elaborar una Adenda para expresar el valor asegurado.

Mapfre respondió el 28 de junio del 2012 con su carta No. CI-603-12 informando que el incremento de US\$ 114'664,789.86 aumentaba el valor declarado a US\$ 266'435,751.86 y determinó que el monto de la prima en total aumentaba a US\$ 660,823.36. **(Anexo de Prueba N° 9).**

En relación con este hecho existe el Memorando EF-2637 No. 598-2012 del 25 de julio del 2012, del Jefe de la División Servicios del Banco dirigido al Subgerente de la División de Abastecimiento de la misma Entidad, en la que, teniendo en cuenta este incremento de bienes, solicita la elaboración de una Adenda para ampliar los Valores Declarados. Este documento nos lo remite el Banco con su correo electrónico del 30 de julio del 2012, en el cual también mencionan que la adenda al contrato se encuentra en proceso de elaboración. **(Anexo de Prueba N° 10).**

Por motivos internos del Banco esta Adenda no se procesó sino hasta el 30 del mes de noviembre del año 2012 por lo que, en el ínterin, desde el 2 de agosto del 2012, el Banco solicitó a MAPFRE con el correo electrónico que se menciona en el párrafo precedente, que le extendiera una Cobertura Provisional por 30 días que luego, se renovó hasta el 30 de noviembre del 2012, para asegurar esos bienes.

En virtud de esta Cobertura Provisional, todos los bienes del Banco incorporados a su Activo desde el 02 de agosto del 2012, comprendidos en esta declaración de la Póliza de Incendio, quedaron amparados por el Seguro otorgado por Mapfre la que emitió la póliza correspondiente.

Los pedidos de la cobertura provisional han sido realizados por funcionarios del Banco mediante correos electrónicos del 30 de julio del 2012 a las 12:54 p.m. indicando que el Banco estaba elaborando una Adenda y que, mientras tanto, querían esa cobertura.

Mapfre contestó al Banco el 30 de julio del 2012, a las 01.15 p.m., por correo electrónico de esa misma fecha, aceptando su pedido, tal como consta en el **Anexo de Prueba N° 11** que acompañamos.

Mediante el correo electrónico del 30 de julio del 2012 a las 11 y 19 a.m. Mapfre le remitió al Banco de la Nación la Cobertura Provisional de periodo 02 de agosto del 2012 al 2 de setiembre del 2012 por el lapso de 30 días que, luego se prolongó hasta el 30 de noviembre del 2012 **(Anexo de Prueba N° 12)**.

En el mismo sentido, se cursaron los correos electrónicos del 29 de agosto del 2012 a las 14.33 horas, del Banco de la Nación a Mapfre, solicitando la ampliación de la Cobertura Provisional porque todavía se encontraban elaborando la Adenda antes referida.

Mapfre aceptó la solicitud del Banco mediante correo del mismo día 29 de agosto, a las 6:41 p.m. **(Anexo de Prueba N° 13)**.

Así, pues, entre el 2 de agosto del 2012 y hasta el 30 de noviembre de ese año, Mapfre aseguró los bienes nuevos del Banco por medio de correo electrónico y una Cobertura Provisional y, más adelante, desde el 1 de diciembre del 2012 y hasta el 1 de agosto del 2013 con una Adenda, que está signada como el Anexo de Prueba N° 4.

Debido a la demora del Banco en elaborar la Adenda y que no manifestaba intención de pagar el importe de la prima por la Cobertura Provisional, Mapfre le remitió las siguientes cartas:

- CI 1036-12 del 5 de octubre del 2012, con la que se explica el motivo del incremento de la prima, se hace mención a los correos electrónicos del Banco pidiendo la cobertura provisional y se reitera que el Banco ha tenido y tiene el seguro, durante el período 02 de agosto del 2012 y 30 de noviembre del 2012.
Esta carta de Mapfre fue respondida por el Banco con su carta EF 92-2628 No. 626-2012 del 9 de octubre del 2012 indicando que Mapfre no había sustentado los incrementos referidos **(Anexo de Prueba N° 14 que incluye ambas cartas)**.
- Con la carta No. CI-1048 -12 del 11 de octubre del 2012 Mapfre manifiesta al Banco que, con su carta CI 705-12 del 25 de julio del 2012 había justificado plenamente los referidos incrementos **(Anexo de Prueba N° 15)**.
- El 29 de octubre del 2012 Mapfre dirigió la carta N° CI-1105/12 reiterando sus peticiones de pago **(Anexo de Prueba N° 16)**.
- El 8 de noviembre del 2012 mediante Carta 1138/12 Mapfre le reiteró al Banco que ya, en varias ocasiones, le había remitido comunicaciones sustentatorias de sus reclamaciones sobre el pago de las prestaciones realizadas. **(Anexo de Prueba N° 17)**.

Arbitraje Ad-Hoc:

Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)

Tribunal Arbitral:

Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)

El Banco, con relación a las peticiones de Mapfre envió las siguientes cartas:

- Carta EF-92-2628 No. 694-12 del 12 de noviembre del 2012 con la cual no aceptaba por el momento el pago de la Póliza Integral 3B y de Asistencia Médica y que, previamente, harían un Estudio de Mercado (Nos pronunciaremos más adelante sobre este tema).

Con relación a la Póliza de Incendio y Líneas Aliadas señala que suscribirá una Adenda sólo por US\$ 493,090.69 según el art. 174 del Reglamento del D. Leg. 1017, esto es como Prestaciones Adicionales.

En la parte b) de esta carta, el Banco rechaza el pago de la Cobertura Provisional desde el 2 de agosto del 2012 por la Póliza de Incendio manifestando que contiene Prestaciones Adicionales que se debieron autorizar oficialmente por los funcionarios autorizados de la Entidad y no por quienes las solicitaron que no tienen poderes inscritos en el Registro Público (**Anexo de Prueba N° 18**).

- Carta del 11 de diciembre del 2012 EF-92-2600 N° 413-2012 por la cual el Banco vuelve a rechazar el pago de la Cobertura Provisional del 2 de agosto al 30 de noviembre del 2012 por no ser una obligación válidamente contraída y que solo pagarían lo relativo a una Adenda por los meses de diciembre del 2012 al 1 de agosto del 2013.

En esta carta incluye el Memorandum EF 92-2740 No. 109-2012 del 4 de diciembre del 2012 tratando de justificar su insostenible posición (**Anexo de Prueba N° 19**).

- El 30 de noviembre del 2012 se suscribió la anunciada Adenda para incorporar los nuevos bienes del Banco, aumentado en US\$ 438,302,847 el monto del Contrato que se elevó así a US\$ 8'042,188.307, por el incremento en la Póliza de Incendio.

En el Anexo de Prueba N° 10 previamente citado y que corresponde al Memorandum EF 92-2637 del 25 de julio del 2012 se menciona la carta PE01-0345912 remitida al Banco el 25 de julio del 2012 por MARIATEGUI JLT CORREDORES DE SEGUROS (**Anexo de Prueba N° 20**), quienes, ante la consulta del Banco, da su conformidad al cálculo emitido por Mapfre correspondiente al incremento del Valor Declarado en la Póliza Multiriesgo, por un monto de US\$114,667,789.86, con una prima total a pagar de US\$ 657,454.27 y no US\$ 438,302.847 como aparece en esta Adenda.

La Adenda contiene un valor relativo solo a un período de 8 meses porque, simplemente y con total inconsistencia, el Banco cercenó los cuatro meses de seguro otorgado por Mapfre mediante la Cobertura Provisional a su propio pedido. Solo reconoció ocho (8) meses y dejó de pagar el valor del seguro provisional que es de US\$219,151.42.

- El Banco nos remitió su carta EF-92-2628 No. 693-2012 del 12 de noviembre del 2012 solicitando documentación para suscribir la
- Adenda únicamente por el Seguro de Incendio, dándole el carácter de Prestaciones Adicionales (**Anexo de Prueba N° 21**).
- Mapfre aceptó suscribir esta Adenda por los meses del 1° de diciembre del 2012 al 2 de agosto del 2013 para poder recibir el pago a generarse, dejando en claro que reclamaría el importe del seguro provisional para lo cual cursó su carta CI-1173/12 del 20 de noviembre del 2012 (**Anexo de Prueba N° 22**).

Manifestamos también que la Adenda no podía ni debía referirse a Prestaciones Adicionales pues, en realidad, el seguro otorgado durante los 4 meses (Cobertura Provisional de agosto a noviembre del 2012) y por los ocho meses de noviembre del 2012 al 1° de agosto del 2013, no tenía el carácter de adicionales, tal como más adelante explicamos detalladamente.

3. DE LAS ADENDAS SUSCRITAS Y SU NATURALEZA

Como ya se ha podido ver en esta exposición, el Banco, para pagar el importe del mayor aseguramiento con la Póliza de Incendio y el aumento de la prima por efecto del incremento del valor de sus bienes, en consideración a la incorporación de nuevas construcciones y maquinarias, optó por el método de elaborar Adendas de Prestaciones Adicionales, como si, al no estar supuestamente previstas en el Contrato, tuviesen que ser aprobadas por Resoluciones expresas suscritas por el Titular de la Entidad o por funcionarios delegados para ese fin y con poderes inscritos en el Registro Público.

Nosotros, para poder cobrar las cantidades que el Banco nos adeudaba nos vimos en la necesidad de suscribir dichas adendas pese a que nuestras prestaciones no eran las adicionales definidas en el art. 41 del D. Leg. 1017 y en el art 174 de su Reglamento como aquellas "que no están previstas en el Contrato" y, por esta razón, requieren, para que puedan ser ejecutadas, de un acuerdo previo entre las partes que se plasma en Adendas

accesorias del Contrato Principal. Mapfre se lo hizo saber así al Banco con nuestra carta No CI 1173 -12 (Anexo de Prueba N° 21 ya citado).

Así se han suscrito las Adendas al Contrato del 30 de noviembre del 2012 (por el incremento de US\$ 438,302.847 en el valor del contrato), del 27 de marzo del 2013 (por el incremento de US\$ 3,458.46) del 2 de mayo del 2013 (por el incremento de US\$ 9,030.91) que son por el aseguramiento de nuevos bienes del Banco incorporados a la cobertura según los mecanismos del Contrato. (Anexo de Prueba N° 3).

Pero, en realidad las prestaciones de aseguramiento realizadas por nosotros estaban totalmente previstas en el Contrato como ya lo hemos demostrado en los párrafos anteriores y por tanto, no son Adicionales.

Los contratos en general son los que su naturaleza expresa y no lo que, equivocada o maliciosamente, señala una de las partes, en especial aquella que tiene el poder de pagar o no pagar una deuda. Se trata del nomen iuris que, como bien definía Francesco Messineo consiste en identificar y aplicar correctamente un contrato.

"Rectificación del nomen iuris y del significado literal del contrato.- Uno de los resultados más importantes a que puede llegarse, una vez aclarada la intención común de las partes, es la identificación de la efectiva naturaleza jurídica del contrato, que se expresa por su exacto nomen iuris (o calificación) y que es la premisa indispensable para establecer cuáles son las normas (relativas al contrato singular) aplicables al caso concreto".

"Más aún: ejemplo eminente de la posible discrepancia entre el sentido literal de la palabra y la intención común de los contratantes, es precisamente el caso en que, por las expresiones empleadas por las partes, o sencillamente por la calificación (o nomen iuris) dada por ellos al contrato, habría que concluir que justamente ese es el contrato que ellas quisieron celebrar, en tanto que, luego, por cualquier elemento repugnante a la naturaleza del contrato así calificado, se viene a descubrir que las partes quisieron más bien otro; por ejemplo, un mutuo y no una asociación en participación, una locación y no una enfiteusis, un suministro y no un contrato de obra, un comodato y no una locación; una relación institoria y no una sociedad irregular, etc".

"En el eventual error in negotio que se puede contemplar aquí, la obra del intérprete interviene para rectificar dicho error antes que produzca consecuencias en la ejecución del contrato".

"Precisamente, en virtud del poder correctivo que se le ha conferido el juez está autorizado para modificar el aparente nomen iuris a fin de restituirle al

contrato un nombre más adecuado a su naturaleza objetiva, de conformidad con la efectiva intención común de las partes".

"Y no basta, aunque la efectiva voluntad común de las partes hubiese atribuido determinado nomen al contrato, el juez podrá sustituirlo por el más adecuado con tal que del "conjunto de acto", pueda inferirse a qué contrato tendría verdaderamente la intención práctica de las partes, no obstante las expresiones empleadas como consecuencia de un error de derecho".

De su equivocada concepción del término "Prestaciones Adicionales" se ha valido el Banco para negarse a pagar el importe de los cuatro meses de aseguramiento prestado por MAPFRE para los bienes incorporados a su activo y declarados por el propio Banco a Mapfre en su carta EF-92 2635 No.100-2012, a la que adjuntó el reporte del ajuste de valores del Banco al 27 de julio del 2011, tal como consta en el Anexo de Prueba N° 6.

Y no solo viene declarado por el propio Banco sino que, además, éste solicitó que Mapfre le extendiese a partir del 2 de agosto del 2012 un seguro por medio de una Póliza Provisional, mientras elaboraba una adenda para expresar el reajuste devengado por la tercera anualidad el Contrato.

En armonía con esta carta, el Banco nos remitió el correo electrónico del 30 de julio del 2012 con el que nos adjuntó el Memorando del Banco de la Nación, dirigido por el Jefe de la División de Servicios al Sub Gerente de la División de Abastecimiento pidiéndole, con relación a los nuevos valores asegurados, la elaboración de una Adenda para cumplir con la Cláusula de Cobertura Automática para nuevas Adquisiciones, correspondiente a los períodos 2 de agosto del 2010 al 01 de agosto del 2011 y del 01 de agosto del 2012 al 02 de agosto del 2013.

No obstante la existencia de estos documentos, que son pruebas plenas y concluyentes, el Banco pretende aprovecharse de Mapfre pues no le quiere pagar el importe del aseguramiento que ésta le brindó entre el 2 de agosto del 2012 al 30 de noviembre del 2012 sin reconocer que sus bienes estuvieron asegurados a plenitud y también reasegurados a costo de Mapfre, y que, inclusive, el Banco declaró y cobró siniestros sobre los bienes incorporados y que MAPFRE se los pagó (**Anexos de Prueba N° 23 que contiene declaraciones en ese sentido de Osberk Ajustadores de Seguros**).

En conclusión, aun poniéndonos sólo por un momento, hipotéticamente, en la absurda y errada posición del Banco y que asumiéramos que el aseguramiento provisional de Mapfre otorgado por cuatro meses entre el 2 de agosto del 2012 y el 30 de noviembre del 2012, fuese una prestación

adicional no regularmente formalizada, nos encontraríamos en un caso de enriquecimiento sin causa incurrido por el Banco según el art. 1954 del Código Civil que lo obligaría a indemnizar a Mapfre, tal como lo demandamos con el carácter de Pretensión subordinada

B) POLIZA INTEGRAL BANCARIA 3B: EJECUCIÓN CONTRACTUAL

Independientemente de los riesgos de Incendio y/o Rayo que, están asegurados con la Póliza Incendio Multirisgo emitida por Mapfre conforme al Contrato, éste también se refiere a la Pólizas de Deshonestidad Bancaria 3B, Responsabilidad Civil de Directores, Responsabilidad Civil de Ejecutivos, Robo y/o Asalto así como a la de Asistencia Médica por medio de las cuales Mapfre asegura al Banco contra los riesgos enunciados.

