

**RV: CASO ARBITRAL: NUS vs. PROREGIÓN - Notificación Res 31**

nilton\_paco\_garcia\_mendoza <nilton.paco\_13@hotmail.com>

n

De: Andree Villana <andreevillana@hotmail.com>

Enviado: miércoles, 24 de febrero de 2021, 19:07

Para: US <us@proregion.com>; nilton.paco\_garcia\_mendoza <nilton.paco\_13@hotmail.com>; Procuraduría Pública Regional de Cajamarca <procuraduria@procuraduria.pob.pe>; nilton\_paco\_13@hotmail.com

Asunto: CASO ARBITRAL: NUS vs. PROREGIÓN - Notificación Res 31

Estimados Representantes de NUS Sucursal del Perú SA y Unidad Ejecutora Programas Regionales - Protección del Gobierno Regional de Cajamarca debidamente representado por la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cajamarca

Por encargo del Tribunal cumplo con notificarle la Resolución No. 31 del caso Arbitral de la referencia en el que se resuelven los recursos contra el laudo

Saludos cordiales

Andree Villana

[Mensaje acordado] Ver mensaje completo

Hoja 1 de 1

Habilita las notificaciones de escritorio para Gmail. Aceptar No, gracias X

Resolución 31 - So...



*Laudo Arbitral de Derecho*

*Caso Arbitral Ad-hoc:*

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

## **LAUDO**

Arbitraje seguido entre<sup>1</sup>:

**NJS SUCURSAL DEL PERÚ**  
(En adelante, NJS, el Consultor o el Demandante)

vs.

**UNIDAD EJECUTORA PROGRAMAS REGIONALES - PROREGION DEL  
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA**  
(En adelante, PROREGIÓN, la Entidad o el Demandado)

Emitido por el Tribunal Arbitral integrado por<sup>2</sup>:

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

Secretario Arbitral:

Andree Villena Matta

Lima, 15 de diciembre de 2020

---

<sup>1</sup> A lo largo del presente laudo usaremos «las Partes» para referirnos de manera conjunta a NJS Sucursal del Perú y a la Unidad Ejecutora Programas Regionales – PROREGION del Gobierno Regional de Cajamarca.

<sup>2</sup> A lo largo del presente laudo usaremos el término «Tribunal Arbitral» para referirnos de manera conjunta a todos los árbitros que están a cargo de resolver las controversias sometidas a su conocimiento a través del presente arbitraje.

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

## **RESOLUCIÓN N° 28**

En Lima, a los 15 días del mes de diciembre de 2020, este Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, analizado los argumentos y medios de prueba sometidos en torno a las pretensiones planteadas por el Demandante y el Demandado, y habiendo escuchado a las partes en audiencia, dicta, por unanimidad y dentro del plazo dispuesto, el presente Laudo de Derecho.

### **I. VISTOS:**

#### **I.A. ANTECEDENTES**

1. El 22 de abril de 2009 las partes suscribieron el Contrato N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION para la «Elaboración de expedientes técnicos, asesoría para licitación de obras, supervisión de obras y puesta en marcha del programa de mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales de las principales ciudades del departamento de Cajamarca» (al cual, en lo sucesivo nos referiremos como, el Contrato), por la suma de ¥ 106'533,254.00 (Ciento seis millones quinientos treinta y tres mil doscientos cincuenta y cuatro con 00/100 Yenes) más S/ 21'430,809.00 (Veintiún millones cuatrocientos treinta mil ochocientos nueve con 00/100 Soles).
2. En los numerales 9.2 de las Condiciones Generales y Condiciones Especiales<sup>3</sup> del Contrato las partes establecieron un convenio arbitral, en los siguientes términos y alcances:

#### **CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO**

##### **«9.2**

##### ***Derecho de Arbitraje***

*Cualquier diferencia que surja entre las partes en relación con cuestiones vinculadas con este contrato que no pueda resolverse amigablemente dentro de los treinta (30) días calendario posteriores a la recepción por una de ellas del pedido de arreglo amigable hecho por la otra, podrá ser sometida por cualquiera de las partes a arbitraje, de conformidad con las disposiciones especiales establecidas en la CE.»*

#### **CONDICIONES ESPECIALES DEL CONTRATO**

<sup>3</sup> El numeral 9.2 de las Condiciones Especiales del Contrato, fue modificado por acuerdo de las partes a través de la décimo segunda adenda al Contrato.

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Agulla Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

«9.2 *Las diferencias será sometidas a arbitraje AD HOC, NACIONAL Y DE DERECHO, de acuerdo con las siguientes disposiciones:*

1. **Selección de los árbitros:** *Toda diferencia sometida por una de las partes a arbitraje será dilucidada por un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros, de conformidad a las siguientes disposiciones:*

(a) **EL CONTRATANTE<sup>4</sup> y EL CONSULTOR<sup>5</sup>** *designarán cada uno un árbitro. Estos dos árbitros designarán conjuntamente a un tercero, que será el que habrá de presidir el Tribunal de Arbitraje. Si los árbitros designados por las Partes no designaran a un tercero dentro de los treinta (30) días calendarios posteriores a la fecha de designación del último de los dos árbitros designado por las Partes, a solicitud de cualquiera de ellas, el tercer árbitro que presidirá el Tribunal Arbitral será designado por la Cámara de Comercio de Lima.*

(b) *Si una de las Partes no designara el árbitro que le corresponde dentro de los treinta (30) días calendario posteriores a la fecha de designación del árbitro nombrado por la otra, la Parte que sí hubiese designado un árbitro, podrá solicitar a la Cámara de Comercio de Lima, la designación del árbitro de la otra Parte.*

2. **Normas de Procedimiento.** *El proceso arbitral se regirá por las Reglas de la Cámara de Comercio de Lima.*

3. **Sustitución de Árbitros.** *Si por algún motivo un árbitro no pudiera desempeñar sus funciones, se designará un sustituto de la*

---

<sup>4</sup> Con este término las partes hicieron referencia a PROREGIÓN.

<sup>5</sup> Con este término las partes hicieron referencia a NJS.

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

*misma manera en que fue designado su predecesor.*

4. **Calificaciones del Tercer Árbitro.** *El tercer árbitro designado de conformidad con el párrafo (a) de la Cláusula 9.2.1 de las Condiciones Especiales de este Contrato, será un profesional en cuestiones jurídicas reconocidos y con amplia experiencia en este tipo de contratos.*

5. **Varios:**

- (a) El proceso arbitral tendrá lugar en la ciudad de Lima;*
- (b) El lenguaje oficial para todos los propósitos será el español.»*

3. Teniendo en cuenta lo anterior, y a consecuencia de las controversias relacionadas con la resolución del Contrato y otras surgidas en el transcurso de su ejecución, NJS procedió a activar el presente mecanismo de resolución de conflictos, constituyéndose válidamente el Tribunal Arbitral<sup>6</sup>.

#### **I.B. DESARROLLO DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES**

4. Constituido válidamente el Tribunal Arbitral, a través de la Resolución N° 1 se fijaron las reglas para el desarrollo del presente arbitraje.

5. Con fecha 27 de febrero de 2019, NJS presentó su escrito de demanda, el cual a su vez fue contestado por PROREGIÓN el 23 de abril del mismo año.