Como ya lo hemos expresado el Contrato, celebrado entre el Banco y Mapfre, es por un seguro flotante en el cual se puede, durante su ejecución, agregar o retirar bienes y servicios que se aseguran o excluyen en forma automática, sujeto a los respectivos reajustes de las primas acordadas originalmente.

Este reajuste no viene solo por lo previsto contractualmente sino, además, porque la legislación sobre el contrato de seguro, tanto la derogada como la vigente, así lo dispone.

La legislación aplicable a este contrato es la Ley 26702 y los artículos 375° y 393° del Código de Comercio.

La normatividad que rige las contrataciones del Estado (D.Leg 1017), solo regula los contratos civiles y comerciales que celebra el Estado tales como la compra venta, el arrendamiento, el suministro y entre ellas el seguro, en lo que se refiere a la forma de contratarlos, las garantías para su ejecución, el plazo máximo de vigencia, las prestaciones adicionales y su resolución, pero en todo aquello que se refiere a la naturaleza y mecánica de ejecución del contrato, se rige exclusivamente lo dispuesto por las leyes respectivas para cada institución jurídica como la compra, el suministro, la prestación de servicios y el seguro entre otras.

Para los seguros, los artículos 8, 9, 10, 11 y el 16 y los artículos 298 al 344 de la Ley 26702 Ley del Sistema Financiero, Seguros y AFP así como el Glosario de ésta, definen el Contrato de Seguro. En cuanto a los derechos y obligaciones de las partes se aplican por los artículos 50°, 375° y 393° del Código de Comercio ya mencionado.

El mismo principio de la consensualidad se ha mantenido en los artículos 4° y 25° de la nueva Ley de Seguros No. 29946 que regula el seguro a partir de su entrada en vigencia, lo que ocurrió el 27 de mayo del 2013.

Arbitraje Ad-Hoc:
Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)

Tribunal Arbitral:
Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)

El reajuste de la prima de la Póliza Integral Bancaria se originó con nuestra carta CI- No. 705-12 del 25 de julio del 2012, con la que se comunicó al Banco, a su Área de Seguros que, debido al cambio sustancial y material que se había producido en el riesgo de esta póliza, por el incremento de bienes, trabajadores y servicios, el costo de esta Póliza para la última anualidad del contrato tendría un costo total de US\$ 1'223,581.33 siendo el aumento de US\$266,435,751.86

Ofrecemos, como **Anexo de Prueba N° 24** la Póliza Original Bancaria No. 20628 del 4 de agosto del 2010, con vigencia entre el 2 de agosto del 2010 y el 1 de agosto del 2013 que muestra el carácter de póliza flotante (pág. 51) y que el costo de la prima por los tres años del Contrato se acordó en US\$2'496,350.37 o sea US\$ 832,116.79 (sin impuestos) por cada año en atención a los Valores Declarados al 4 de agosto del 2010.

En conexión con este hecho presentamos también, como **Anexo de Prueba N° 25** el Suplemento remitido al Banco por Mapfre el día 10 de setiembre del 2010, que contiene el Endoso, a partir del 1 de agosto del 2012 en consideración al incremento de los valores asegurados, determinándose un aumento de la prima por el período comprendido entre el 1 de agosto del 2012 al 1 de agosto del 2013 equivalente a US\$ 1'223,581.33 (prima total, es decir con impuestos).

Pues bien, respecto a este endoso, el Banco nos envió la carta EF-92-2637 No. 497-2012 del 22 de octubre del 2012, con la que acepta el endoso a partir del 1 de agosto del 2012, y solicita que se efectúen las correcciones del caso "en razón que desde el primer año no se estaba considerando condiciones para el traslado de efectivo", según el correo de esa misma fecha. Se adjuntan este documento como **Anexo de Prueba N° 26**.

Estas tres pruebas son de naturaleza plena y acreditan sin lugar a dudas que el Banco reconoció que existía el mayor aseguramiento prestado por Mapfre entre el 01 de agosto del 2012 y el 1 de agosto del 2013, pese a lo cual se ha negado a hacer el pago correspondiente.

Luego de recibida la sustentación de Mapfre, el Banco manifestó que iba a realizar un estudio de mercado para verificar el reajuste, el cual nunca llevó a cabo y, finalmente, rechazó hacer el reajuste.

Con relación a esta póliza se intercambiaron las comunicaciones que a continuación citamos y cuyo análisis permitirá al Tribunal comprobar la veracidad y justicia de nuestra pretensión.

- Carta CI-705-12 de Mapfre del 25 de julio del 2012, con la que le manifestamos al Banco que, a partir del 2 de agosto del 2012, al empezar la tercera anualidad del contrato, la prima anual se elevaría de US\$1'000,121.17 a 1'223,581.33 con impuestos, porque el Banco había

Arbitraje Ad-Hoc:

Consortio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)

Tribunal Arbitral:

Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Marlo Linares Jara (Árbitro)

umentado sustancialmente sus activos, el número de sus empleados, la cantidad de sus locales y de sus cajeros automáticos, incremento de dinero y de valores expuestos (**Anexo de Prueba N° 27**).

- Carta CI 1048-12 del 11 de octubre del 2012 con la que Mapfre le dice al Banco que, ya el 25 de julio del 2012 con la carta No. 705-12 se le había remitido la sustentación del caso y que, además, en el mes de octubre se le había enviado mayor información (**Anexo de Prueba N° 28**).
- Carta del Banco EF-92-2668 No. 6267 del 9 de octubre del 2012 con la que, curiosamente, se refiere a su carta EF-92-2628 No. 605-2012 del mismo día 9 de octubre del 2012, y nos manifiesta que Mapfre no ha cumplido con darle respuesta y da por no sustentado el incremento de los valores de esta póliza. (**Anexo de Prueba N° 29**).

En efecto, el Banco había dirigido esa carta 605-2012 a Mapfre el mismo día 9 de octubre del 2012 ¿Cómo podríamos haber contestado en esa fecha 9 de octubre del 2012, la carta remitida el mismo día 9 de octubre del 2012?

- Carta de Mapfre CI-1097-12 del 25 de octubre del 2012, por la cual hicimos la explicación del reajuste manifestándoles que los Reaseguradores habían evaluado la nueva situación y describimos la forma como habían evolucionado los activos del Banco, su personal, sus locales y sus cajeros automáticos. (**Anexo de Prueba N° 30**).
- Carta CI 1105 del 29 de octubre del 2012 con la que le explicamos al Banco las razones del reajuste, reiterándoles que el Banco había tenido la cobertura total de todos sus bienes, incluyendo sus nuevos locales y el contenido de éstos, los cajeros automáticos nuevos, los nuevos servicios y otros bienes, todo ello por medio de la Cobertura Provisional total otorgada el 2 de agosto del 2012. (**Anexo de Prueba N° 31**).
- Carta CI 1138-2012 del 8 de noviembre del 2012 por la que Mapfre vuelve a reiterar al Banco la sustentación de este caso. (**Anexo de Prueba N° 32**).
- Carta EF-92 2628 No.694 por medio de la cual, en el último párrafo de la primera página, manifiesta que procederá a hacer un Estudio de Mercado sobre la Póliza Integral 3 B y Asistencia Médica (**Anexo de Prueba No. 33**).

- Carta CI 1173 del 20 de noviembre del 2012 remitida por Mapfre con la cual se vuelve a sustentar la razón del incremento de la prima. **(Anexo de Prueba N° 34).**
- En esa misma fecha, Mapfre cursó una carta con el mismo número 1173, aceptando que se realice el Estudio de Mercado propuesto para definir el costo de la prima, el cual el Banco nunca realizó. **(Anexo de Prueba N° 35).**

C) CIRCUNSTANCIAS COMUNES A AMBAS PÓLIZAS

A partir del 14 de agosto del 2013 comenzó el proceso encaminado a solicitar el arbitraje ahora ya en curso.

Como **Anexo de Prueba N° 36** adjuntamos los siguientes documentos:

- Carta notarial de Mapfre del 14 de agosto del 2013 requiriendo el pago de los servicios prestados.
- Carta notarial de Mapfre del 23 de octubre del 2013 reiterando el requerimiento.
- Carta notarial del Banco EF/92.2628 N° 1025-2013 del 31 de octubre del 2013 solicitando un plazo para evaluar los documentos relativos a nuestras reclamaciones "debido a la complejidad de la materia".
- Carta notarial de Mapfre del 6 de noviembre del 2013 aceptando suspender el requerimiento por el término de quince días.
- Carta notarial del Banco EF/92 2628 N° 1089-2013 del 21 de noviembre del 2013 por la que se manifiesta que no pagarán ni el monto de la cobertura provisional por el periodo 2 de agosto del 2012 al 30 de noviembre del 2012 ni el reajuste de las Pólizas 3B.
- Cartas de los Corredores de Reaseguros AON BENFIELD PERU S.A y Gallagher JAO, en las que dejan constancia del crecimiento sustancial de los bienes, servicios y personal del Asegurado y que durante el período 2010 al 2013 se han otorgado las coberturas y reaseguro por todos ellos.
- Carta CI-1219 del 30 de noviembre del 2012 con la que Mapfre amplía la sustentación solicitada.
- Carta notarial de Mapfre del 3 de diciembre del 2013 por la cual se solicita la iniciación del arbitraje.
- Como ya hemos dicho anteriormente, Mapfre ha atendido y pagado los siniestros de las Pólizas de Incendio y Bancaria 3B que

aparecen en la relación como **Anexo de Prueba N° 37**. Esta relación se refiere a:

- a) Convenios de Ajustes realizados por los Ajustadores con las personas afectadas para los pagos indemnizatorios por siniestros atendidos y cancelados por Mapfre por la Póliza de Incendios, durante el período agosto 2012 a noviembre 2012. Los siniestros producidos en ese período corresponden a bienes y servicios que se incorporaron a la póliza.
- b) En conexión con los pagos efectuados como indemnización por siniestros, en dicha relación se detallan también los pagos realizados a las víctimas de daños cuyos riesgos estaban asegurados por Mapfre con la Póliza 3B durante el período agosto 2012 a agosto del 2013.

Son aplicables a esta demanda, como sustento de nuestros derechos, los artículos 1324, 1954 y 2120 del Código Civil, junto con aquellas que hemos citado expresamente en su texto".

4.2. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Los fundamentos de la contestación de la demanda son los siguientes, a los cuales se ha suprimido los pies de página:

I. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

1.1 La propia Demandante señala (antes y después del inicio del proceso arbitral) que la solicitud de pago se sustenta en el concepto de "enriquecimiento sin causa"

En su propio escrito de Demanda, el Consorcio plantea de manera esquivada que el objeto de su reclamo es el supuesto "enriquecimiento sin causa incurrido [a su entender] por el Banco según el art. 1954 del Código Civil que lo obligaría a indemnizar a Mapfre, tal como lo demandamos con el carácter de pretensión subordinada".

Lo cierto es que esta posición de la Demandante no es nueva, y ha sido expresada con mayor convicción en comunicaciones anteriores presentadas al BN, como es el caso de la Carta C.I. 1105/12 del 30 de octubre de 2012 [**Anexo 1-A**], oportunidad en la que comunicó que:

"(...) ha existido un servicio brindado y recibido por su Entidad el mismo que debe ser reconocido y honrado, de acuerdo a lo señalado por el propio OSCE. Para dicho

efecto recordamos lo dispuesto mediante Opinión N° 060-2012/DTN, a través del cual el Organismo Supervisor establece la obligación de la Entidad de pagar por las prestaciones ejecutadas, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento indebido" (el énfasis es nuestro).

A continuación, en la misma Carta, el Consorcio realizó una cita textual de la Opinión No. 060-2012/DTN, como sigue:

"Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que, en el ámbito de las contrataciones del Estado, si una Entidad obtuvo la prestación de un servicio por parte de un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el precio del servicio prestado, aún cuando la prestación del servicio haya sido obtenida sin observar las disposiciones de la Ley y el Reglamento, pues el Código Civil, en su artículo 1954, establece que "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo" (el subrayado es agregado)" (el énfasis es nuestro).

Al citar las Opiniones que emite OSCE para sustentar su posición, el Consorcio reconoce tácitamente dos (2) aspectos de suma relevancia: (i) que la normativa aplicable al caso es la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la "LCE") y su Reglamento (en adelante, "RLCE"), y (ii) que las Opiniones tienen carácter vinculante, de acuerdo a lo expresamente señalado en la Tercera Disposición Complementaria Final del RLCE.

Posteriormente, mediante Carta C.I. 1138/12 del 12 de noviembre de 2012 [Anexo 1-B], el Consorcio reiteró al Banco el sustento del enriquecimiento sin causa de acuerdo lo siguiente:

"En atención a ello, le recordamos que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, en reiterados pronunciamientos y opiniones, ha señalado que si una Entidad obtuvo la prestación de un servicio por parte de un proveedor, este posee el derecho a exigir que la Entidad le reconozca el precio del servicio prestado, aún cuando el servicio haya sido obtenido sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, en virtud a lo dispuesto por el artículo 1954 del Código Civil, en mismo que establece que "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas

de otro, está obligado a indemnizarlo" (el énfasis es nuestro).

Incluso, en dicha comunicación el Consorcio recurre como sustento de su pedido a la **Resolución No. 176-2004.TC-SU**, emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado, sobre cuya importancia volveremos más adelante.

Pues bien, está claro que antes de iniciado el proceso arbitral, para la propia Demandante estamos ante derechos de crédito por supuestos servicios prestados "sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado" (para utilizar los términos del Consorcio), que reclama alegando el concepto de "enriquecimiento sin causa".

Esta conducta sostenida en el tiempo por parte de la Demandante, desdice lo indicado en la Demanda, en el sentido que ahora sostiene que las prestaciones supuestamente ejecutadas derivan del Contrato N° 1726-2010-DA (en adelante, el "Contrato") y, bajo este cambio de postura, afirma que nunca se requirió de una autorización para la ejecución de prestaciones adicionales.

Advertidas las cambiantes posturas de la Demandante, el Tribunal Arbitral sabrá identificar la real naturaleza de las pretensiones 1 y 2 del Petitorio de la Demandada, puesto que se trata de un reclamo de pago por prestaciones ejecutadas al margen de los términos y condiciones del Contrato o, como ha sido definido el OSCE, una "contratación irregular", cuyo pago debe ser reclamado por la vía de la acción de enriquecimiento sin causa.

El hecho de que en la Demanda se invoque el enriquecimiento sin causa como una "pretensión subordinada", responde a la débil estrategia de defensa del Consorcio para pretender evitar, precisamente, el rechazo de las pretensiones por versar sobre materias que no son arbitrables (por no estar dentro del alcance del convenio arbitral), y que deben ser planteadas ante el Poder Judicial, como se verá a continuación.

- 1.2 En el marco de la normativa especial de contratación pública el reconocimiento de un mayor pago a favor del Contratista sólo se puede sustentar con la aprobación previa de prestaciones adicionales**
La propia Demandante, al referirse al alcance de la normativa de contratación pública señala que:

"La normatividad que rige las contrataciones del Estado (...), solo regula los contratos civiles y comerciales que celebra el Estado tales como la compra venta, el

arrendamiento, el suministro y entre ellas el seguro, en lo que se refiere a la forma de contratarlos, las garantías para su ejecución, el plazo máximo de vigencia, **las prestaciones adicionales** y su resolución, pero en todo aquello que se refiere a su naturaleza y mecánica de ejecución del contrato, se rige exclusivamente lo dispuesto por las leyes respectivas para cada institución jurídica como la compra, el suministro, la prestación de servicios y el seguro entre otras" (el énfasis es nuestro).

Al margen de la singular distinción que realiza el Consorcio (formulando distinciones que la propia Ley no realiza), está claro que conoce y acepta las exigencias propias de las denominadas **prestaciones adicionales** reguladas por la LCE y el RLCE, en tanto agente del mercado con una participación importante como proveedor del Estado.

Resulta, además, que el Consorcio no sólo conoce estas exigencia, sino que se sujeta a ellas con habitualidad y recurrencia, como estamos seguros no podrá desconocer, hecho que se puede comprobar con una simple consulta a la información pública disponible, como es el caso de las resoluciones emitidas por una diversidad de Entidades Públicas que aprueban la ejecución de prestaciones adicionales por parte de los integrantes del Consorcio a cambio de un mayor pago, antecedentes que corresponden a los años 2011, 2012, 2013 y 2014, así como las Adendas que suscribe voluntariamente con dicho propósito [Anexo 1-C].

Está claro que en su conducta —más allá de las temerarias afirmaciones formuladas en la Demanda— el Consorcio reconoce y se sujeta a la especialidad de la LCE, cuyo alcance está expresamente señalado en su artículo 5, ordenando su prevalencia sobre las normas de derecho público y de derecho privado que resulten aplicables.

En este contexto, debemos invocar el criterio de interpretación oficial de la normativa de contratación pública que ha formulado el OSCE en reiteradas opiniones, como es el caso de la **Opinión No. 117-2012/DTN**, que textualmente indica:

"Excepcionalmente, de conformidad con lo señalado por el artículo 41 de la Ley, una Entidad puede modificar el precio o monto de un contrato, independientemente de su sistema de contratación, como consecuencia de la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Marlo Linares Jara (Árbitro)**

adicionales o reducciones, siempre que estas resulten necesarias para alcanzar la finalidad del contrato.

(...)

En ese sentido, y **teniendo en consideración el carácter excepcional de la potestad de ordenar prestaciones adicionales** o reducciones, el área usuaria de la contratación debe sustentar, previamente, las razones por las que resulta necesario ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o su reducción, para alcanzar la finalidad del contrato.

Sustentada la necesidad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o su reducción, corresponde al Titular de la Entidad, mediante resolución previa, aprobar la ejecución o reducción de dichas prestaciones, hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que la Entidad cuente con disponibilidad presupuestal; tal como lo precisa el artículo 174 del Reglamento.

(...)

Excepcionalmente, el monto originalmente contratado puede modificarse si la Entidad ejerce la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, **siempre que se verifiquen las condiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado para ello**" (el énfasis es nuestro).

Esta Opinión expresa una verdad incuestionable en la materia: la modificación del precio de los contratos suscritos al amparo de la LCE y el RLCE (sea que el objeto del contrato sea el servicio de aseguramiento o cualquier otro objeto contractual) es excepcional y debe contar con la aprobación previa de la ejecución de prestaciones adicionales como requisito de validez.

A mayor abundamiento, otra Opinión de OSCE, en este caso la **Opinión No. 114-2009/DTN**, complementa lo anterior señalando la importancia del cumplimiento de las formalidades previstas en la LCE y el RLCE como condición de validez de la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales, en los siguientes términos:

"La potestad de la Entidad para ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de las originalmente establecidas,

se encuentra limitada al monto y formalidades establecidas en la normativa sobre contratación pública" (el énfasis es nuestro).

Pues bien, resulta que la Demandante solicita como pretensiones 1 y 2 de su Petitorio que el BN pague montos mayores a los contractualmente previstos, pero de ningún modo acredita que estos mayores pagos (excepcionales por definición) hayan sido autorizados como prestaciones adicionales, único supuesto en el que procede hacer un pago de esta naturaleza.

Al respecto, la Cláusula Tercera del Contrato señala el monto que, en calidad de contraprestación, el BN debía pagar al Consorcio, monto que fue modificado hasta en cuatro (4) oportunidades con la correspondiente aprobación previa de la ejecución de prestaciones adicionales —hecho conocido y aceptado por la Demandante— mediante las siguientes Resoluciones de la Gerencia General del Banco:

- (1) Resolución de Gerencia General EF/92.2000 No. 066-2012, de fecha 29 de noviembre de 2012 [**Anexo 1-D**].
- (2) Resolución de Gerencia General EF/92.2000 No. 027-2013, de fecha 27 de marzo de 2013 [**Anexo 1-E**].
- (3) Resolución de Gerencia General EF/92.2000 No. 037-2013, de fecha 2 de mayo de 2013 [**Anexo 1-F**].
- (4) Resolución de Gerencia General EF/92.2000 No. 048-2013, de fecha 10 de junio de 2013 [**Anexo 1-G**].

Cabe anotar, además, que cada aprobación de prestaciones adicionales derivó en la suscripción de las correspondientes Adendas [**Anexo 1-H**], que dispusieron la modificación de la citada Cláusula Tercera del Contrato en tanto existió el debido sustento de la autorización de las prestaciones adicionales. Como no puede ser de otra manera, las Adendas en cuestión fueron debidamente suscritas por el Consorcio en clara señal de conformidad.

Todo ello demuestra que el Consorcio conocía y conoce perfectamente —en coherencia con lo establecido por OSCE en la **Opinión No. 117-2012/DTN**— que cualquier pago que exceda el monto contractual debe estar sustentado en la autorización previa del Titular de la Entidad por prestaciones adicionales, según lo exigen los artículos 41 de la LCE y 174 del RLCE.

Por si alguna duda queda al respecto, bastará con consultar el contenido de la Carta C.I. 705/12, fechada el 25 de julio de 2012 [**Anexo 1-I**], en la que el Consorcio manifestó con total convencimiento:

"Finalmente, es preciso señalar que **el incremento de la prima** de la póliza integral bancaria, **así como la prima adicional** generada en la póliza de incendio por el incremento de valores declarados (...) **deberá ser tomado en cuenta a efectos de alcanzar la finalidad del contrato, de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual permite ejecutar prestaciones adicionales, hasta por el límite del 25% del monto del Contrato original (...)**" (el énfasis es nuestro).

De la lectura de este documento, ¿puede quedar alguna duda al Tribunal Arbitral de que, para el propio Consorcio, era evidente que cualquier pago adicional al monto del Contrato debía sustentarse con la aprobación previa de prestaciones adicionales? Está claro que no. Lo que también es evidente, es que en la Demanda el Consorcio se ha propuesto desmentir o contradecir todas y cada una de sus posturas iniciales, bajo la creencia de que nadie advertirá esta conducta incongruente.

Ahora bien, cabe preguntarse qué naturaleza tienen, para la normativa especial en materia de contratación pública, las prestaciones que la Demandante afirma haber ejecutado sin contar con la autorización de un adicional, y que sustentan el pedido de pago de las pretensiones 1 y 2 de su Petitorio, tema que abordamos a continuación.

1.3 Las prestaciones adicionales ejecutadas sin contar con la aprobación previa que exige la normativa especial de contratación pública califica como contratación "irregular" y deben ser reclamados por la vía del enriquecimiento sin causa

Por el tenor de la Demanda, que pretende forzar la interpretación del alcance del Contrato, desdiciéndose de su clara posición primigenia, en la que se mostraba plenamente consciente de que su reclamo versaría sobre prestaciones irregularmente ejecutadas, consideramos que el Consorcio ha querido obviar deliberadamente los antecedentes vinculantes que citamos a continuación.

Así es, no dudamos que la Demandante conoce el contenido de la **Opinión 073-2011/DTN**, que absuelve una consulta por lo demás muy pertinente para el caso analizado: "¿Resulta o no viable reconocer el costo efectivo (...) de los servicios brindados por una empresa, **a pesar de haberse excedido el marco contractual correspondiente?**". En esta oportunidad OSCE estableció lo siguiente:

"(...)

2.2 Ahora bien, **la normativa de contrataciones del Estado no solo ha previsto los requisitos, formalidades y procedimientos que deben observarse para llevar a cabo las contrataciones bajo su ámbito, sino que también ha establecido las condiciones bajo las que, en un contrato previamente celebrado, puede requerirse al contratista la ejecución de mayores prestaciones, o puede celebrarse un contrato complementario al originalmente celebrado.**

En esa medida, **la prestación de un servicio a una Entidad sin que para ello se haya observado las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado** conllevaría la responsabilidad de los funcionarios involucrados en **dicha contratación irregular**, correspondiendo al Titular de la Entidad determinar responsabilidades y, de ser el caso, imponer las sanciones que corresponda, de conformidad con el artículo 46 de la Ley.

2.3 Efectuada la precisión anterior, debe indicarse que **si una Entidad obtuvo la prestación de un servicio por parte de un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el precio del servicio prestado – aún cuando la prestación del servicio haya sido obtenida sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado-, pues el Código Civil, en su artículo 1954, establece que "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"** (el subrayado es agregado).

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la **Resolución N° 176/2004.TC-SU**, ha establecido lo siguiente: "(...) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido – aún sin contrato válido – un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, **hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles**. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente." (El resaltado es agregado).

De esta manera, la acción por enriquecimiento sin causa reconocida por el Código Civil constituye un "mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable (...)."

(...)" (el énfasis y subrayado es nuestro).

Según apreciamos, en caso se produzca la prestación de un servicio sin observar las disposiciones de contratación pública —como las referidas a la ejecución de mayores prestaciones prescindiendo de las exigencias de la aprobación de un adicional— obliga a calificar a esa contratación como "irregular", es decir, fuera del alcance del Contrato, en cuyo caso su reconocimiento debe tramitarse necesariamente por la vía del enriquecimiento sin causa.

Por si se requiere entender con mayor claridad este punto, tenemos que la **Opinión No. 083-2012/DTN** señala lo siguiente con relación a la configuración de los elementos del enriquecimiento sin causa:

"Así, para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y (iii) **que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato, contrato complementario, o la ejecución de prestaciones adicionales sin mediar la respectiva autorización**" (el énfasis es nuestro).

En consecuencia, no hay lugar a dudas que las prestaciones que el Consorcio dice haber ejecutado a favor del BN (prestaciones adicionales sin autorización) están al margen del alcance del Contrato. Precisamente, el incumplimiento de los requisitos esenciales de validez de la autorización previa para mayores pagos en una relación jurídica sujeta a la LCE, genera la ausencia de una causa jurídica para la transferencia patrimonial (prestaciones) que la Demandante reclama.

Refuerza esta conclusión lo que más adelante se expresa en la misma **Opinión No. 083-2012/DTN**, sobre la naturaleza extra contractual que tendría el reconocimiento del precio reclamado por el proveedor empobrecido, de ser el caso:

"Por tanto, el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos de requerir el reconocimiento del precio de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad, mediante una indemnización.

(...)

Cabe precisar que el monto reconocido no podría ser considerado como pago en términos contractuales, en la medida que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída; ni tampoco en términos presupuestales, pues en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto que ha sido válidamente devengado".

Los criterios reseñados del OSCE no son recientes, sino que se han mantenido de manera uniforme y consistente en el tiempo, para lo cual bastara comprobar que, además de las Opiniones citadas, el mismo criterio se reconoce en las **Opiniones No. 059-2009/DTN, 042-2010/DTN, 008-2011/DTN, 033-2011/DTN, 073-2011/DTN, 051-2012/DTN, 060-2012/DTN, 067-2012/DTN y 010-2014/DTN** (todas estas Opiniones mencionan la **Resolución No. 176-2004.TC-SU**).

Aún más, como ya anotamos, la propia Demandante recurrió a la **Opinión No. 060-2012/DTN** y a la **Resolución No. 176-2004.TC-SU** para sustentar su original reclamo en virtud del enriquecimiento sin causa, posición que resulta incongruente con lo que ha manifestado en la Demanda, en el sentido que las prestaciones ejecutadas están dentro del alcance del Contrato.

1.4 Los reclamos de pago formulados invocando el enriquecimiento sin causa no son arbitrables, deben ser exigidos por la vía judicial

Lo acreditado hasta el momento permite concluir que el pedido de pago del Consorcio no deriva del Contrato ni se relacionan con él pues está fuera de su contexto o entorno, ergo, el convenio arbitral no se aplica.

Como no se aplica, este Tribunal Arbitral no tiene competencia para conocer y resolver esta pretensión, ya sea principal o subordinada, ya que su competencia se circunscribe a las controversias que sean propias de la ejecución del Contrato, conforme lo señalado en el artículo 52 de la LCE.

La figura de enriquecimiento sin causa o injustificado —en estricto, antijurídico—, constituye una obligación de fuente ex lege no

proveniente de la voluntad. Es claro el Prof. Moisset de Espanés: la obligación de restitución "(...) proviene directa e inmediatamente de la ley y no de la voluntad lícita (contratos) o ilícita (delitos y cuasidelitos)". Si existiera una relación contractual serían las normas de Derecho de Contratos las que regularan la materia del desplazamiento patrimonial. Entonces, como para este tipo de pretensiones obligacionales de fuente ex lege el ordenamiento no impone arbitraje —y ciertamente no es aplicable el convenio arbitral pactado para el Contrato—, la conclusión inevitable es que las pretensiones de pago por prestaciones irregulares no pueden ser materia de este arbitraje.

En otros términos, no es válido extender el convenio arbitral del Contrato a pretensiones de enriquecimiento extracontractual que la Demandante ha reconocido como tales, máxime si el enriquecimiento sin causa se encuentra regulado como una fuente de obligaciones distinta al Contrato, regulada en artículo 1954° y 1955° del Código Civil.

Por tal motivo, **formulamos excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral** por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida que propone la Demandante, en vista de su innegable origen extracontractual ("irregular", según lo definido por OSCE), conforme lo señalado en el numeral 1 del artículo 41 del Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje).

Con relación a este punto, debe tenerse presente que también el OSCE ha fijado una posición clara, en el sentido que los reclamos por enriquecimiento indebido deben exigirse por la vía judicial, conforme lo indica en la **Opinión en Arbitraje No. 004-2012/DAA [Anexo 1-J]**, que textualmente concluye:

"Si la declaración de nulidad de un contrato ha quedado consentida o ejecutoriada, no es posible recurrir al arbitraje para exigir una indemnización por enriquecimiento sin causa, sino que esta pretensión debe ser exigida por la vía judicial, dado que, producto de la declaración de nulidad, no existe contrato estatal que obligue a las partes a acudir a la conciliación o el arbitraje".