6. Estando definida la posición de las partes, a través de la Resolución N° 7 se delimitaron los puntos controvertidos, objeto de análisis a través del presente laudo, como sigue:

- **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si corresponde declarar la ineficacia de la resolución del Contrato efectuada por PROREGIÓN a través de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/ PROREGION/DE, así como de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 260-2017-

---

<sup>6</sup> La designación del árbitro Marco Antonio Montoya Bramon fue efectuada por NJS. La designación del árbitro Juan Jashim Valdivieso Cerna fue efectuado por PROREGIÓN. La designación del Presidente del Tribunal Arbitral, doctor Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio, fue efectuada de común acuerdo por los árbitros de parte.

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

GR.CAJ/PROREGION/DE a través de la cual PROREGIÓN corrigió y subsanó la anterior resolución.

**SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si corresponde declarar la validez de la resolución del Contrato efectuada por NJS a través de la Carta NjsP-2779-18 y la Carta NsjP-2804-18.

**TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:**

En caso se ampare el segundo punto controvertido, determinar si corresponde ordenar a PROREGIÓN pagar a favor de NJS la suma de ¥ 56'566,250.00 (Cincuenta y Seis Millones Quinientos Sesenta y Seis Mil Doscientos Cincuenta con 00/100 Yenes) y S/ 1'993,793.14 (Un Millón Novecientos Noventa y Tres Mil Setecientos Noventa y Tres con 14/100 Soles), más intereses legales, por las valorizaciones dejadas de pagar.

**CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:**

En caso se ampare el segundo punto controvertido, determinar si corresponde ordenar a PROREGIÓN devolver a NJS la suma de ¥ 12'677,458.00 (Doce Millones Seiscientos Setenta y Siete Mil Cuatrocientos Cincuenta y Ocho con 00/100 Yenes) y S/ 2'599,502.36 (Dos Millones Quinientos Noventa y Nueve Mil Quinientos Dos con 36/100 Soles), más intereses legales, por la ejecución de las cartas fianzas.

**QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si corresponde declarar la ineficacia de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2015-GR.CAJ/PROREGION/DE a través de la cual PROREGIÓN dispuso la retención de S/ 666,403.00 (Seiscientos Sesenta y Seis Mil Cuatrocientos Tres con 00/100 Soles) de la contraprestación monetaria a favor de NJS, por concepto de mayores gastos generales de las ampliaciones Nos. 13, 14 y 15 al plazo pactado con los contratistas ejecutores de una de las obras bajo supervisión.

**SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:**

En caso se ampare el quinto punto controvertido, determinar si corresponde ordenar a PROREGIÓN devolver a NJS la suma retenida ascendente a S/ 666,403.00 (Seiscientos Sesenta y Seis Mil Cuatrocientos Tres con 00/100 Soles), más los intereses legales a la fecha efectiva de pago.

**SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:**

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

Determinar si corresponde declarar aprobados los informes finales, así como la valorización final y, en tal sentido, por terminados y aceptados los servicios prestados por NJS a favor de PROREGIÓN.

- **OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:**

En caso se ampare el séptimo punto controvertido, determinar si corresponde ordenar a PROREGIÓN pagar a favor de NJS la suma de ¥ 59'787,593.00 (Cincuenta y Nueve Millones Setecientos Ochenta y Siete Mil Quinientos Noventa y Tres con 00/100 Yenes) y S/ 5'126,792.00 (Cinco Millones Ciento Veintiséis Mil Setecientos Noventa y Dos con 00/100 Soles), más los intereses legales a la fecha efectiva de pago.

- **NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:**

En caso se ampare el séptimo punto controvertido, determinar si corresponde ordenar a PROREGIÓN emitir por escrito una declaración sobre la terminación y aceptación de los servicios objetos del Contrato.

- **PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN:**

Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los costos que se deriven del presente arbitraje.

7. Posteriormente, 23 de julio de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración y Sustentación de Posiciones a efectos que las partes expongan sus argumentos iniciales sobre las controversias puestas a conocimiento. Seguidamente, el 25 de octubre del mismo año, las partes presentaron de manera escrita sus argumentos finales.
8. Finalmente, el 4 de febrero de 2020, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales en donde las partes expusieron sus posturas finales respecto a las controversias sometidas en el presente arbitraje, con lo cual, a través de la Resolución N° 26, entre otros aspectos, se declararon firmes las reglas complementarias para el desarrollo virtual del arbitraje y se dispuso el inicio del cómputo del plazo para laudar, el mismo que fue prorrogado por Resolución N° 27, siendo que el plazo final para emitir el laudo vence el 15 de diciembre de 2020.

**II. CONSIDERANDOS:**

**II.A. CUESTIONES PRELIMINARES**

9. Previo al análisis de las materias puestas a conocimiento, es pertinente dejar constancia de lo siguiente:

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

- (i) El Tribunal Arbitral se constituyó conforme a lo establecido en el convenio arbitral inmerso en las cláusulas 9.2 de las Condiciones Generales y Condiciones Especiales del Contrato, no habiéndose objetado su competencia y/o presentado recusación frente alguno de sus integrantes.
- (ii) Se llevaron a cabo todas las actuaciones establecidas para el desarrollo del arbitraje, dentro de las cuales las partes han tenido plena oportunidad de presentar todos los escritos y pruebas que consideraron pertinentes y de ejercer su derecho de defensa, dentro de los plazos dispuestos.
- (iii) Las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración frente a cualquier decisión emitida por el Tribunal Arbitral, distinta a la presente, que pudiere haberse dictado con inobservancia o infracción de una regla pactada para el desarrollo del presente arbitraje o una disposición del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje (cuerpo normativo al cual en lo sucesivo nos referiremos como, la Ley de Arbitraje), habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.

10. De otro lado, es pertinente dejar plenamente establecido que:

- (i) El Tribunal Arbitral se pronunciará sobre los puntos o materias en controversia delimitados en el transcurso del presente arbitraje, teniendo en cuenta el mérito de los medios probatorios aportados por las partes<sup>7</sup>.
- (ii) Constituyen materias incontestadas los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en el transcurso de las

---

<sup>7</sup> El Tribunal Arbitral también es competente para pronunciarse sobre toda cuestión subsidiaria, accesoria o incidental a los puntos controvertidos, siempre y cuando no modifique sustancialmente los términos de la controversia y, en la medida que tales cuestiones resulten necesarias para la efectividad de la decisión, ello con la finalidad de velar por la eficacia del arbitraje como forma de solución de controversias a la que voluntariamente se han sometido las partes con la suscripción del convenio arbitral y cumplir con el propósito fundamental para el que hemos sido convocados los árbitros: resolver la controversia con carácter de cosa juzgada —lo que implica una resolución definitiva de las pretensiones.

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

actuaciones arbitrales<sup>8</sup> y aquellos supuestos en los cuales la Ley establece una presunción *iuris et de iure*<sup>9</sup>.

- (iii) El Tribunal Arbitral es de la postura que, en principio, la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear convicción respecto de tales hechos<sup>10</sup>.
- (iv) Los medios probatorios aportados por las partes pertenecen al arbitraje, por lo que pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de la parte que la ofreció.
- (v) El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas, y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes, no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.
- (vi) El Tribunal Arbitral, dentro del plazo establecido, procede a emitir el correspondiente Laudo.