Ahora bien, anticipándonos a una posible lectura parcial o tendenciosa de este antecedente vinculante, cabe mencionar que este debe ser leído de manera coherente con las demás Opiniones de OSCE reseñadas en este escrito, sobre todo la **Opinión No. 083-2012/DTN**.

En efecto, recordamos que este última Opinión indica los supuestos típicos en los que "no existe una causa jurídica para esta transferencia patrimonial", a saber: i) la ausencia de contrato (como es el caso de un contrato declarado nulo) o ii) la ejecución de prestaciones adicionales sin mediar la respectiva autorización.

Al estar ante la misma razón —ausencia de causa jurídica que sustente la transferencia patrimonial que la Demandante afirma la ha empobrecido— tanto en el caso de un contrato nulo como en el caso de prestaciones adicionales sin mediar la respectiva autorización, la consecuencia jurídica es la misma: el reclamo por indemnización debe plantearse por la vía judicial.

En el caso del contrato nulo las prestaciones irregulares son extracontractuales por inexistencia de Contrato, así como en el caso de los adicionales sin autorización son igualmente extracontractuales por haber excedido los términos y condiciones del Contrato, que obliga por efecto de la normativa especial de orden público a seguir un procedimiento previo para su ejecución.

A mayor abundamiento, la Sentencia de Casación No. 500-2007 [Anexo 1-K], de fecha 13 de junio de 2007, se condice en todos sus extremos con lo hasta aquí sustentado, en el sentido de considerar que el enriquecimiento sin causa no es materia arbitrable, al declarar improcedente la casación interpuesta contra la Sentencia No. 25, del 18 de septiembre de 2006, emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente No. 286-2006.

En efecto, según detalla Castillo Freyre, el criterio de la Sala Civil que avaló la Corte Suprema concluía que: "(...) en primer lugar, que el convenio arbitral acordado por las partes no preveía la posibilidad que (sic) se discutiera el pago de una suma de dinero sustentándola en la existencia de un enriquecimiento sin causa, ya que de aquel (sic) se colige que las materias que podrían someterse a arbitraje son las relacionadas directamente al Contrato, por lo que siendo el enriquecimiento sin causa una fuente de las obligaciones distinta al Contrato que unión a las partes no se encontraba inmersa (sic) dentro del Convenio Arbitral celebrado".

En tal sentido, confiamos que el Tribunal Arbitral sabrá ponderar adecuadamente el antecedente citado, que resulta posterior y contrapuesto a la Sentencia de Casación No. 825-2006, de fecha 15 de diciembre de 2006.

II. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

En el supuesto negado que el Tribunal Arbitral desestime la excepción de incompetencia formulada en el numeral I, solicitamos se tenga en cuenta la Contestación de la Demanda que sustentamos a continuación.

Para tal efecto, nos remitimos en lo que resulte pertinente a la fundamentación expuesta con motivo de la excepción de incompetencia formulada.

2.1 Respetto de las Pretensiones Primera y Segunda:

La Demandante reclama los siguientes pagos: i) El pago de la cobertura provisional del Seguro de Incendio, Todo Riesgo y Líneas Aliadas por el periodo comprendido entre el 2 de agosto y el 30 de noviembre de 2012 y ii) El pago del mayor valor de aseguramiento de la Póliza 3B, debido a la supuesta incorporación por el Banco de la Nación de nuevos bienes y servicios a la coberturas de seguro contratadas.

a) Al ser un arbitraje de derecho, el Tribunal Arbitral debe verificar el cumplimiento del procedimiento establecido en la normativa especial aplicable, de lo contrario no es válido amparar las pretensiones de la Demandante

Como punto de partida, debemos señalar que al ser el presente un arbitraje de derecho, el Tribunal Arbitral debe resolver las controversias planteadas respetando la especialidad de la normativa de contratación pública que ya hemos referido, y que por la propia expresión del artículo 5 de la LCE, prevalece sobre las normas de derecho público y, también, sobre las de derecho privado que resulten aplicables.

No tiene cabida, por tanto, prescindir u obviar la particular forma que el Estado tiene de manifestar su voluntad dentro de los márgenes de actuación reglada o discrecional previstos en la LCE y el RLCE, como una manifestación del mandato del artículo 76 de la Constitución Política del Perú.

En efecto, son conocidas las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas sobre los Expedientes No. 020-2003-AI-TC y 017-2011-PI-TC, en las que se ha establecido con claridad que "La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación (...)".

La existencia de esta "especial regulación" de la que habla el Tribunal Constitucional, sumada a la vigencia del Principio de Legalidad a la que está sujeta el ejercicio de la función pública, da

como resultado que sólo son vinculantes para el BN —en tanto entidad sujeta al ámbito de aplicación de la LCE— las actuaciones que se hayan ceñido al procedimiento legalmente establecido. Así lo ha expresado OSCE en la **Opinión No. 008-2011/DTN**, cuando afirma:

"Ahora bien, considerando que en el derecho público el **principio de legalidad** posee una significación distinta a la de otros ordenamientos de naturaleza privada, en el sentido de sujetar la actuación de la administración pública a lo expresamente reconocido en las normas correspondientes, se tiene que **las Entidades Públicas deben cumplir —necesariamente— con el procedimiento legal aplicable para la formación de voluntad de adquirir o contratar**, a efectos de tener como válida la adquisición o contratación resultante

(...)"

Sobre la base de lo expuesto, se puede concluir que **a una Entidad Pública, sólo la vinculan válidamente los contratos en los que el acuerdo de voluntades se ha formado conforme a los procedimientos establecidos legalmente**. En caso contrario, no resulta pertinente hablar de prestaciones o cumplimiento de obligaciones contractuales, ya que no es propiamente una relación contractual la que surge cuando la administración pública no observa los procedimientos señalados".

En el presente caso, la Demandante no acredita el cumplimiento del procedimiento establecido para disponer la modificación del precio del Contratos, mediante la existencia de una autorización previa de prestaciones adicionales por parte del Titular del BN, de acuerdo al artículo 41 de la LCE y 174 del RLCE.

Para decirlo de otra forma, sin una Resolución de Gerencia General previa a la ejecución de las prestaciones alegadas por el Consorcio, no existe posibilidad de modificar el monto del Contrato para reconocer el pago de un mayor precio.

b) La Demandante no puede actuar en el proceso arbitral en contra de su conducta anterior, al haber considerado que eran necesarios los adicionales para sustentar mayores pagos a su favor

Como ya detallamos, en la Carta C.I. 705/12 la Demandante reconoció expresamente la necesidad de aplicar el artículo 174 del RLCE (que regula las formalidades de la aprobación de

prestaciones adicionales) para sustentar los mayores pagos a su favor.

Esta manifestación se condice con la sujeción (sin formular reclamo alguno) a los adicionales aprobados por el BN mediante Resoluciones de Gerencia General que acompañamos con Anexos del 1-D al 1-G y la firma de las respectivas Adendas (Anexo No. 1-H).

Del mismo modo, en la Carta C.I. 1048/12, del 11 de octubre de 2012 [**Anexo 1-L**], y la Carta C.I. 1097/12, del 25 de octubre de 2012 [**Anexo 1-M**], el Consorcio solicita la "Suscripción de una Adenda de Prestaciones Adicionales".

Sin embargo, en la Demanda el Consorcio manifiesta todo lo contrario: (i) que las prestaciones supuestamente ejecutadas no son prestaciones adicionales, (ii) que no se requiere de una Resolución de Gerencia General previa para sustentar las mayores prestaciones a ejecutar y (iii) que no se necesita de Adenda alguna.

Esta conducta abiertamente contradictoria y errática desvirtúa, por sí misma, las pretensiones de la Demanda, de acuerdo a lo que se conoce como la doctrina de los "actos propios".

Así es, la doctrina jurídica ha desarrollado a través de los años lo que se conoce como "la doctrina de los actos propios" que bien puede resumirse en el siguiente postulado: "nadie puede ir válidamente contra sus propios actos".

Se podría definir a los actos propios como el principio o regla general del Derecho en virtud del cual nadie puede realizar una conducta contradictoria a lo que por su comportamiento ha venido manteniendo de manera uniforme y reiterada.

Se sostiene que la doctrina de los actos propios deriva del principio general de la buena fe. Al respecto el reconocido autor español Luis Díez-Picazo nos dice lo siguiente:

"Una de las consecuencias del deber de obrar en buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza"

suscitada y es inadmisibile toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza".

Ahora bien, existen algunos presupuestos que la doctrina reconoce como necesarios para la puesta en práctica del remedio aplicable a la contravención de los propios actos.

El primer elemento vendría a ser una **conducta vinculante**, es decir, el hecho de que una persona haya desplegado una conducta jurídicamente relevante, como lo son los requerimientos de pago formulados mediante Carta C.I. 1105/12 y Carta C.I. 1138/12. Dicha conducta es tomada en cuenta por el sujeto que la recibe y actúa confiando en ella. Es decir, esta conducta vinculante, marca el sentido del comportamiento que debe observar el sujeto en relación con los terceros a quienes afectó su conducta.

El segundo elemento es el de la **pretensión contradictoria** con la conducta vinculante. Esta pretensión ha de ser posterior al primer elemento. Cabe precisar que la mencionada pretensión implica el ejercicio de un derecho merecedor de tutela por parte del ordenamiento jurídico, es decir, es completamente lícito. Pero cuando dicho ejercicio se produce luego de una conducta vinculante, entran en juego otros elementos cuya protección revela la existencia de otras prioridades. De esta forma, no es admisible ejercer un derecho subjetivo que, aún cuando fuera válido y protegible, es contradictorio con una conducta anterior y vinculante.

El último elemento vendría a ser la **identidad de los sujetos**, es decir, que los sujetos que intervienen en ambas conductas sean los mismos.

La consecuencia de verificar esta conducta discordante es para el juzgador, nada menos, la obligación de desestimar el petitorio de plena, como lo indica con propiedad Cecilia O'Neill:

"Así, cuando el sujeto activo, emisor de la conducta vinculante, ejercita su derecho a exigir una pretensión contradictoria, esta pretensión será desestimada por el encargado de resolver el conflicto de intereses.

En consecuencia, por el sólo mérito de haberse comprobado que el Consorcio atenta contra sus propios actos al formular la Demanda, corresponde desestimarla por ser contraria a la buena fe.

c) Falta de sustento del mayor valor de aseguramiento de la Póliza 3B, debido a la supuesta incorporación por el Banco de la Nación de nuevos bienes y servicios a la coberturas de seguro contratadas

En el caso de la Segunda Pretensión, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, debe ser desestimada por cuanto el Consorcio no cumplió con sustentar adecuadamente los supuestos montos del mayor valor de aseguramiento, a pesar de haber sido requerido mediante los siguientes documentos: (i) La Carta EF/92.2628 No. 605-2012, del 10 de octubre de 2012 [**Anexo 1-N**], (ii) La Carta EF/92.2628 No. 626-2012, del 19 de octubre de 2012 [**Anexo 1-O**] (ii) La Carta EF/92.2628 No. 694-2012, del 12 de noviembre de 2012 [**Anexo 1-P**].

Aún más, en la Carta C.I. 1173/12 del 21 de noviembre de 2012 [**Anexo 1-Q**], el Consorcio acepta esta falta de sustento, al consentir que "se realice un Estudio de Mercado que se encargue a una tercera entidad o una pericia técnica".

2.2 Respetto de la Tercera Pretensión: Los costos del proceso arbitral

Según se ha acreditado en el presente Escrito, la Demanda carece de sustento jurídico, por lo que los costos y costas del proceso arbitral debe ser asumido por la parte que ha promovido innecesariamente recurrir a este mecanismo de solución de controversias, según se ahondará en la pretensión accesoria a la pretensión principal de la RECONVENCIÓN.

2.3 Respetto de la Pretensión Subordinada: El pago de los montos ya indicados por enriquecimiento sin causa

Según detallamos, por lo menos en dos comunicaciones anteriores a la formulación de la Demanda —la Carta C.I. 1105/12 y la Carta C.I. 1138/12— la Demandante invocó el enriquecimiento sin causa como sustento de su reclamo de pago.

En tal sentido, al plantear esta pretensión condicionada a que no se acepte su posición de que no estamos ante el supuesto de prestaciones adicionales, nuevamente la Demandante actúa en contra de sus propios actos, por lo que esta pretensión debe ser desestimada, sin perjuicio de lo señalado en la excepción de incompetencia.

III. RECONVENCIÓN: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO
Pretensión Principal Única: Se disponga que la Demandante asuma los costos y costas del proceso arbitral

Al ratificar la validez y plena eficacia de lo actuado por el BN, solicitamos que el Tribunal Arbitral disponga la asunción del total de los costos y costas del proceso arbitral por parte de la Demandada, en los

términos señalados en el artículo 70 de la Ley de Arbitraje, en virtud de lo señalado en el numeral 2 del artículo 56 y el artículo 73 del mismo cuerpo normativo, ya que se habría acreditado que una de las partes recurrió innecesariamente a este mecanismo de solución de controversias, en perjuicio de la parte que actuó conforme al ordenamiento legal aplicable".

V. LA CUESTIÓN SOMETIDA A ARBITRAJE

- 5.1 El 17 de octubre de 2014, se realizó la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en la cual se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes.
- 5.2. En dicha audiencia la Presidente del Tribunal Arbitral inició el diálogo entre las partes a fin de propiciar un acuerdo conciliatorio, sin embargo éstas expresaron que de momento resulta imposible arribar a una conciliación; sin embargo, el Tribunal Arbitral dejó abierta la posibilidad que la misma pueda darse en cualquier estado del proceso.
- 5.3. El Tribunal Arbitral, tomando en cuenta las pretensiones planteadas por el demandante en el escrito de demanda y lo señalado por la demandada en su escrito de contestación de demanda, consideró que los puntos controvertidos del presente arbitraje, son los siguientes:

"3.1. *Determinar si procede o no ordenar al Banco de La Nación pague a favor del Consorcio Mapfre el monto de US\$ 219,151.42, más intereses, correspondiente al importe de la cobertura provisional del Seguro de Incendio, Todo Riesgo y Líneas Aliadas por el período comprendido entre el 02 de agosto y el 30 de noviembre del 2012, a favor del Banco de La Nación.*

3.1.1. Como consecuencia de lo que se resuelva en el punto 3.1., determinar si procede o no ordenar al Banco de La Nación pague a favor del Consorcio Mapfre vía enriquecimiento sin causa el monto de US\$ 219,151.42, más intereses, correspondiente al importe de la cobertura provisional del Seguro de Incendio, Todo Riesgo y Líneas Aliadas por el período comprendido entre el 02 de agosto y el 30 de noviembre del 2012, a favor del Banco de La Nación.