## **II.B. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

11. A efectos que el análisis de las materias sometidas a conocimiento sea comprensible, se seguirá el siguiente orden<sup>11</sup>:

---

<sup>8</sup> Los hechos que las partes acepten pacíficamente y sin contradicción no requieren prueba alguna pues, en virtud de su sola admisión, el juzgador debe tenerlos por acreditados; asimismo, tampoco necesitan ser probados los hechos notorios, cuya existencia es conocida por la generalidad de los individuos en el tiempo y en el lugar en que se dicta la decisión que resuelva las controversias *–laudo o sentencia*.

<sup>9</sup> La presunción legal *iuris et de iure*, es una presunción absoluta; en estos casos el juzgador (jueces o árbitros) tiene la obligación de aceptar por cierto el hecho presumido en cuanto se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente. Esta presunción no debe ser confundida con la presunción establecida por el juzgador mediante el examen de los indicios o rasgos sintomáticos recurriendo a las reglas de la lógica, la sana crítica y/o la experiencia

<sup>10</sup> Los medios probatorios en general tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones cuando se trata de un arbitraje de derecho, empero, es facultad de los árbitros decidir de manera exclusiva sobre la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

<sup>11</sup> Es pertinente destacar que en la Resolución N° 7 se dejó claramente establecido que las premisas establecidas como puntos controvertidos son referenciales y están dirigidos a una lectura más simple, por lo que el Tribunal Arbitral está facultado ajustar o interpretar dichas cuestiones a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que ello o el orden de su análisis genere invalidez o nulidad alguna.

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

**PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:**

---

Determinar si corresponde declarar la ineficacia de la resolución del Contrato efectuada por PROREGIÓN a través de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/ PROREGION/DE, así como de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE, a través de la cual PROREGIÓN corrigió y subsanó la anterior resolución.

**SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:**

---

Determinar si corresponde declarar la validez de la resolución del Contrato efectuada por NJS a través de la Carta NjsP-2779-18 y la Carta NsjP-2804-18.

**TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:**

---

En caso se ampare el segundo punto controvertido, determinar si corresponde ordenar a PROREGIÓN pagar a favor de NJS la suma de ¥ 56´566,250.00 (Cincuenta y Seis Millones Quinientos Sesenta y Seis Mil Doscientos Cincuenta con 00/100 Yenes) y S/ 1´993,793.14 (Un Millón Novecientos Noventa y Tres Mil Setecientos Noventa y Tres con 14/100 Soles), más intereses legales, por las valorizaciones dejadas de pagar.

**SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:**

---

Determinar si corresponde declarar aprobados los informes finales, así como la valorización final y, en tal sentido, por terminados y aceptados los servicios prestados por NJS a favor de PROREGIÓN.

**OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:**

---

En caso se ampare el séptimo punto controvertido, determinar si corresponde ordenar a PROREGIÓN pagar a favor de NJS la suma de ¥ 59´787,593.00 (Cincuenta y Nueve Millones Setecientos Ochenta y Siete Mil Quinientos Noventa y Tres con 00/100 Yenes) y S/ 5´126,792.00 (Cinco Millones Ciento Veintiséis Mil Setecientos Noventa y Dos con 00/100 Soles), más los intereses legales a la fecha efectiva de pago.

**NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:**

---

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

**En caso se ampare el séptimo punto controvertido, determinar si corresponde ordenar a PROREGIÓN emitir por escrito una declaración sobre la terminación y aceptación de los servicios objetos del Contrato.**

---

12. Los puntos controvertidos antes citados están ligados fáctica y conceptualmente, por lo que resulta adecuado analizarlos de manera conjunta; a estos efectos, es conveniente desarrollar una síntesis de la posición que tienen las partes.

### **POSICIÓN DE NJS**

13. Iniciando con sus argumentos NJS sostiene que, el 7 de diciembre del 2016, PROREGION les comunicó, a través de la Carta N° 123-2016-GR.CAJ/PROREGION/DE, la decisión de suspender las obligaciones contractuales por un periodo de 30 días con la finalidad de que cumpla con subsanar las siguientes obligaciones contractuales: (i) Levante las observaciones de los informes y actividades relacionadas a la penalidad aplicada por haber incurrido en retrasos injustificados en la presentación de los informes mensuales; (ii) Definir su posición contractual respecto al subcontratista Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. (en adelante, ICCGSA); y (iii) Levante las observaciones contractuales señaladas en las etapas de elaboración del expediente técnico durante la ejecución de los Contrato de Obra N° 046-2010-GG/EPS SEDACAJ SA y Contrato de Obra N° 047-2010-GG/EPS SEDACAJ SA.
14. Posteriormente, NJS afirma que cumplió con absolver los requerimientos y observaciones indicadas por la Entidad, siendo que, como consecuencia de ello, mediante Carta N° 95-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE del 19 de julio del 2017, PROREGIÓN comunicó su decisión de levantar la suspensión de los servicios. No obstante, mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/ PROREGION/DE del 21 de setiembre del 2017, les comunicó su decisión de resolver el Contrato, de conformidad con la cláusula 7, ítem 7.3 de las Condiciones Generales del Contrato, vinculada esta con la interposición de penalidades por el atraso injustificado en la presentación de los informes mensuales.
15. Sobre el particular, NJS resalta que PROREGIÓN no resolvió el Contrato conforme a las causales resolutorias establecidas en él, concretamente en la cláusula 2.9 del Contrato, toda vez que no identificó la causal resolutoria en la que incurre la otra parte para resolver el Contrato ni comunicó su decisión por escrito a la otra parte, por lo menos treinta (30)

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

días calendario antes de dar por terminado o resuelto el precitado Contrato.

16. Sostiene, además, que la Entidad nunca cumplió con notificar, de manera previa, la decisión resolutoria, sino que, por el contrario, procedió a resolver el Contrato en un solo acto, sin que medie motivación alguna, por lo que el Consultor afirma que se habría vulnerado el procedimiento establecido. Del mismo modo, NJS añade que en un intento de subsanar y/o corregir las deficiencias advertidas, PROREGION comunicó, mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE del 9 de noviembre del 2017, su decisión de integrar, corregir y subsanar los defectos de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGION/ DE.
17. Sobre lo anterior, NJS resalta que en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE PROREGIÓN incorporó de una manera irregular, nuevos supuestos de hecho, relacionados con la segunda y tercera observación planteadas anteriormente, a fin de motivar la decisión de resolver el Contrato ante la carencia de fundamentación expresada en la Resolución Directoral N° 236-2017-GR.CAJ/ PROREGION/DE.
18. Añade NJS, que PROREGIÓN buscó incorporar, de manera indebida y a través de figuras legales como la integración o corrección, dos sustentos nuevos que no fueron parte de las razones que motivaron la primera resolución; sobre el particular, precisa que la finalidad de las figuras de integración, corrección y subsanación, invocadas por PROREGIÓN de ningún modo pueden ser utilizadas para agregar nuevas motivaciones o causales resolutorias para subsanar los vicios contenidos en la primera resolución de Contrato.
19. Igualmente, el Consultor sostiene que la resolución contractual efectuada por la Entidad contraviene sus propios actos previos, puesto que las razones o motivaciones de PROREGIÓN para la resolución se encuentran vinculadas con las observaciones planteadas en la Carta N° 123-2016-GR.CAJ/PROREGION/DE, las mismas que fueron subsanadas completamente y que justamente permitió levantar la suspensión de los servicios. En tal sentido, la Entidad dio por superadas las tres observaciones que planteó como motivo de la suspensión de los servicios de NJS, según la Carta N° 123-2016-GR-CAJ/PROREGION/DE, según consta en diversas comunicaciones.
20. Por otro lado, respecto a la observación planteada sobre la posición contractual respecto al subcontratista ICCGSA, NJS alega que PROREGIÓN asumió la responsabilidad de ser contraparte del

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

Consultor, asumiendo la responsabilidad legal, técnica y financiera del Contrato, por lo que resulta que PROREGION, como acto propio, manifestó a través del Oficio N° 1301-2013-GR.CAJ/PROREGION/ DE su conformidad respecto al subcontratista nominado, aceptando la intervención de ICCGSA, así como de la empresa Mestral S.A.C. conforme se desprende de la Carta N° 007-2013-GR.CAJ/ PROREGION/DE.

21. Agrega en este punto, que PROREGIÓN no puede aducir la configuración de la causal contenida en la cláusula 2.9.1.d del Contrato, como motivación para declarar la resolución del mismo, puesto que no se puede identificar que alguna de las declaraciones o documentación remitida en este extremo, haya sido falsa o adulterada.
22. Bajo estos lineamientos, NJS sostiene que la resolución contractual efectuada por PROREGIÓN carece de validez puesto que no se ha cumplido con el procedimiento establecido para tal fin y tampoco se ha configurado la causal que justifique esa decisión.
23. Establecido ello, NJS indica que PROREGIÓN no cumplió con el pago de diversas valorizaciones mensuales, a pesar de haber requerido el pago de las mismas mediante Carta NJS/CAJ-DP-116-2017 de fecha 15 de setiembre de 2017, Carta NJS/CAJ-DP-134-2017 de fecha 23 de octubre de 2017 y Carta NJS/CAJ-DP-136-2017 de fecha 24 de octubre de 2017.
24. Al respecto, afirma que mediante Acta de Conciliación de fecha 12 de mayo de 2017, PROREGION aprobó el monto de las valorizaciones de los adicionales de servicios 14 al 21, que fueron materia de requerimiento en la Carta NJS/CAL-DP-134-2017. Sin embargo, a la fecha, dicho requerimiento no ha sido pagado por la Entidad; en tal sentido, advierte que PROREGIÓN no ha cumplido con sus obligaciones contractuales, configurándose así un incumplimiento grave. Por consiguiente, mediante Carta N° NJSP-2779-18 de fecha 4 de septiembre de 2018, NJS procedió a resolver el Contrato.
25. Asimismo, respecto del séptimo, octavo y noveno punto controvertido NJS señala que, habiendo cumplido con sus obligaciones contractuales, presentó ante la Entidad los respectivos Informes Finales, evidenciado ello en la Carta N° NJS/CAJ-DP-111-2015, Carta N° NJS/CAJ-DP-233-2016 y Carta N° NJS/CAJ-DP-316-2016. En tal sentido, mediante Carta N° NJS/CAJ-DP-146-2017, el Consultor cumple con presentar la liquidación final / valorización final de sus servicios.

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

26. En este extremo, alega que PROREGIÓN no observó ni hizo acotación alguna sobre la liquidación final presentada, por lo que, en atención a lo establecido en el literal d) de la cláusula 6.5 de las Condiciones Generales del Contrato, se ha producido una aprobación automática del mismo. En consecuencia, NJS señala que los servicios prestados se encuentran terminados y aceptados por la parte demandada.

### **POSICIÓN DE PROREGIÓN**

27. PROREGIÓN señala que la resolución del Contrato inmersa en la Resolución Directoral N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE estuvo debidamente motivada por las causales establecidas en la cláusula 2.9.1 del Contrato, estando al incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Consultor, el mismo que ha cumplido con acreditar.
28. De igual manera PROREGION señala que mediante Resolución N° 260-2017 GR.CAJ/PROREGION/DE solo ha procedido a corregir la causal indicada anteriormente, más no ha variado de ninguna forma los efectos que produce la resolución del contrato. Resalta al respecto que las figuras procesales utilizadas, se encuentran debidamente sustentadas a partir de las normas aplicables supletoriamente a la relación jurídica, como es el Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley del Procedimiento Administrativo General, las mismas que no se oponen a lo establecido en el Contrato, y que reconocen el uso de las figuras de integración, corrección y subsanación.
29. Por otro lado, respecto a las observaciones no subsanadas por NJS, señala que, mediante Acta de Acuerdo Amigable, el Contratista acepta la imposición de la penalidad por S/ 2'483,987.31, por lo que es la propia demandante quien reconoce su incumplimiento y que, de igual modo, no ha objetado anteriormente dicha penalidad, habiendo obtenido la calidad de cosa juzgada.
30. Del mismo modo, PROREGION advierte que no existe documentación alguna mediante la cual NJS haya definido su posición contractual respecto de ICCGSA de manera idónea, puesto que no ha cumplido con informar a través de un informe detallado lo requerido por la demandada; en tal sentido, tampoco se habría cumplido con levantar la observación planteada en este extremo.
31. Agrega que, mediante escrito de alegatos, NJS no subsanó la observación N° 3, evidenciándose una serie de desperfectos como los relacionados con la línea de conducción del Conchano en Chota que produjo el colapso de los pases aéreos, el emisor del sistema de

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

alcantarillado de Celendín y el Expediente Técnico del Túnel de Cutervo, el mismo que fue presentado con claras deficiencias y que han requerido mejoramientos de estudios geotécnicos y de mecánica de suelos.

32. Respecto a la resolución del Contrato practicada por NJS, PROREGION señala que no cabría la posibilidad de efectuar una nueva resolución de Contrato estando a que, de manera previa, fueron ellos quienes resolvieron el mismo; por tanto, no habría documento legal alguno que resolver, estando a que dicho Contrato ya fue materia de resolución anteriormente.
33. Asimismo, respecto a la ejecución de las cartas fianzas, la Entidad precisa que ésta se encuentra motivada en atención a que NJS no cumplió con renovarlas a tiempo, conforme a lo establecido en el Contrato.
34. PROREGION indica que no aprobó los informes finales presentados por el Consultor, en vista a que existe un claro incumplimiento del Contrato durante las etapas de Elaboración del Expediente Técnico, Supervisión de Obra y Puesta en marcha de los servicios, debido a que la demandante no ha subsanado las observaciones formuladas.
35. Asimismo, precisa que el pago de las valorizaciones ha quedado en estado de observación puesto que las mismas se encontraban sobredimensionadas y no eran consecuentes con los hechos reales, señalando además que NJS no ha cumplido con sustentar o justificar los gastos reales de los Adicionales Nos. 14 al 21; en tal sentido, no puede declararse la culminación de los servicios debido a la inexecución de las obligaciones contractuales, ni tampoco podrá otorgarse el pago.