3.2. Determinar si procede o no ordenar al Banco de La Nación pague a favor del Consorcio Mapfre el monto de US\$ 231,864.54, más intereses, correspondiente al mayor valor del aseguramiento de la Póliza 3B, debido a que el Banco de La Nación incorporó nuevos bienes y servicios a las coberturas del seguro contratado con el Consorcio Mapfre.

3.2.1. Como consecuencia de lo que se resuelva en el punto 3.2., determinar si procede o no ordenar al Banco de La Nación pague a favor del Consorcio Mapfre vía enriquecimiento sin causa el monto de US\$ 231,864.54, más intereses, correspondiente al mayor valor del aseguramiento de la Póliza 3B, debido a que el Banco de La Nación incorporó nuevos bienes y servicios a las coberturas del seguro contratado con el Consorcio Mapfre.

3.3. Determinar a quién, y en qué proporción, correspondería asumir los gastos arbitrales del presente proceso arbitral".

5.4. En dicha Audiencia el Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reservaba el derecho de analizar y, en su caso, resolver, los puntos

controvertidos no necesariamente en el orden en el que fueron señalados en el Acta. Asimismo, podía omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación. Del mismo modo, los puntos controvertidos podían ser ajustados o reformulados por el Tribunal Arbitral si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia sometida a este arbitraje.

VI. AUDIENCIA DE PRUEBAS Y PERICIA

- 6.1. El 02 de febrero de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas, con la presencia de ambas partes, la cual tenía por finalidad la exhibición de documentos por parte de la demandada, de acuerdo a lo señalado en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 17 de octubre de 2014.
- 6.2. En dicha audiencia, se había determinado que la demandada exhiba los documentos siguientes: **i)** El Informe Técnico N° 92.2628 N° 186 de fecha 13 de diciembre del 2013 del Jefe de la División Servicios al Jefe de la División de Asuntos Judiciales; **ii)** El Memorándum EF-2637-No. 700-2012 suscrito el 31 de julio del 2012 por el Área de Seguros de la División de Servicios; **iii)** El Memorándum 92-2628-No. 488-2012 del 02 de agosto del 2012 suscrito por el Jefe de la División de Abastecimientos; y, **iv)** El Memorándum del 22 de agosto del 2012 suscrito por el Jefe de la División Servicios; lo cual cumplió, dejándose copia de los mismos, los que, luego del cotejo correspondiente, se agregaron al expediente arbitral. Los mismos que mediante la

Resolución N° 17 de fecha 17 de febrero de 2015, fueron admitidos como medios probatorios documentales.

- 6.3. Mediante la Resolución N° 09 de fecha 22 de octubre de 2014, el Tribunal Arbitral de Oficio dispuso la admisión de una Pericia, la cual, conforme a la Resolución N° 15 de fecha 09 de enero de 2015 tenía como objeto: "La elaboración de un estudio de mercado que permita determinar si los montos correspondientes a la Póliza Integral 3B fueron incrementados en relación a los bienes, servicios y/o trabajadores del Banco de La Nación cubiertos por dicha Póliza, respecto a la fecha de la firma del Contrato N° 1726-2010-DA; así también, en caso de verificarse el primer supuesto ¿A cuánto corresponde el incremento de la prima?".
- 6.4. Mediante la Resolución N° 12 de fecha 10 de noviembre de 2014, se designó como Perito a José Martín Portocarrero Laos, para que se encargue de la elaboración de la Pericia admitida de oficio por el Tribunal Arbitral en la Resolución N° 09 de fecha 22 de octubre de 2014.
- 6.5. El 05 de agosto de 2015, el Perito presentó su Informe Pericial, el mismo que fue actuado en la Audiencia de Pruebas de fecha 01 de octubre de 2015, donde el Perito sustentó la Pericia, en presencia de las partes del proceso y el Tribunal Arbitral.

VII. ALEGATOS, INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR

- 7.1. Mediante la Resolución N° 31 de fecha 13 de octubre de 2015, se declaró concluida la etapa de actuación de medios probatorios y se concedió a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus

alegatos escritos; lo cual cumplieron, conforme a lo resuelto en la Resolución N° 32 de fecha 09 de noviembre de 2015.

- 7.2. El 24 de noviembre de 2015, se realizó la Audiencia de Informe Oral, con la presencia de las partes; habiendo informado oralmente sin limitación alguna.
- 7.3. Finalmente, mediante la Resolución N° 34 de fecha 05 de enero de 2016, se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, los cuales podían ser prorrogados a discreción del Tribunal Arbitral.

VIII. CUESTIONES PRELIMINARES

- 8.1. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: i) El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el Contrato, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; ii) Las partes no efectuaron algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación; iii) El demandante presentó sus pretensiones dentro de los plazos establecidos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso; iv) La demandada fue debidamente emplazada y se le dio la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, lo cual realizó, y; v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, informar oralmente.
- 8.2. Estando a que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal Arbitral respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: Necesidad, Originalidad,

Pertinencia y Utilidad de la prueba; los medios probatorios ofrecidos fueron valorados de manera conjunta, utilizando una apreciación razonada.

8.3. El análisis del material probatorio obrante en el expediente y admitido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios llevada a cabo el 17 de octubre de 2014, así como en la Resolución N° 09 de fecha 22 de octubre de 2014 y la Resolución N° 17 de fecha 17 de febrero de 2015, están orientado a esclarecer los puntos controvertidos fijados por la Tribunal Arbitral y en la parte declarativa del presente laudo.

8.4. El Tribunal Arbitral pasará a analizar la procedencia o no de las pretensiones solicitadas por el demandante. Asimismo, es menester del Tribunal Arbitral desarrollar todo lo procedente respecto de los puntos controvertidos del presente proceso arbitral en concordancia con las pretensiones.

Igualmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente Arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas en el presente proceso, así como todos los medios probatorios aportados y actuados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomada en cuenta para su decisión.

8.5 En tal sentido, el Tribunal Arbitral se encuentra en condiciones de expedir el Laudo Arbitral, elaborando el análisis siguiente.

CONSIDERANDOS:

MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

En la Cláusula Primera del Contrato se estableció como Base Legal lo siguiente:

- El Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del estado, en adelante la Ley.
- El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento; y supletoriamente,
- El Código Civil.

Asimismo, en la Décimo Sexta del Contrato se estableció que, "En lo no previsto en este contrato, en la Ley y su Reglamento, serán de aplicación las disposiciones pertinentes del Código Civil y demás normas concordantes".

Como se aprecia, en el Contrato se estableció la normativa aplicable, siendo dichas normas las que permitirán resolver el fondo de la controversia.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.-

Determinar si procede o no ordenar al Banco de la Nación pague a favor del Consorcio Mapfre el monto de US\$ 219,151.42, más intereses, correspondiente al importe de la cobertura provisional del Seguro de Incendio, Todo Riesgo y Líneas Aliadas por el período comprendido entre el 02 de agosto y el 30 de noviembre del 2012, a favor del Banco de la Nación.

1- El demandante reclama que el demandado le pague la cantidad de US\$ 219,151.42 que representa el importe de la cobertura provisional del Seguro de Incendio, Todo Riesgo y Líneas Aliadas, extendida entre el 2 de agosto del 2012 y el 30 de noviembre del 2012.

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consortio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

Manifiesta haber celebrado con el demandado el Contrato No. 1726-2010/DA del 21 de julio del 2010, comprendiendo los años 2010, 2011, 2012 y 2013, entre el 2 de agosto del 2010 al 01 de agosto del 2013, con un monto total de US\$ 7'603,885.46 que debía pagarle el demandado.

Agrega que, en ejecución de este contrato, ha otorgado cobertura de seguros incorporando a la misma a diversos bienes muebles e inmuebles del Banco atendiendo varias peticiones de éste, formuladas por medios tales como mensajes electrónicos tramitados por vía informática, lo que ha originado aumentos en el valor anual de la prima pactada originalmente.

Para sustentar su demanda ha adjuntado diversos medios probatorios tales como y, en la parte legal, la ha fundamentado en la normativa prevista en el texto del aludido Contrato (Ley de Contrataciones del Estado – D.L. No. 1017 y su Reglamento – D.S. No. 184-2008-EF), el Código de Comercio (artículos 379 y 393) aplicable hasta la entrada en vigencia de la Ley No. 29946 (Ley del Contrato de Seguro), Ley No. 26702 (Ley General del Sistema Financiero y el Sistema de Seguros) y el Código Civil.

2- El demandado, aparte de deducir la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, que éste resolverá junto con el laudo, ha manifestado que este arbitraje es de derecho y que, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, las normas que rigen el Contrato y su ejecución son las de derecho público, las cuales prevalecen sobre las de derecho privado que resulten aplicables.

En consecuencia, manifiesta que una entidad pública solo queda vinculada válidamente en los contratos que celebra cuando se siguen los procedimientos establecidos legalmente; y que el demandante no ha acreditado que hubiese cumplido el trámite que es aplicable para la modificación del precio del contrato celebrado con el Banco de la Nación para lo que se requiere una autorización previa de prestaciones adicionales por parte del titular del Banco de

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

la Nación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41° de la Ley, es decir, que, sin una resolución de la Gerencia General previa a la ejecución de las prestaciones alegadas por el Consorcio demandante, por lo que no existe la posibilidad de modificar el monto del contrato y reconocer el pago de un mayor precio.

Señala, también, que el demandante estaría actuando en este proceso en contra de su conducta anterior, porque ya había consentido en que, para sustentar mayores pagos a su favor, era necesaria la aprobación previa de prestaciones adicionales, según se advierte en los anexos de prueba 1-D al 1-G de su contestación de la demanda y la firma de las adendas sobre adicionales en el Anexo 1-H, así como en las diversas cartas del demandante que figuran en el Anexo 1-M.

El demandado rechaza las aseveraciones del demandante en el sentido de que las prestaciones cuestionadas no sean prestaciones adicionales. Asegura el Banco que, el demandante se encuentra incurso en lo que se conoce como conducta discordante que se refiere a la doctrina de los actos propios.

3- El Tribunal considera que, para la resolución de los puntos controvertidos, será necesario precisar si es que, en el caso bajo análisis, existen en exclusiva normas de derecho público o, si es que se dan circunstancias que hagan posible, también, la aplicación de las de derecho privado en conjunto o por separado, siguiendo el orden de prioridad prescrito por los artículos 5 y 52 (tercer párrafo) de la Ley de Contrataciones del Estado.

3.1. La normatividad de las contrataciones estatales se refiere a los contratos en los artículos 35 al 45 de la Ley y en los artículos 137 al 213 del Reglamento. Examinando el Contrato se advierte que en éste se han cumplido todos los requisitos previstos por estas dos normas, consignándose en especial a las cláusulas obligatorias que debe contener.

Como es obvio, no hay en dicha normatividad pública normas expresas sobre el tratamiento a aplicar a cada uno de los contratos nominados o no que están contenidos en leyes especiales como el Código Civil, el Código de Comercio y otras de carácter sectorial, por lo que ellos se regulan por las normas prescritas para cada caso como la compra venta, el arrendamiento, el mutuo, los derechos de garantía (como la hipoteca o la prenda), el seguro y otros.

En todos los contratos del tipo antes referido, que celebre el Estado con terceros, existen normas especiales que tienen que incluirse en su texto y acatarse tales como las cláusulas obligatorias, los consorcios, la sub-contratación, los adelantos económicos, las garantías, las prestaciones adicionales y las reducciones de prestaciones, las ampliaciones de plazo, la culminación de ellas, la resolución, los períodos de prescripción y los de caducidad, el pago, las penalidades y las eventuales sanciones y la solución de conflictos.

3.2. Como conclusión sobre este punto, se define que cada contrato tiene su propia normatividad establecida en sus leyes, condicionada, en ciertos aspectos, por lo dispuesto en la normatividad de las contrataciones realizadas por el Estado en la ejecución de los contratos de adquisición de bienes y suministros y en la prestación de servicios y en la ejecución de obras.

3.3. Interesa, por tanto, en el contexto de esta controversia lo relativo a las prestaciones adicionales de que trata el artículo 41 de la Ley por cuanto, por un lado, el demandante sostiene que, en su relación contractual con el demandado no se han producido prestaciones adicionales sino puramente contractuales; mientras que, por el otro, el demandado sostiene que aquello que pretende cobrar el primero son prestaciones que tienen el carácter de adicional y no se pueden ejecutar si es que, previamente, la Entidad no las haya autorizado siguiendo el trámite prescrito para ello, lo que comprende un requerimiento de la entidad formalizado por su máximo representante y expresado mediante una resolución expresa que, luego, debe volcarse en una adenda al Contrato principal. En tanto ello no ocurra, sostiene la Entidad, las

prestaciones no pueden ejecutarse y, si a pesar de esta prohibición, el contratista las realiza se trata de prestaciones irregulares que la Entidad no está obligada a pagar.

3.4. Por lo expuesto, es menester en este momento analizar el contrato y el artículo 41 de la Ley, que trata de las prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones que se pueden producir durante la ejecución de las prestaciones y contraprestaciones propias de un contrato y constituye la forma reglada para modificar las condiciones esenciales del contrato como son su objeto, su precio y su plazo.

En esta línea de pensamiento hay que recurrir al concepto de prestaciones adicionales y a su definición según lo contemplan el artículo 41 de la Ley, el artículo 174 del Reglamento y el numeral 40 del Anexo de Definiciones de este último.

El referido artículo 41 de la Ley indica que, excepcionalmente, y previa sustentación del área usuaria, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en el caso de bienes y servicios, hasta por el 25% del monto del contrato, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del mismo.

El artículo 174 del Reglamento contiene el mismo concepto, pero añade que, para otorgarse la autorización de ejecutar prestaciones adicionales, es necesario contar con la asignación presupuestal que se requiere para ello y que, previamente a su ejecución, debe emitirse una resolución del Titular de la Entidad; quien, para este fin y según el artículo 5 del Reglamento, es la más alta autoridad ejecutiva de la Entidad, la cual, generalmente, en empresas del Estado, es el Gerente General o el que haga sus veces y no está facultado para delegar esta función.

El artículo 40 del Anexo de Definiciones señala que la prestación adicional de obra es aquella no considerada en el expediente técnico ni en el contrato, cuya

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista en él y da lugar a un presupuesto adicional. Para esta interpretación el concepto del numeral 40 es el mismo para bienes y servicios y obras.

El autor Manuel Spota¹ se refiere a los trabajos previstos diciendo: "**son aquellos sobre los cuales las partes se han pronunciado en el instrumento contractual o que surgen del proyecto (el cual además integra ese instrumento contractual)**".

Para Dromi² los adicionales son aquellos trabajos que no hubiesen sido previstos en el proyecto y en el caso de haber sido previsibles, que no hubiesen podido incluirse en el contrato por circunstancias de hecho o de derecho; y que el importe de los trabajos adicionales deben exceder el límite porcentual acumulativo fijado en la escala legal respecto del costo original".

3.5. Examinaremos ahora de qué modo este concepto de prestaciones adicionales y su acepción contraria, esto es el de prestaciones puramente contractuales, está incorporado o regulado en el Contrato celebrado entre el Banco de la Nación y Mapfre.