### **POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

36. Del resumen de la posición de las partes se aprecia que las controversias giran en torno a los incumplimientos invocados por ambas para resolverse mutuamente el Contrato y su correspondiente oponibilidad a su parte contraria.

### **Legislación aplicable:**

37. Para analizar este aspecto es pertinente delimitar, en primer lugar, cuáles son las normas contractuales (particulares) y legales que rigen la relación jurídico contractual de las partes. Sobre este aspecto, en el apartado B del Contrato las partes dejaron claramente establecido lo siguiente:

**«B BASE LEGAL**

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

*El Contrato se regirá por:*

- B.1 Los términos y condiciones del Contrato de Préstamo PE-P35 y su documentación complementaria, suscrito por el Gobierno Peruano y el JICA<sup>12</sup>.*
  - B.2 Lo establecido en los Términos de Referencia y los Criterios de Evaluación para la designación del consultor.*
  - B.3 La oferta del consultor, propuesta técnica y económica negociada y acuerdos adoptados en la negociación del Contrato, según actas.*
  - B.4 En general por la normativa nacional: Ley anual del presupuesto y Normas Complementarias, en forma supletoria y en lo que no contravenga al Contrato de Préstamo PE-P35, a los Términos de Referencia y normas JICA.»*
38. Conforme a lo anterior, se tiene que el Contrato se rige, en primer lugar, por los términos y condiciones del Contrato de Préstamo PE-P35, el cual, de acuerdo con la postura de NJS tiene la calidad de Contrato-Ley. Esta calificación del Contrato de Préstamo no se ajusta a lo previsto en las normas del Estado peruano dictado para tales efectos, entre ellos la característica de ser en sí mismos convenios de estabilidad jurídica para inversores.
39. Con todo, aun cuando se le quiera dar esa calificación o *nomen iuris - Contrato-Ley*, lo importante sobre este aspecto es que ello «...no convierte en una «*categoría normativa*», una fuente formal del derecho constitucional, como cualquiera de las enunciadas en el inciso 4 del artículo 200° de la Constitución. Y tal afirmación nada tiene que ver con que, al contrato... se tenga que reconocer fuerza vinculante. Ciertamente, las estipulaciones de un contrato vinculan a las partes que los suscriben, y su inobservancia, acarrea la posibilidad de que se sancionen dichos incumplimientos. Pero una cosa es reconocer a los contratos, en general, fuerza vinculante u obligatoriedad de sus términos, y otra, muy distinta, atribuirles la calidad de «*fuentes primarias*» o, como

---

<sup>12</sup> Con estos términos las partes hacen referencia a la Agencia de Cooperación Internacional del Japón - JICA, por sus siglas en inglés (Japan International Cooperation Agency).

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

*la Constitución denomina a las fuentes susceptibles de impugnarse mediante este proceso, de normas con rango de Ley...»<sup>13</sup>.*

40. Respecto al Contrato objeto de controversia la Subcláusula 2 de la Cláusula III del Contrato de Préstamo establece lo siguiente:

**«Cláusula III  
De los pactos especiales**

*[...]*

**Subcláusula 2. Procedimiento de adquisición**

*Los lineamientos para las adquisiciones y la **contratación de consultores** mencionados en la Sección 4.01 de los Términos y Condiciones Generales serán los estipulados en los **Procedimientos de Adquisición adjuntos a la presente como Anexo 4**» (El énfasis es agregado).*

41. Así, de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Préstamo, la contratación de consultores debía seguir los lineamientos establecidos en el Anexo 4 de ese mismo acto jurídico. Específicamente, ese extremo señala lo siguiente:

**«Anexo 4  
Procedimiento de adquisición**

**Sección 1. Lineamientos que se utilizarán para las adquisiciones de conformidad con el préstamo**

*[...]*

- (2) *La contratación de consultores que se financiará con los fondos del Préstamo se conformará a los Lineamientos para la Contratación de Consultores bajo los Préstamos AOD de JBIC fechados en octubre de 1999...».*

42. Conforme a lo anterior, los contratos de consultores derivados del Contrato de Préstamo debían ser negociados, celebrados y ejecutados

---

<sup>13</sup> A mayor abundamiento, véase la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso signado con número de Expediente N° 005-2003-AI/TC. Recuperado de: [www.tribunalconstitucional/jurisprudencia](http://www.tribunalconstitucional/jurisprudencia)

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

conforme a los Lineamientos para la Contratación de Consultores bajo los Préstamos AOD (por sus siglas en español, Ayuda Oficial al Desarrollo) de JBIC (por sus siglas en inglés, Japan Bank for International Cooperation) fechados en octubre de 1999, de los cuales es importante destacar el siguiente:

**Sección 4.19 Leyes Aplicables**

El contrato estipulará qué leyes regirán su interpretación y ejecución.

43. Así, los contratos de consultores derivados del Contrato de Préstamo, como el que es objeto de análisis en el presente arbitraje, debían estipular qué leyes regirán su interpretación y ejecución. Este lineamiento en particular ha sido cumplido, conforme se puede apreciar del Contrato suscrito por las partes. En efecto, en el numeral 1.3 de las Condiciones Generales del Contrato (al cual en lo sucesivo nos referiremos como, las **CGC**), se estableció lo siguiente:

**«1.3 Leyes que rigen el Contrato**

*Este Contrato, su significado e interpretación y la relación que se crea entre las partes se regirá por la Legislación Aplicable.»*

44. De lo antes citado se evidencia que el Contrato suscrito por las partes se rige por la «*Legislación Aplicable*», término que, de conformidad con el apartado (a) del numeral 1.1 de las CGC, significa, «*las Leyes y cualquier otra disposición que tengan fuerza de Ley en el Perú y que se encuentren vigentes al momento de suscribir el Contrato*».

**Aplicación del Código Civil:**

45. Entre las disposiciones legales del Perú tenemos, en primer término, al Decreto Legislativo N° 295, promulgado el 24 de julio de 1984 y vigente a partir del 14 de noviembre del mismo año a la actualidad (cuerpo normativo al cual en lo sucesivo nos referiremos como, el **Código Civil**), el cual prescribe en su Artículo IX de su Título Preliminar, lo siguiente:

**«Artículo IX. –**

*Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones*

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

*jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».*

46. Conforme a lo anterior, y tal como lo señala el profesor Marcial Rubio<sup>14</sup>, las disposiciones «...del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes.... Por relación jurídica se entiende las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos o más situaciones jurídicas interrelacionadas. De esta manera es relación la de los cocontratantes [ley particular], la de padre e hijo, y así sucesivamente».
47. En tales lineamientos, en principio, debemos tener presente que, de conformidad con el Código Civil (artículo 1361°), al cual se han sometido las partes, el contrato es la principal manifestación de la libertad de las personas para darse su propia ley y regular a través de ella sus relaciones privadas. De este modo, en virtud de la formación libre de la manifestación de la voluntad de las partes, las reglas previstas en el contrato son definitivas para ambas.
48. Por esa misma razón, en el mismo cuerpo normativo se dispuso que el contrato solo puede ser invalidado por el consentimiento libre de las partes para darlo por terminado, por alguna causa legal, tal como son los modos de extinguir las relaciones obligatorias –pago, novación, transacción, remisión, compensación, confusión, pérdida de la cosa que se debe–, o bien por alguna vicisitud que alterara la base de la relación contractual, esto es: la rescisión por nulidad, o la resolución por incumplimiento de cualquiera o alguna de las prestaciones; este último es el que han ejercido mutuamente las partes en el Contrato, y será objeto de análisis más adelante.
49. Por Contrato, debe entenderse también los documentos anexos a él, de conformidad con lo establecido por las partes en el apartado C del mismo:

**«C OBJETO**

[...]

**1. Los siguientes documentos anexos al presente deberán ser considerados parte integral de este Contrato:**

(a) : *Condiciones Generales del Contrato*

<sup>14</sup> RUBIO CORREA, Marcial. «Comentarios al Artículo IX del Código Civil» en «Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas», t. I, Gaceta Jurídica, Lima 2010, pág. 83.

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

- (b) : Condiciones Especiales del Contrato*
- (c) : Los siguientes Apéndices:  
Apéndice A: Descripción de los Servicios  
Apéndice B: Lista de Informes a Presentar  
Apéndice C: Personal Clave y Subconsultores  
Apéndice D: Hombres mes de trabajo para el personal clave para cada etapa del servicio  
Apéndice E: Deberes del Contratante  
Apéndice F: Estimado de costo en moneda extranjera  
Apéndice G: Estimado de costo en moneda nacional  
Apéndice H: Modelo de Carta Fianza por Adelanto*
- (d) : Los siguientes Anexos:  
Anexo N° 1: Acta de Negociación*
  - Actas de Negociación del 13 de abril de 2009.*
  - Acta de Negociación del 16 de abril de 2009.*
  - Acta de Negociación del 20 de abril de 2009.»*

- 50. De todo lo anteriormente expuesto se puede concluir que el Contrato se rige, en primer lugar, por las disposiciones contenidas en el propio Contrato y sus partes integrantes; y, aquello que no estuviese regulado en él, por las disposiciones pertinentes del Código Civil. Sobre esto no hay mayor discusión entre las partes.
- 51. No obstante, y aunque PROREGIÓN no lo ha señalado expresamente, su posición está basada en la aplicación normativa del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado Peruano (cuerpo normativo al cual, en lo sucesivo, nos referiremos como la LCE), y la Ley N° 27444<sup>15</sup>, Ley del Procedimiento Administrativo General (cuerpo normativo al cual, en lo sucesivo, nos referiremos como la LPAG). Ambos cuerpos normativos tienen rango de ley y se encontraron vigentes al

---

<sup>15</sup> En la medida que, de acuerdo con el pacto de las partes, se establece la aplicación normativa de la Ley vigente al momento de la suscripción del Contrato, no debemos tener en cuenta al analizar la aplicación de la LPAG las modificaciones a esta norma dispuestas a través del Decreto Legislativo N° 1272, promulgado el 20 de diciembre de 2016.

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

momento de la suscripción del Contrato, por lo que, en principio, se enmarcan dentro de lo pactado por las partes, empero esta es una cuestión que se analizará luego con más detenimiento.

### **Aplicación de la LCE:**

52. La LCE, en cuanto a sus alcances y ámbito de aplicación, prescribe en sus artículos 1 y 3, lo siguiente:

#### **«Artículo 1. – Alcances**

*La presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regular las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos.*

[...]

#### **Artículo 3. – Ámbito de aplicación**

[...]

3.3 Esta norma no es de aplicación para:

[...]

- c) **Las operaciones de endeudamiento y administración de deuda pública;**
- d) **La contratación de asesoría legal y financiera y otros servicios especializados, vinculados directa o indirectamente a las operaciones de endeudamiento interno o externo y de administración de deuda pública...».**

[...]

- t) **Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estado o entidades cooperantes, siempre que estén asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito. (Énfasis agregados).**

53. De lo antes citado se desprende que la LCE no es aplicable a las operaciones de endeudamiento, ni a la contratación de los servicios especializados vinculados directa o indirectamente a ellas, como lo es el Contrato suscrito por las partes, por lo que la postura de PROREGIÓN sobre su aplicación y los argumentos relacionados a ella deben ser desestimados.

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

54. Es pertinente destacar que, si bien el artículo 3 del Reglamento de la LCE prescribe que *«La Ley<sup>16</sup> y el presente Reglamento serán de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras sujetas a regímenes especiales bajo ley específica...»*, no se debe entender que es aplicable supletoriamente a la contratación de servicios especializados, vinculados directa o indirectamente a las operaciones de endeudamiento, como lo es el Contrato suscrito por las partes, habida cuenta que una disposición reglamentaria no puede dejar sin efecto una disposición Legal, siendo que la referencia a su aplicación supletoria a contrataciones de bienes, servicios u obras sujetas a regímenes especiales bajo ley específica, debe entenderse a aquellas distintas al régimen especial que rigen la contratación de servicios especializados, vinculados directa o indirectamente a las operaciones de endeudamiento.

#### **Aplicación de la LPAG:**

55. En cuanto a la aplicación de la LPAG, debemos tener en cuenta que ese cuerpo normativo, de conformidad con lo prescrito en su artículo II, *«...regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades...»*, para lo cual consagra una definición del acto administrativo, cuya nota característica es que éste sea emitido en el marco de una relación de derecho público. Veamos:

#### **«Artículo 1. - Concepto de acto administrativo.**

*Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están **destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.**» (Énfasis agregados).*

56. Tanto Morón Urbina<sup>17</sup>, Huapaya<sup>18</sup> como Melgarejo consideran que el requisito de la relación de derecho público se cumple cuando una entidad hace ejercicio de una potestad pública o, lo que es lo mismo, ejerce

<sup>16</sup> Con ese término se hace referencia a la LCE.

<sup>17</sup> «Los Actos Administrativos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General». Derecho y Sociedad N° 17. Pág. 245.

<sup>18</sup> «Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General». Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 9. Pág. 126.

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

función administrativa. Las principales funciones administrativas identificadas por la doctrina son las siguientes:

*«... (i) Reglamentación (dictado de normas de carácter general); (ii) imperativa o de mando (dictado de órdenes revestidas de imperio); (iii) sancionadora (sancionar el incumplimiento de las órdenes); (iv) ejecutiva (ejecutar actos que surgen de otras potestades); y, (v) jurisdiccional (facultad de resolver conflictos, objeto de discusión doctrinaria)...»<sup>19</sup>.*

57. De este modo, para que un acto de la Administración Pública califique como un acto administrativo, deberá de cumplir con los requisitos señalados en el Artículo 1 de la LPAG, dentro de los cuales se encuentra el del ejercicio de una función administrativa por parte de las entidades, la cual podrá manifestarse como una actividad de reglamentación, mando, sanción, ejecución o resolución de controversias.