El Contrato, de acuerdo al artículo 142 del Reglamento, está conformado por el documento que lo contiene, las bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que se hayan señalado expresamente en el contrato.

Puede verse del Contrato (Anexo de Prueba Nro. 1 de la demanda) que éste tiene por objeto la prestación por el demandante del Seguro de Incendio, Todo Riesgo y Líneas Aliadas, derivándose del Concurso Público No.0002-2010-BN realizado en el año 2010 conforme a las Bases Integradas, redactadas por la Entidad para convocar a los postores interesados. En ellas, según el artículo 13

¹ Instituciones de Derecho Civil – Corporativos, Volumen V, Ediciones de Palma, página 505

² Manual de Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Tomo I, página 265

de la Ley se describe el servicio requerido, debiendo definirse con precisión su calidad y cantidad y su finalidad pública para la que debe ser contratado.

También se formulan por la Entidad en las Bases, las especificaciones técnicas elaboradas por su área usuaria, evaluando en cada caso las alternativas técnicas y las posibilidades que ofrece el mercado para satisfacer el requerimiento.

De esto se deriva, a tenor de los artículos 10 al 18 del Reglamento, el Expediente de Contratación elaborado por la Entidad que contiene las características técnicas de lo que se va a contratar, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, la disponibilidad presupuestal y demás condiciones.

Todos estos hechos y condicionamientos se basan en lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley y el artículo 39 de su Reglamento que prescriben la aprobación de las bases, así redactadas, por el titular de la Entidad o por el delegado correspondiente, conteniendo todos los requisitos antes referidos. El penúltimo párrafo del artículo 26 de la Ley dispone que lo establecido en las Bases, en la Ley y el Reglamento, obliga a los postores y a la Entidad.

Estas Bases, incluidas como Anexo de Prueba No. 5 de la demanda, muestran que la Entidad, en los Términos de Referencia, declaró la cantidad de US\$ 151'773,782.74 00 como valor total de sus bienes. En la página 32, la Entidad solicita cobertura automática para el incremento del costo de reconstrucción y pérdidas de propiedad no dañadas, incluyendo la reconstrucción de propiedades anexas que necesiten ser modificadas como resultado del cumplimiento de leyes, ordenanzas o códigos de construcción. La misma cobertura automática aparece a fs. 35 (numeral 4 de la Sección A) de las Bases para la carga y descarga de cajeros automáticos adicionales o nuevos y, para los locales del Banco y para vehículos, a fs. 44 (de las Clausulas adicionales).

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consortio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

No hay en el contrato específico ninguna disposición distinta o contraria a lo dispuesto en las Bases, por lo que, éstas, como parte integrante de aquél, son de cumplimiento obligatorio y evidencian que el demandado había previsto por anticipado, la posibilidad de incorporar y/o retirar bienes muebles, locales, riesgos y personas para los efectos de estar cubiertos por el seguro otorgado por el demandante.

El Tribunal Arbitral reconoce que el contrato de coberturas automáticas es de naturaleza flotante y para ello recoge la doctrina sentada por el ilustre maestro español, Joaquín Garrigues³.

"Tampoco contradicen el principio de la individualización del riesgo las llamadas Pólizas generales o flotantes en las que se asegura un conjunto unitario de riesgo. Esta especie de Seguro es frecuente que se pacte por quienes necesitan contratar múltiples relaciones aisladas de seguro de la misma especie: ejemplos, el comerciante respecto a las mercancías que remite constantemente de un punto, la empresa de transporte que asume incesantemente mercancías bajo su custodia, el almacén general en el mismo caso, etc. La Póliza general o flotante evita al asegurado los gastos y pérdida de tiempo que supone la contratación directa de seguros idénticos y proporciona al asegurador un cliente fijo durante un largo plazo. En estos casos hay un verdadero contrato de seguro y no un contrato preparatorio. Lo que ocurre es que en la perfección del contrato el interés asegurado solo se determina genéricamente, quedando remitida su especificación para el momento del siniestro (figura Jurídica parecida a la de la compra de especificación) En cambio la determinación del riesgo se hace desde el principio mediante una limitación temporal y especial".

3.6. En ejecución de las prestaciones y contraprestaciones del Contrato se observa que en éste se hallaba previsto el derecho de solicitar que el seguro se

³ Curso de Derecho Mercantil – Editorial Temis, Página 301 – Tomo IV

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

extendiese en forma automática, al simple pedido del Banco, a los bienes muebles e inmuebles señalados por el demandado.

En consecuencia, estando prevista en el Contrato estas prestaciones del demandante a favor del demandado, no hay ninguna posibilidad de considerarlas como prestaciones adicionales de acuerdo al artículo 41 de la Ley, porque, para que este carácter de prestación adicional se configure, es preciso que no hubiesen estado previstas en las bases y/o en el contrato y esto se da, justamente, porque ese artículo 41 de la Ley, el artículo 174 de su Reglamento y el numeral 40 del Diccionario del Anexo, señalan contrarius sensus que no son adicionales las prestaciones consideradas o estipuladas en el contrato, lo que concuerda con lo que ha manifestado la doctrina al respecto y en la Resolución Suprema No.2391-2013 emitida por la Corte Suprema el día 22.11.2013, que es el anexo de prueba Nro. 2 del escrito de la demandante del 23 de setiembre del 2014, en la cual refiere "(...) es decir, se constituye la prestación adicional, porque nunca fue contemplado en el contrato ni en el expediente técnico".

Bajo esta perspectiva, en el Anexo de Prueba Nro. 6 se encuentra la Póliza de Incendio, Todo Riesgo y Líneas Aliadas, según la cual las partes habían pactado, en la Cláusula 05, un procedimiento para dar curso al aseguramiento automático de los bienes del demandado, conforme a la exigencia de los términos de referencia, obligándose ésta, cada trimestre, a informar al demandante, por escrito, el valor total de las adquisiciones, construcciones e instalaciones realizadas durante ese periodo, calculado a partir de la fecha de la póliza, dentro de los 30 días siguientes al vencimiento de cada trimestre para que continúe con el procedimiento orientado a reajustar las primas devengadas.

Esta cláusula, según el demandante, al recibir cada declaración trimestral, permitiría cobrar las primas adicionales correspondientes calculadas a prorrata temporis, por el periodo contado desde el inicio de la cobertura automática hasta el vencimiento de la póliza, en cuya fecha se practicará una liquidación definitiva de la prima provisional en depósito.

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

Precisamente, en aplicación de esta Cláusula 05 de las Pólizas se observa que el demandado, con su carta EF-92-2635- N°100-2012 del 15.05.12 que figura como Anexo Nro. 8 de la demanda, remitió una liquidación al demandante informándole que el valor de sus bienes se había incrementado de US\$ 151'625,979.73 a US\$ 231'124,979.30.

Y, en conexión con el hecho a que se refiere al Anexo de Prueba 8, el demandante ha adjuntado los Anexos de Prueba Nros. 9 y 10, en los cuales se advierte que el Jefe de la División de Servicios del Banco pide al Sub-Gerente Jefe de División de Abastecimiento del mismo, que se elabore una adenda para expresar el nuevo monto de los valores. Se trata del memorándum EF/92-2637 N° 598-2012 cursado el 25 de julio del 2012 entre los nombrados funcionarios cuyo texto se reproduce a continuación:

"Me dirijo usted para hacer de su conocimiento que con fecha 21 de julio de 2010 el Banco de la Nación suscribió con el Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros- Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros (en adelante Mapfre) el Contrato N° 1726-2010-DA cuya finalidad fue la prestación del servicio de Programa de Seguros Integral Bancario.

Al respecto el monto total del servicio asciende a \$ 7,603,885.46 (siete millones seiscientos tres mil ochocientos ochenta y cinco y 46/100 Dólares Americanos) a todo costo, incluido IGV. El contrato está conformado por las bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

De acuerdo al slip técnico o términos de referencia, el Banco declaró para la Póliza de Incendio Todo Riesgo y Líneas Aliadas valores declarados que hacen un total de \$151,7733,782.74. Dichos valores declarados fueron calculados al 31.12.2009, para el Concurso Público N° 0002-2010-BN.

Según la cláusula 005 Cobertura Automática para Nuevas Adquisiciones, que forma parte de la Póliza citada en el párrafo precedente, el Banco debe

declarar a la Aseguradora, por escrito, el valor total y fecha de cada una de las adquisiciones, construcciones o instalaciones efectuadas durante cada periodo trimestral calculado a partir de la fecha de iniciación de la póliza.

Mediante Carta EF/92.2637 N° 100-2012 de fecha 15.05.2012 comunicamos a Mapfre los nuevos valores declarados que incluyen edificios, obras civiles y contenido, por un total de \$266,438,571.86.

Según la Carta PE01-0345912 de fecha 23.07.2012, Mapfre nos ha comunicado que el incremento de \$114,664,789.86 en valor declarado genera una prima neta total de \$657,454.27 (incluido derecho de emisión del 0.3% e IGV del 18%), montos que fueron confirmados por nuestros Asesores Mariátegui JLT Corredores de Seguros S. A.

Por lo expuesto, solicitamos la elaboración de la adenda a fin de ampliar los valores declarados por la Póliza de Incendio Todo Riesgo y Líneas Aliadas por \$1,314,908.57, correspondiente a los periodos (02.08.2011-01.08.2012 y 02.08.2012-01.08.2013) para cumplir con lo señalado en la cláusula de Cobertura Automática para nuevas Adquisiciones y para que el Banco cuente con las coberturas para todos los edificios y contenido de las oficinas a nivel nacional".

Sin embargo, esa adenda no llegó a concretarse como está acreditado con los correos electrónicos del 30 de julio del 2012 dirigido por el Banco al demandante, manifestándole que la misma estaba en proceso de elaboración; y a su vez, el demandante contesta que ha tomado nota de los nuevos valores de la póliza (Anexo de Prueba Nro. 10).

El demandante ha probado, con los Anexos de Prueba Nros. 11 y 12 que cumplió con otorgar el seguro provisional con su correo del 30 de julio del 2012, remitiéndole al Banco la llamada cobertura provisional N° 840/12 a partir del 2 de agosto del 2012; satisfaciendo los pedidos del demandado; cobertura que se amplió también por pedido del demandado, hasta el 30 de noviembre del 2012 (Anexo de Prueba Nro 13).

La secuencia de estos hechos, acreditados documentalmente, indican que la adenda que debió celebrarse según los términos del contrato, cuya tramitación se inició con el Memorándum contenido en el Anexo de prueba Nro. 10, no se llegó a redactar ni a suscribir en la forma en que correspondía.

Por parte, del demandante se aprecia que éste dio cumplimiento a sus obligaciones contractuales a cabalidad como está demostrado en los Anexos de Prueba Nros. 12 y 13.

El demandante cumplió con informar y pagar a los reaseguradores las mayores primas de reaseguro a consecuencia de los nuevos y mayores valores; asimismo, a pedido expreso del demandado, cubrió y pagó indemnizaciones por siniestros ocurridos durante el periodo de la ampliación de la póliza comprendido entre el 2 de agosto y 30 de noviembre del 2012, y aun posteriormente. Todo esto indica que el Banco conocía la existencia de las coberturas y obtenía el beneficio correspondiente, como se observa en los Convenios de Ajuste que se adjuntan en el Anexo de prueba Nro. 23, siendo de especial relevancia la atención de los casos ocurridos antes del 30 de noviembre del 2012 que es el período objeto de la reclamación del Asegurador.

El demandante ha manifestado que, por la demora del demandado en remitir la adenda en referencia, le hizo llegar las cartas C- 1036-12 del 5 de octubre del 2012, con la que manifestaba el motivo del incremento de la prima y hace mención a los correos electrónicos intercambiados y reitera que el Banco ha tenido el seguro entre el 2 de agosto del 2012 (Anexo de Prueba Nro. 14).

El Banco rechazó el contenido de esta carta con la carta EF-92-2628- 626-212 del 9 de octubre del 2012, manifestando que no se habían sustentado los incrementos reclamados (Anexo de Prueba N° 14).

3.7. En los Anexos de Prueba Nros. 16 y 17, aparecen cartas del demandante asistiendo en sus reclamos.

Es muy importante para este Colegiado detenerse en el examen de la correspondencia remitida por el demandado a la aseguradora, la que está constituida por las siguientes cartas que se insertan en los Anexos de Prueba Nros. 19, 20 y 21 de la demanda.

La primera carta es la EF 92-2600-No.413-2012 del 11 de diciembre del 2012, sobre la Póliza de Incendio y Líneas Aliadas y en ella el Banco señala que la pretensión del demandante no es consecuencia de una obligación válidamente contraída por él y que la única válida es la Adenda de Prestaciones Adicionales que rige desde el 01.12.2012 al 01.08.13; y que el pago por el periodo 02.08.12 al 30.11.12 carece de título válido en el marco de la normativa de contratación estatal que haga viable el desembolso de una retribución proveniente de fondos públicos. Esta carta está acompañada del Memorandum No. EF 92-2740- No 109-2012 del Jefe de Asesoría en Contratación Estatal del Departamento de Asesoría Jurídica del Banco.

3.8. En el Anexo 20 figura la carta PEO1-0345912 del 25 de julio del 2012 del Corredor de Seguros del Banco, señores Mariátegui Consultores, quien da su conformidad al cálculo emitido por el demandante sobre el valor declarado de la Póliza Multiriesgo, por los años 2011 y 2012, por un incremento de US\$ 114,667,789.86, con una prima de US\$ 657,454.47, pero, sugiere, que se trataría de representarlo como una prestación adicional.

3.9. En el Anexo 21, figura la carta EF/92.2628 No 693-2012 del 12.11.12 por la que el demandado le manifiesta al asegurador que, con el propósito de tener asegurados los nuevos bienes adquiridos por la Entidad a través de la Póliza Línea Aliadas e Incendio, le solicita documentación para suscribir una adenda de Prestaciones Adicionales hasta por el 6.4847 % del monto del Contrato No. 1726-2010-DA, según lo establecido en el artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El demandante, según su carta CI-1173-12 del 20 de noviembre del 2012, que se encuentra en el Anexo 22 de la demanda, con el cual reitera sus reclamaciones, le hace presente al Banco que su criterio sobre el carácter de adicional de las prestaciones realizado es erróneo, toda vez que no son tales y solicita al demandado reconsidere la decisión del Banco a que se refieren las cartas antes mencionadas.

El mismo demandante, en su carta No CI-1173-12 del 20 de noviembre del 2012, reitera que los incrementos de valores de la póliza mencionada, no son prestaciones adicionales pero indica que para terminar las discusiones está dispuesto a suscribir la adenda propuesta por el Banco. Es así como el 30 de noviembre del 2012 se suscribió la adenda para incorporar los nuevos bienes del Banco, aumentando el monto del contrato en US\$ 438,302.847 por el periodo del 30 de noviembre del 2012 al 1 de agosto del 2013, lo que comprende 9 meses.

3.10. El Banco demandado afirma que el demandante ha reconocido por el hecho de haber suscrito la adenda del 30 de noviembre del 2012 y por la suscripción de adendas sobre prestaciones adicionales por el demandante con otra Entidades del Estado en contratos de seguros, que son casos iguales al que es materia de esta controversia (documentos presentados en el Anexo 1C de la Contestación de la demanda).