58. Ahora bien, en el presente arbitraje no se discute la actuación de PROREGIÓN en ejercicio de sus atribuciones como administración pública, sino la actuación de PROREGIÓN como contraparte contractual. Notemos que la fuente de las potestades que la Administración está obligada a ejercer en el marco de su función administrativa es la ley o, por derivación de la ley, reglamentaria. Es así como se les da sentido a todos los privilegios relacionados a los actos administrativos. Sobre el particular, Huapaya señala que:

*«Los actos administrativos deben dictarse en el ejercicio de una potestad de Derecho Público: Este último dato señala el carácter atributivo de la potestad para dictar actos administrativos. Esta potestad o poder debe provenir de una ley, por ejercicio de un sistema de vinculación positiva a la legalidad, en la medida que se busca modificar la realidad en función a la emisión de un acto de contenido decisorio sobre la esfera del particular. Consecuentemente, el régimen jurídico aplicable será uno de derecho público, donde primará la idea de la autoridad administrativa y de la idea de la auto tutela declarativa establecida a favor de la*

---

<sup>19</sup> «Los sujetos del procedimiento administrativo». En: Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. MARAVÍ SUMAR, Milagros (compiladora). Fondo Editorial de la UPC. Pág. 245.

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

*Administración con la finalidad de imponer situaciones de carácter regulador...»<sup>20</sup>.*

59. Como se puede apreciar, los actos administrativos son una concreción de un mandato legal o reglamentario que tiene por fin generar cambios en la esfera jurídica de un particular con fines «regulatorios», afirmándose por medio de ellos la autoridad administrativa, situación que no sucede en las controversias sometidas a conocimiento en el presente arbitraje, que están ligadas más a su actuación derivadas del Contrato.
60. Bajo este lineamiento, la calificación habitual de los actos de la Administración en el marco de la ejecución de un contrato suscrito con una contraparte privada será la de manifestaciones de voluntad en el marco del desarrollo de una relación de derecho privado, no la de actos administrativos emitidos en el marco de una relación jurídica de derecho público. En esa línea de análisis, el Contrato suscrito por las partes no es (ni tiene por qué ser) una excepción a lo anterior. Siendo así, los actos contractuales de PROREGIÓN no están sujetas a las causales de nulidad previstas en la LPAG, ni sería susceptible de un análisis de posibles vicios al amparo de dicha norma.
61. Todo lo anterior cobra mayor sentido por cuanto la propia LPAG prescribe en el numeral 1.2.1 de su artículo 1 que, **no son actos administrativos «los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios»**. En el presente caso, PROREGIÓN ha suscrito con NJS el Contrato con la finalidad de cumplir con su propia actividad de ejecutar obras para satisfacer las necesidades públicas de la Región de Cajamarca, por lo que el Contrato y las actuaciones derivadas de ella no son un acto administrativo.

---

<sup>20</sup> A mayor abundamiento, el «carácter regulador» del acto administrativo es definido por el autor de la siguiente manera: «...el acto administrativo tiene un aspecto mucho más importante que el de constituir un parámetro necesario para el control de la actuación administrativa ...enfaticamos en señalar, siguiendo claro está a BOCANEGRA, que la función primordial del acto administrativo es su carácter regulador, creador de relaciones jurídicas entre administración y administrados sometidas al Derecho administrativo. Esta noción se explica en la medida que el acto administrativo es un instrumento para el ejercicio de las potestades administrativas, siempre de ejercicio unilateral, en la medida que la concreción de los poderes abstractos que la norma confiere a la Administración, se logra a través de la emisión de declaraciones de voluntad unilaterales destinadas a regular situaciones jurídicas de los particulares, en el marco de normas de derecho administrativo, y para un caso individualizado perfectamente. De tal suerte que, como consecuencia de esta función primordial, concreta y estricta del acto administrativo, esto es, su carácter regulador, opera además, una función estabilizadora, la que se expresa en otorgar seguridad y estabilidad a las relaciones jurídicas que son objeto de una regulación concreta, en la medida que se trata de declaraciones no realizadas en virtud a un libre albedrío o voluntad de las entidades, sino que se trata de actos estrictos de aplicación del derecho al caso concreto...». Pág. 121.

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

### **La calificación:**

62. Si bien en los apartados anteriores hemos determinado la institución aplicable, entre otros, señalando que los actos emitidos por PROREGIÓN no califican como actos administrativos regulados por la LPAG, ni actos contractuales regulados por la LCE, ello no implica que los mismos ya no puedan ser evaluados de conformidad con el Contrato y el Código Civil. Ello es así por cuanto, como bien lo señala Roppo, «*La calificación es la operación lógica con la cual el intérprete frente a un concreto contrato lo reconduce a un determinado tipo contractual. Su función principal es establecer si al contrato se le aplica la disciplina de algún tipo; y si ello es así, de cual tipo*»<sup>21</sup>.
63. La «calificación» supone fundamentalmente un análisis normativo, que implica la confrontación entre la «*fattispecie*» -contractual, en este caso- y el tipo abstracto definido en la norma, para verificar si el primero corresponde al segundo y es realizada en última instancia por el juzgador -*juez o árbitro*-, quien no se encuentra obligado a analizar el caso en función al *nomen iuris* dado por las partes.
64. En tal sentido, si las partes o una de ella han denominado a una determinada actuación como «acto administrativo» o dado un *nomen iuris* en esa línea, pero luego de la «calificación» se determina que es un acto contractual, debe ser considerado en adelante como tal, independientemente a la nominación dada.

### **La resolución del Contrato:**

65. Determinado el marco legal aplicable al presente caso, compete analizar las controversias suscitadas entre las partes relativas a la resolución del Contrato, teniendo como base lo establecido en él y, supletoriamente, las disposiciones del Código Civil. A estos efectos es pertinente tener en cuenta que la resolución es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes cual remedio extremo a la cual se apela en virtud de haberse frustrado el «*efecto esperado*» al momento de contratar; su principal función consiste en salvaguardar el interés contractual frente al riesgo de su frustración por la conducta de su parte contraria a la cual se apela. Tal como lo señala el profesor Hugo Forno<sup>22</sup> «...*la resolución no está prevista como remedio para los defectos que golpean la estructura del contrato (presupuestos,*

---

<sup>21</sup> ROPPO, Vincenzo. «Il Contratto». En: Trattato di Diritto Privato. A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milano: Giuffrè, 2001, pág. 429.

<sup>22</sup> FORNO FLÓREZ, Hugo. Comentarios al artículo 1371° del Código Civil peruano. En: «Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas», Tomo VII, pág., 193.

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

*elementos y requisitos), es decir para los casos de invalidez, sino para los casos de defectos funcionales...».*

66. Siendo que ambas partes han resuelto el Contrato, el análisis de su oponibilidad a la parte contraria deberá efectuarse en el orden temporal en el cual fue llevado a cabo, en atención al principio *prior in tempore, potior in iure*, expresión latina que puede traducirse como «*primero en el tiempo, mejor en el Derecho*» en virtud del cual, de existir controversia entre partes que alegan iguales derechos, tiene preferencia quien haya realizado primero el acto con eficacia jurídica.
67. De este modo, en la medida que fue PROREGIÓN quien ejerció primero el derecho resolutorio, corresponde analizar, en primer término, si dicho acto debe ser declarado ineficaz conforme a lo solicitado por NJS. De resultar eficaz corresponderá dejar sin efecto automáticamente la resolución de contrato efectuada posteriormente, habida cuenta que resulta jurídicamente imposible resolver un contrato que ha sido resuelto con eficacia jurídica.

**La resolución del Contrato efectuada por PROREGIÓN:**

68. Sobre este aspecto es aceptado pacíficamente por las partes que el 21 de septiembre de 2017 PROREGIÓN curso a NJS el siguiente documento:

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

A-39 19/9/17 0 0344



GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA

PROGRAMAS REGIONALES

RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA N°236-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE

Cajamarca, 19 de setiembre de 2017.