El Tribunal ya ha determinado que las prestaciones efectuadas por el demandante son de naturaleza contractual y que, incluso, de las prueba glosadas en los puntos anteriores, el propio Banco inició el 15 de mayo del 2012, el trámite correcto y regular previsto en las Bases y en la Cláusula 05 de las pólizas para reconocer y pagar el mayor valor de las nuevas adquisiciones por medio de una adenda la que no llegó a suscribirse y, finalmente, se distorsionó al surgir en el Banco la tesis de la necesidad de una adenda de prestaciones adicionales en concordancia con el artículo 174 del Reglamento.

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

En lo que se refiere a las adendas sobre pago de prestaciones adicionales suscritas por el demandante y que demostrarían que el demandante ha aceptado en otros casos iguales el criterio de que sus prestaciones son adicionales, el Colegiado ha revisado el anexo 1C de la Contestación de la demanda.

Éstas son las adendas aprobadas por Resolución del Secretario General del Ministerio de Cultura, No 029-20122-SG MC; Resolución Directoral N° 399-2013-PRODUCE/OGA por el Director General de la Oficina General de Administración del Ministerio de Producción, el 06.09.13; la vinculada al Contrato No.095-2010-MTC -celebrado entre PROVIAS y Mapfre Consorciado con la Compañía de Seguros La Positiva del 06.04.10; la adenda 01 al Contrato 095-2010 MTC celebrado por PROVIAS con Mapfre, consorciada con la Compañía de Seguros La Positiva, el 23.05.11; la Resolución Directoral No. 818-2013-MEM-OGA emitida por el Director General de la Oficina General de Administración del Ministerio de Energía y Minas, del 27.11.13; por la Resolución Directoral No. 551-2011-MTC del Director Ejecutivo de PROVIAS; por la Resolución Directoral No. 569-2013-MTC/20 del 04.07.13 del Director Ejecutivo de PROVIAS; por la Resolución N° 101-2013-MTC/24 del 04.10.13 suscrita por el Secretario Técnico del Fondo de Inversión de Telecomunicaciones; Resolución Jefatural N° 34-2013-MINEDU-VMGI-OBEC-PRONABEC-OSA del 06.08.12 suscrita por la Administradora del PRONABEC; Resolución de Gerencia Municipal N° 1914-2012-MPT/GM del 30.10.12 del Gerente Municipal de la Municipalidad de Trujillo; la Resolución Directoral N° 561-2014-MTC/21 del 09.06.12 del Director Ejecutivo de PROVIAS Descentralizado, la Resolución de Gerencia Municipal N° 1414-2012-MPT/GM del 10.08.12 de la Municipalidad de Trujillo; la Resolución Directoral N° 068-2011-MTC/33 del 11.08.11 del Director Ejecutivo de la AATE y la Resolución N 195-2014-INVERMET-SGP del 06.08.14 del Secretario General Permanente de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

De esta revisión surge la convicción de que los documentos antes mencionados se refieren a prestaciones adicionales auténticas, dado que se trataban de prestaciones no previstas en los contratos respectivos y que han sido solicitados expresamente por las Entidades, en consideración a que se trataba de circunstancias excepcionales que se originaban en la necesidad de alcanzar y culminar la finalidad de aquellas al amparo del artículo 41 de la Ley; situaciones que son totalmente distintas a las del caso de autos que se vinculan con coberturas automáticas previstas desde el mismo momento en que se convocó al Concurso, según las Bases del mismo, que contemplaba la suscripción de un contrato con ese tipo de prestaciones y coberturas automáticas.

De otro lado, la posición del demandante respecto a sus reclamaciones ha estado representada sustancialmente en el hecho de que se cumpla el contrato en todos sus términos; y, en lo que respecta a las coberturas automáticas, ha acatado la obligación que le correspondía, otorgando el seguro a las nuevas adquisiciones del Banco y ha pagado indemnizaciones por siniestros ocurridos en la época en cuestionamiento, a pedido del propio Banco por lo que el hecho de suscribir la adenda del 30.11.12, bajo reserva, está acreditada tanto por el medio probatorio del Anexo de Prueba Nro. 22 de la demanda, donde se halla su carta 1173-12 del 20 de noviembre del 2012, como por los medios probatorios 1-I, 1-L, 1-M, 1-N, 1-O y 1-Q de la Contestación de la demanda en los que aparecen comunicaciones del demandante y respuestas del demandado que denotan las posiciones encontradas de las dos partes sobre la materia controvertida.

En el sentido indicado, y bajo la hipótesis de que el demandado no reconozca como válidas las prestaciones efectuadas por el Asegurador dentro del marco del Contrato, durante el periodo comprendido entre el 1 de agosto y el 30 de noviembre del 2012, traería como corolario el hecho de que tuvo sus bienes sin seguro durante todo ese tiempo incumpliendo lo previsto en la Ley No. 29151 (Ley de General del Sistema Nacional de Bienes Estatales) y su Reglamento (Decreto

Supremo No. 007-2008-VIVIENDA) según los cuales las Entidades del Estado tienen la obligación de tener asegurados sus bienes en todo momento.

Pero esta hipótesis no se ha dado porque el seguro realmente existió y el Banco solicitó, como está probado, la cobertura de dichos bienes y de su personal, así como de las nuevas adquisiciones y aumentos del número de sus trabajadores y, asimismo, el asegurador otorgó las coberturas del caso; todo ello dentro del marco de las Bases, del Contrato y de las Pólizas del Seguro.

Por tanto, el demandado se halla en la obligación de pagar al Asegurador la cantidad de US\$ 219,151.42, más sus intereses legales, por la cobertura otorgada en la Póliza de Incendio, Todo Riesgo y Líneas Aliadas sobre sus nuevas adquisiciones y mayores valores asegurados durante el período comprendido entre el 2 de agosto y el 30 de noviembre del 2012, debido que se trata de prestaciones efectivamente ejecutadas por la parte demandante, dentro del marco del contrato, tal y como ha sido expuesto en párrafos anteriores.

Esto tiene el amparo en las disposiciones que han sido mencionadas en párrafos precedentes y en lo dispuesto por los artículos 1361 y 1362 del Código Civil: "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"

"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes."

Igualmente, corresponde el pago de los intereses reclamados por el demandante conforme el Artículo 1242 del Código Civil referidos a los intereses compensatorios y moratorios; y, en aplicación de los artículos 48 de la Ley⁴ y el

4 Artículo 48°.- Intereses y penalidades

En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

artículo 181 del Reglamento⁵, el interés que se debería aplicar sería el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Por otro lado, de acuerdo al artículo 1324 del Código Civil⁶, las obligaciones dinerarias devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva desde la constitución en mora del deudor.

En tal sentido, la demandada deberá pagar intereses sobre el monto ordenado en la parte resolutive del laudo, desde la fecha en que fue constituido en mora.

Para tal efecto, es de aplicación a éste caso lo establecido en el artículo 1334 del Código Civil⁷, según el cual, en las obligaciones de dar suma de dinero que requieran de determinación jurisdiccional hay mora a partir de la citación con la demanda. Dado que el pago de intereses requiere de determinación por el Juez o Tribunal Arbitral correspondiente, devenga interés desde la citación con la demanda.

Tratándose éste de un procedimiento arbitral, no existe propiamente una citación con la demanda. Sin embargo, cuando el Código Civil hace referencia a la citación con la demanda, quiere referirse al momento a partir del cual una de las partes toma conocimiento que la otra le está requiriendo formalmente para que cumpla su obligación.

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.

⁵ Artículo 181°.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos. En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

⁶ Artículo 1324°.- Incumplimiento en las obligaciones de dar suma de dinero

Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

⁷ Artículo 1334°.- Mora en obligaciones de dar suma de dinero

En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.

En opinión del Tribunal Arbitral, en un procedimiento arbitral, esta situación debería darse cuando se emplaza a la otra parte haciendo uso del convenio arbitral, con las pretensiones que serán sometidas a arbitraje, debiendo operar la constitución en mora desde esa fecha.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera necesario, para que se devenguen intereses, entendido el concepto de interés como un rédito de un capital, determinar el capital que los produce y desde cuándo el deudor podía honrar su obligación. En este caso, se cumplió cuando el demandante solicitó el inicio del arbitraje; por lo que corresponde reconocer intereses moratorios a partir de esta fecha, aplicando, a falta de pacto, y conforme a la norma, la tasa de interés legal.

Por ello, corresponde ordenar al pago de intereses legales a partir de la fecha en la cual se notifica a la demandada la intención de someter la presente controversia a arbitraje hasta la fecha real de pago, sobre el capital de US\$ 219,151.42 mencionado anteriormente.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.-

Determinar si procede o no ordenar al Banco de la Nación pague a favor del Consorcio Mapfre el monto de US \$ 231,864.54, más intereses, correspondiente al mayor valor del aseguramiento de la Póliza 3B, debido a que el Banco de la Nación incorporó nuevos bienes y servicios a las coberturas del seguro contratado con el Consorcio Mapfre.

1-El demandante sostiene que, como parte del contrato N° 1726, ha otorgado cobertura a favor del Banco del servicio de seguro, mediante la Póliza respectiva denominada 3B que cubre Deshonestidad Bancaria, Responsabilidad Civil de Directores y Ejecutivos, Robo y/o Asalto y Asistencia Médica.

Este seguro, afirma el demandante, se regula por las Bases, el texto del contrato y la Póliza respectiva en cuanto a la forma de realizar las prestaciones y

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

contraprestaciones derivadas de su ejecución, incluyendo las coberturas automáticas de nuevas adquisiciones.

Indica que en el Anexo de Prueba Nro. 24 de la demanda corre la Póliza mencionada con el N° 20628, del 4 de agosto del 2010 en la cual se evidencia su calidad de póliza flotante porque permite incluir o excluir nuevos bienes y funcionarios y trabajadores del Banco los que, automáticamente quedan amparados por el Seguro. Señala que el costo de la Prima por los tres años del contrato era de US \$ 2'496,350.37, correspondiendo US \$ 832,116.79, sin IGV, a cada año en atención a los valores declarados al 4 de agosto del 2010.

Dice que estos valores se incrementaron y que esto originó que la prima del seguro se elevase a US \$ 1'000,121.17 (con IGV) a US \$ 1'223,581.33 debido a que, al año 2012, el Banco había aumentado sustancialmente sus bienes como locales, cajeros, autoservicios, dinero y valores, así como el número de sus trabajadores.

El demandado asevera que, sin perjuicio de lo sostenido sobre el carácter de prestaciones adicionales de las reclamaciones del demandante, pide que esta segunda pretensión del demandante sea desestimada por cuanto el Consorcio demandante no cumplió, en su oportunidad, con sustentar los supuestos montos del mayor valor del aseguramiento, a pesar de haberlo requerido mediante los documentos que cita y que han acompañado como parte de los anexos 1-N, 1-O y 1-P de la contestación de la demanda. Y más aún, agrega, el demandante, en la carta C.I 1173 del 20 de noviembre del 2012 aceptó esta falta de sustento al consentir "que se realice un estudio de mercado que se encargue a una tercera entidad o una pericia técnica".

2-La Póliza Integral Bancaria, con vigencia tri-anual, entre el 2 de agosto del 2010 y el 1 de Agosto del 2013, está contenida en el Anexo de Prueba Nro 3 de la demanda. En la página Nro 51 incluido en este anexo, se declara que la Póliza incluye la cobertura para cajeros automáticos, aplicada a todo cajero

automático del asegurado, incluyendo cajeros automáticos autónomos; y que la cobertura incluye la carga y la descarga de los cajeros automáticos ubicados físicamente dentro de los locales del asegurado y que asimismo, queda entendido y acordado que se otorga cobertura automática a cajeros automáticos adicionales/nuevos que sean incorporados durante la vigencia de la Póliza (numeral 4 de la Sección A).

Lo mismo se establece en la página 61, respecto a los locales adicionales del asegurado, los cuales quedan automáticamente amparados; a las oficinas y sistemas informáticos (página 79 – Condiciones, numeral 1).

Estas Cláusulas guardan congruencia con lo solicitado en las Bases del concurso, que forman parte del Contrato.

En consideración a lo expuesto, el demandante ha reclamado que el Banco debe pagarle la cantidad de US \$ 231,864.54 más intereses por el incremento del valor de los bienes y la cobertura de nuevas adquisiciones y nuevos trabajadores incluidos en la referida Póliza Integral Bancaria.

De lo expuesto se concluye que las prestaciones derivadas de esta Póliza son de carácter contractual y no tienen carácter de adicionales reguladas por el artículo 41 de la Ley y el artículo 174 de su Reglamento. Son distintas y diferentes, conforme a lo ya manifestado en la primera pretensión, en cuanto a la naturaleza de las prestaciones adicionales.

Conforme a los medios probatorios ya analizados con ocasión del examen de la pretensión a que se refiere el punto controvertido Nro. 3.1, está acreditado que el Banco, con su carta EF 92-26-2635 N°00-2012 de 15 de mayo del 2012, informó al demandante que los nuevos valores de los bienes asegurados, como edificaciones y muebles contenidos en sus oficinas y agencias a nivel nacional habían subido de los U\$ 151'625,979.73 a U\$ 231'124,979.30, solicitándole que informe al Reasegurador para los efectos de la modificaciones de las primas (Anexo de Prueba Nro.8).

Con la Carta C.1.1036-12 del 5 de octubre del 2012 (Anexo de Prueba Nro.14) el demandante se dirige al Banco emplazado haciendo presente que había

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

otorgado cobertura a todos sus bienes incluyendo sus nuevos locales y sus contenidos, cajeros automáticos y otros bienes. Le manifiesta su preocupación por no haberse preparado todavía la Adenda solicitando que se considere la prima por el periodo de 2 de agosto al 30 de setiembre del 2012.

Sobre esta pretensión del demandante el Banco le dirigió la Carta EF-92-2628-694-2012 del 12 de noviembre del 2012, en cuyo párrafo B) indicó no estar de acuerdo en la sustentación del asegurador en relación con el incremento de la prima de la Póliza Integral 3B, Deshonestidad, robo y/o asalto por lo que, para dilucidar este asunto, se realizará un estudio de mercado para determinar el valor real de la prima.

El demandante, con su carta 1173-12 del 20 de noviembre del 2012 aceptó que se realizase el Estudio o la Pericia propuesta por el Banco y le pidió una reunión de coordinación para llevarlas adelante (anexo de Prueba Nro.34 de la Demanda). El Banco no dio respuesta a esta comunicación, no habiéndose acreditado que se hubiese hecho alguna gestión de su parte en esta dirección.

También está probado según el anexo de Prueba Nro 25 del escrito de demanda, que el 10 de setiembre del 2012, el Consorcio Mapfre emitió el Suplemento de Actualización del Seguro según los nuevos valores declarados al 1 de agosto del 2012, ajustando la prima anual a US \$ 1'223,581.33. El demandado aceptó este endoso con su Carta EF/92-2637 N° 497-2012 del 22 de octubre del 2012 que aparece en el Anexo de Prueba de la demanda signado como Nro 26.

Todos estos hechos materiales han sido examinados y valorados por el Tribunal adjudicándoles el mérito probatorio que les corresponde, aunados al reconocimiento de la realidad de las prestaciones contractuales realizadas por el demandante y recibidas por el demandado, como se demuestra en el Informe Técnico emitido para el Dr. Héctor Rodríguez Mundaca el 13.12.13 por el jefe de la División de Servicios del Banco.

Así las cosas, el Banco reconoce haber recibido las prestaciones y coberturas del demandante durante el periodo del 2 de agosto al 30 de noviembre del 2012 y haberlos activado de un modo que, sin embargo, no considera regular, por

cuanto, según su tesis, el pago debió tramitarse como prestaciones adicionales y en consecuencia, las declara no viables; afirmación ésta que el Tribunal no considera válida.

Consecuentemente, este Contrato debe ser cumplido según sus Bases, su texto y el principio de la buena fe. En este sentido cabe mencionar lo expresado por el autor Joaquín Garrigues, ya citado.

"La exigencia de la buena fe lleva en el Contrato de Seguro a consecuencias extremas, desconocidas en los demás contratos. En tal sentido si dice que el seguro es uberrimae fidei contractus Esta nota peculiar se manifiesta no solo en la ejecución del contrato sino en el momento anterior al contrato. Esto es justamente lo típico en el contrato de seguro. Ya hemos dicho que la Entidad aseguradora debe escrupulosamente cumplir con el principio de la buena fe pero la característica es que la buena fe opera de modo especial respecto del contrato del seguro (tomador en el momento en que éste todavía no lo es. Se trata de un deber pre-contractual a cargo del tomador del seguro consistente en declarar exactamente todas las circunstancias que pueden influir en la apreciación de los riesgos cuyas circunstancias el asegurador va a asumir. Es el principio de la buena fe".

Teniendo en cuenta lo expresado positivamente por las partes sobre la posibilidad de ejecutar una pericia técnica para determinar el valor del incremento de la prima, a consecuencia de las coberturas automáticas otorgadas por el demandante, el Tribunal dispuso que esa pericia se llevase a cabo y le hizo el encargo al perito Ing. CIP.35722 José Martín Portocarrero Laos.

El objeto de la pericia quedó determinado de la siguiente manera: "La Elaboración de un estudio de mercado que permita determinar si los montos correspondientes a la Póliza Integral 3B fueron incrementados en relación a los bienes, servicios y/o trabajadores del Banco de La Nación cubiertos por dicha Póliza, respecto a la fecha de la firma del contrato N° 1726-2010-DA; así también

en caso de verificarse el primer supuesto ¿A cuánto corresponde el incremento de la Prima?".

El Perito emitió su Dictamen Final el 4 de agosto del 2015, informando que el valor de la Prima de la Póliza Integral 3B, acorde con el incremento del valor declarado, era de US \$ 1'026,666.66 en lugar del valor original de US \$ 832,116.79, por lo que el reajuste de la prima por US \$ 194,549.87, siendo esta la cantidad que corresponde que el Banco pague al demandante y no la suma peticionada por éste.

En una parte del Análisis, el Perito indicó: " Se ha efectuado un estudio comparativo tomando como base los Concursos Públicos convocados para la Contratación de Póliza Integral de Seguro de algunas entidades del sector público en el periodo 2010 al 2012 y que nos permite determinar los índices promedio de las Primas que se han venido pagando en función de los Valores Declarados de los bienes sujetos a aseguramiento, tanto para las Pólizas Contra incendio y Líneas Aliadas como para la Póliza Integral 3B."

Las Conclusiones del Dictamen fueron las siguientes:

"El perito después de efectuar el estudio y análisis de la documentación sustentatoria proporcionada por el asegurado Banco de la Nación y el asegurador Consorcio Mapfre Perú Seguros y Reaseguros y las premisas establecidas para la presente pericia ; establece las siguientes conclusiones respecto al peritaje solicitado por el Tribunal Arbitral:

10.1 Los montos incrementados con relación a los bienes, servicios y/o trabajadores del asegurado Banco de La Nación, corresponden al aumento del Valor Declarado de la Póliza Integral 3B a la fecha 31 de Julio del 2012.

Como consecuencia del aumento del Valor Declarado de la Póliza Integral 3B con respecto al Valor Declarado Original según Contrato N°1726-2010-DA, se ha

producido un aumento del costo de la Prima neta correspondiente a la última anualidad (periodo 01 de agosto del 2012 al 01 de agosto del 2013).

10.2 El Valor de la Prima neta total de la Póliza Integral 3B, correspondiente a la última anualidad del periodo 01 de Agosto del 2012 al 01 de agosto del 2013, según la documentación analizada por el perito, haciendo la suma de US\$ 1'026, 666.66.

10.3 En el cuadro número 6 se presenta el cálculo del incremento de la Prima neta total de la Póliza Integral 3B para la última anualidad y que es el resultado de deducir de la Prima neta total establecida para dicho periodo el monto de la tercera anualidad correspondiente a la prima neta original según contrato de la Póliza Integral 3B y que asciende la suma de US\$ 194,549.87 (Ciento Noventa y Cuatro Mil Quinientos Cuarenta y Nueve y 87/100 Dólares Americanos)."

En ese orden de cosas y sin que los comentarios que las partes puedan alterar en esencia lo dictaminado, el Tribunal considera que es procedente aprobar este informe pericial. Por cuanto le merece convicción y, en consecuencia, declara fundada en parte esta pretensión y dispone que el demandado le pague al demandante la suma de US \$ 194'549.87, más los intereses legales, los cuales de acuerdo a lo desarrollado anteriormente, corresponde ordenar el pago de intereses legales a partir de la fecha en la cual se notifica a la demandada la intención de someter la presente controversia a arbitraje hasta la fecha real de pago, sobre el capital de US \$ 194'549.87.

Sobre la pretensiones contempladas en el Acta de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de medios probatorios, numerales 3.1.1. y 3.2.1. de los puntos controvertidos (enriquecimiento sin causa). Sobre la Excepción de Incompetencia deducida por el Banco de la Nación.

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

En esta etapa y en atención a la facultad que tiene el Tribunal para resolver en el orden que considere más adecuado las cuestiones controvertidas, se hace oportuno dilucidar lo relativo a la Excepción de Incompetencia deducida por el Banco de la Nación, lo cual está vinculado con las pretensiones de la parte demandante relacionadas con el enriquecimiento sin causa.

Manifiesta el Banco que la propia demandante ha señalado de manera esquivada que su solicitud de pago se sustenta en el concepto de "enriquecimiento sin causa", basándose en el artículo 1954 del Código Civil y que le ha dado el carácter de pretensión subordinada.

Dice que la demandante reconoce que: a) la normativa aplicable al caso es la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y b) las opiniones del OSCE referidas al enriquecimiento sin causa, son vinculantes. En consecuencia, si las prestaciones del demandante para el Banco se han realizado al margen de los términos y condiciones del contrato, esto es de modo irregular, su pago debe reclamarse ante el Poder Judicial.

Afirma que, en concordancia con la Ley y las Opiniones del OSCE, el precio pactado en el Contrato se puede modificar excepcionalmente, independientemente del sistema de contratación, como consecuencia de la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales, lo que requiere de sustentación por el área usuaria y, antes de su ejecución, de la aprobación previa del titular de la Entidad, lo que nunca se produjo, por lo que no es viable efectuar pago alguno con fondos públicos. En consecuencia, las prestaciones realizadas por el demandante son irregulares y solo se podrían amparar eventualmente por la acción de enriquecimiento indebido, lo que de acuerdo a las opiniones vinculantes del OSCE y la Jurisprudencia solo se puede tramitar ante el Poder Judicial y no ante la jurisdicción arbitral que, en consecuencia, este Tribunal no tiene competencia para tramitar esta demanda.

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

Sobre ese particular, es de destacar que el artículo 1954 del Código Civil indica que: "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

Los elementos que tipifican el enriquecimiento sin causa son: a) una ventaja para una de las partes; b) un detrimento patrimonial correlativo de la otra y c) la falta de justificación, siendo la consecuencia legal: la indemnización según lo indicado en el artículo 1954.

Es de considerar también que el enriquecimiento sin causa tiene una aplicación subsidiaria, esto es, no resulta procedente cuando el empobrecido pueda ejercitar otra pretensión tal y como lo tiene establecido el artículo 1955 del Código Civil: "La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización", razón por la cual se debe determinar si en el presente caso se puede configurar o no dicha situación.

A este respecto, es de tener en cuenta la Casación N° 215-2005 Lima, publicada en El Diario Oficial El Peruano el 1 de agosto del 2006, en cuyo punto sétimo de la parte considerativa señaló: "Que el término "otra acción" a que se refiere el artículo 1955 del Código Civil tiene que entenderse como aquella que provenga de una relación contractual, u otro vínculo que genere alguna obligación, y no a cualquier otra acción, como en la indemnización, pues esta se reserva para reparar daños ocasionados por incumplimiento de obligaciones, que como se ha establecido no existen, o por daño proveniente de actos tipificados en normas precisas del Código Civil, incluyendo delitos, pues de otro modo el ejercicio de tal acción resultaría ilusoria. Así se ha establecido, en la jurisprudencia francesa, por sentencia de la corte de casación, citada por Josserand."

Habiéndose planteado las pretensiones sobre esta materia de manera subordinada, implica que guarda congruencia con el carácter residual de la acción referida, por cuanto sólo sería materia de examen si es que la pretensión principal fuese desestimada por el Tribunal.

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

Por otra parte, en la cláusula décimo séptima del contrato, se establece en cuanto a la solución de controversias que cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual, dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos que allí se enuncian.

En esa línea de pensamiento, aparece que ha sido voluntad de las partes que todas las controversias que se originan durante la ejecución del contrato se resuelvan mediante arbitraje y el enriquecimiento sin causa, que se peticiona en forma subordinada, tiene una base que deriva del contrato celebrado entre las partes, no existiendo duda que la controversia ha surgido estando en vigencia el mencionado contrato.

De igual forma, para resolver esta excepción, es de tener presente la Casación nro. 825-2006 de la Corte Suprema de Justicia de la República. En la parte considerativa se manifestó que el enriquecimiento sin causa si es materia arbitrable, debido a que el artículo 53 de la Ley No. 26850 establece que las controversias derivadas de la ejecución y/o interpretación del contrato se regulan mediante conciliación o arbitraje y estando a que en la cláusula catorce punto uno del Contrato de Obra se preveía que cualquier controversia surgida entre las partes, se solucionaría mediante arbitraje, no se advierte que se haya incurrido en la causal de nulidad contenida en el inciso 7 del artículo 73 y el inciso 4 del artículo 1 de la Ley 26572; que (.....) fluye del laudo arbitral el pronunciamiento de que la pretensión del pago de trabajos en la vía de enriquecimiento indebido sin causa es arbitrable (.....)"

De conformidad con lo dispuesto por el inciso 1ro del artículo 2 de la Ley de Arbitraje pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

En ese sentido, el enriquecimiento sin causa es per se materia arbitrable, al ser de libre disposición e incluso por tener un claro contenido patrimonial, por lo que el Tribunal considera que las pretensiones del pago de determinadas prestaciones

Arbitraje Ad-Hoc:

**Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)**

Tribunal Arbitral:

**Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)**

en la vía de enriquecimiento sin causa es arbitrable, por cuanto integra situaciones que se han llegado a generar durante la ejecución del contrato.

Consecuente con ello, el Tribunal declara infundada la excepción de incompetencia deducida por el Banco contra las pretensiones de enriquecimiento sin causa planteadas por la parte demandante de modo subordinado.

Ahora bien, tal como consta en el expediente arbitral, se han planteado estas acciones de enriquecimiento sin causa como pretensiones con el carácter de subordinadas, es decir, que sólo procederá su análisis si las pretensiones principales consignadas en los numerales 3.1. y 3.2 del Acápito 3 (Determinación de Puntos Controvertidos) del Acta de fecha 17 de octubre del 2014, fuesen desestimadas.

Resulta entonces que, como aparece en los párrafos precedentes, las formuladas como principales en el escrito de demanda han sido estimadas por el Tribunal, por lo que no se ha abordado lo que concierne a estas pretensiones de enriquecimiento sin causa, correspondiendo declarar que carece de objeto emitir un pronunciamiento al respecto.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.-

Determinar a quién le corresponde asumir el pago de los Costos del Proceso.

El artículo 73 de la Ley de Arbitraje prescribe que el Tribunal Arbitral debe pronunciarse en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.

De conformidad con esta disposición y teniendo en cuenta los resultados del proceso y la conducta positiva de las partes, el Tribunal decide que el demandado asuma el pago del 50% de los costos arbitrales totales y el demandante el 50%.

En efecto, si bien el inciso 1 del artículo 73 de la Ley de arbitraje establece que la parte vencida debe asumir los costos del arbitraje, tal como se aprecia en el laudo arbitral, una de las pretensiones de la demandante no ha sido amparada en su totalidad, razón por la cual es procedente hacer de esa forma la regulación de los costos.

LAUDO:

De acuerdo con lo expuesto el Tribunal resuelve las controversias entre las partes en el siguiente sentido:

Primero: Declarar infundada la excepción de incompetencia deducida por la parte demandada.

Segundo: Declarar fundada la pretensión del demandante para que el Banco de la Nación le pague la suma de US\$ 219,151.42, más intereses, correspondiente a la cobertura provisional del Seguro de Incendio, Todo Riesgo y Líneas Aliadas, por el período comprendido entre el 02 de agosto del 2012 y el 30 de noviembre del 2012, a favor del Banco de la Nación.

Tercero: Declarar fundada en parte la pretensión del demandante para que el Banco de la Nación le pague el monto de US \$ 194,549.87, más intereses, correspondiente al mayor valor del aseguramiento de la Póliza 3B debido a que el Banco de la Nación incorporó nuevos bienes y servicios a las coberturas del seguro contratado con el Consorcio Mapfre.

Arbitraje Ad-Hoc:
Consortio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros y
Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros
(Demandante)
Banco de La Nación
(Demandada)

Tribunal Arbitral:
Patricia M. Lora Ríos (Presidente)
Horacio Cánepa Torre (Árbitro)
Mario Linares Jara (Árbitro)

Cuarto: Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la pretensiones subordinadas del demandante (enriquecimiento sin causa) consignadas en los puntos 3.1 y 3.2. del Acta de fecha 17 de octubre del 2014.

Quinto: Declarar que los costos y costas del presente proceso arbitral, sean asumidos en la forma descrita en la parte considerativa de este laudo, es decir, a razón de 50% costos arbitrales totales a cargo del demandado y de 50% de los mismos a cargo del demandante.

El presente Laudo es definitivo e inapelable.



PATRICIA M. LORA RÍOS
Presidenta del Tribunal Arbitral



HORACIO CÁNEPA TORRE
Árbitro



MARIO LINARES JARA
Árbitro



JAVIER U. SEGIL CONDE
Secretario Arbitral