VISTO:-

El Oficio N°1314-2017-GR.CAJ/PROREGION/UI, de fecha 11 de setiembre de 2017; y,

CONSIDERANDO:-

Que, con Ordenanza Regional N°001-2009-GR.CAJ-CR, el Concejo Regional del Gobierno Regional de Cajamarca, creó la Unidad Ejecutora de Programas Regionales - PROREGION como organismo público ejecutor de la inversión regional, con autonomía técnica y administrativa, cuyo objeto es ejecutar obras de infraestructura básica en materia de saneamiento, transportes, energía y otros de impacto regional;

Que, el 22 de abril del 2009, se suscribió con un sistema de contratación de tarifas más gastos reembolsables, el Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION para la elaboración de Expediente Técnico, Asesoría para la Licitación de Obras, Supervisión de Obras y Puesta en Marcha del Programa, Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de las Principales Ciudades del Departamento de Cajamarca I Etapa; entre la Unidad Ejecutora Programas Regionales - PROREGION del Gobierno Regional Cajamarca y NJS Sucursal del Perú - Nippon Jogesuido Sekkei Sucursal del Perú. El Programa al que se hace referencia se encuentra dividido en tres Grupos: Grupo A) con las ciudades de Cutumaza, San Marcos, Cajabamba, San Miguel, San Pablo y Celendín; el Grupo B) con Chota, Cutervo, Bambamarca y Hualgayoc; y, el Grupo C) con Jaén, por un monto ascendente a la suma total de S/ 105'533,234 (Ciento seis millones quinientos treinta y tres mil doscientos cincuenta y cuatro y 00/100 Soles) más S/21'430,809 (veintiuna mil cuatrocientos treinta y tres mil ochocientos nueve y 00/100 soles), sin incluir el Impuesto General a las Ventas;



Que, con fecha 09 de julio del 2010, se suscribió, bajo la modalidad de precios unitarios para la ejecución del Grupo "A" el Contrato de Obra N°046-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A.: "Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de las ciudades de Cutumaza, San Marcos, Cajabamba, San Miguel, San Pablo y Celendín del departamento de Cajamarca", por un monto correspondiente a S/ 138'510,322.61 (Ciento Treinta y Ocho Millones Quinientos Diez Mil Trescientos Veintidós con 61/100 Nuevos Soles) incluido IGV; entre la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Cajamarca Sociedad Anónima-SEDACAJ S.A. y el Contratista Consorcio Saneamiento Cajamarca;



Que, el 09 de julio del 2010, se suscribió bajo la modalidad de precios unitarios para la ejecución del Grupo "B" (Centro), el Contrato de Obra N°047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A.: "Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de las ciudades de Chota, Cutervo, Bambamarca y Hualgayoc del departamento de Cajamarca, Perú", por un monto correspondiente a S/ 119'198,341.43 (Ciento diecinueve millones ciento noventa y ocho mil trescientos cuarenta y uno con 43/100 Nuevos Soles) incluidos IGV; entre la EPS - SEDACAJ S.A. y la empresa Contratista BMS Obras y Servicios S.A.;

Con fecha 09 de julio del 2010, se suscribió, bajo la modalidad de precios unitarios para la ejecución del Grupo "C", el Contrato de Obra N°001-2010-GG/EPS MARAÑÓN SRL: "Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de la ciudad de Jaén del departamento de Cajamarca, Perú", por un monto correspondiente a S/ 94'581,649.71 (Noventa y Cuatro Millones Quinientos Ochenta y Un Mil Seiscientos Cuarenta y Nueve con 71/100 Nuevos Soles) incluido IGV; entre la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento Marañón SRL y la Empresa Contratista COBRA Instalaciones y Servicios SA.;

Que, tal como se lee en el numeral 1.1.2.2 del Apéndice de las citadas Contratos de Obra, las empresas prestadoras de servicios SEDACAJ S.A. y SANEAMIENTO MARAÑÓN SRL, en calidad de CONTRATANTES, delegaron a la Unidad Ejecutora Programas Regionales - PROREGION, la responsabilidad de ser la contraparte del Contratista y asumir la administración legal, técnica y financiera de los contratos, por lo que para la ejecución de estos, PROREGION asume las atribuciones y responsabilidades propias de EL CONTRATANTE; así también según se señala en el numeral 1.1.2.4 de las citadas Apéndices, el Supervisor de la Obra es la empresa NJS Sucursal del Perú-Nippon Jogesuido Sekkei Sucursal del Perú, conforme se ha reseñado en el primer párrafo;

Mediante Carta N°123-2016-GR.CAJ/PROREGION/DE, recibida por la empresa NJS Sucursal del Perú-Nippon Jogesuido Sekkei Sucursal del Perú, con fecha 07 de diciembre de 2016, la Unidad Ejecutora Programas Regionales - PROREGION comunica al consultor la SUSPENSIÓN DE SERVICIOS de conformidad a la Cláusula 2.5 Suspensión, Subcláusula 2.5.2 Suspensión de servicios, del Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION, por un periodo de 30 días calendario con la finalidad de que su representada subsane las siguientes obligaciones contractuales:

- a) Levanta las observaciones de los Informes y actividades que le corresponden y que fueron materia de la Imposición (Resolución Directoral Ejecutiva N°029-2016-GR.CAJ/PROREGION/DE) de penalidad por el monto de S/ 2'483,987.31 (Dos millones cuatrocientos ochenta y tres mil novecientos ochenta y siete con 31/100 soles), el haber incurrido en retrasos injustificados en la presentación de los Informes mensuales de

Continúa en la siguiente página

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

0 0345



GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA



PROGRAMAS REGIONALES

RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA N°238-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE

conformidad a la establecido en el Apéndice B - Lista de Informes a Presentar del Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION numeral 1.3 "La Documentación y Contenido de la Información que deberá presentar el Consultor como resultado de la Prestación de sus Servicios en la Etapa de Supervisión de Obras".

- b) Por otro lado el Consultor deberá definir su posición respecto al SUBCONTRATISTA NOMINADO (ISCO S.A.), por cuanto: está acreditado que la "participación" de la Empresa MESTRAL S.A.C. en el Contrato de Obra N° 047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A., fue irregular, tal y como se precisa en el Informe técnico legal emitido por el estudio Sánchez Anaya, el cual fue puesto en conocimiento del consultor.
- c) Levante las observaciones contractuales señaladas en los etapas de elaboración de expediente técnico, supervisión de obra y puesta en marcha, durante la ejecución Grupo "A" - Contrato de Obra N°046-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A.: "Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de las ciudades de Contumaza, San Marcos, Cajabamba, San Miguel, San Pablo y Celendin del departamento de Cajamarca" y Grupo "B" (Centro) - Contrato de Obra N°047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A.: "Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de las ciudades de Chota, Cuzco, Bambamarca y Huaygoyo del departamento de Cajamarca, Perú", plasmadas en el Oficio N°1891-2016-GR.CAJ/PROREGION/UL, de fecha 10 de noviembre de 2016, e Informe N°937-2016-GR.CAJ-PROREGION/UL/ABR, respecto del Grupo "A" e Informe N° 401-2015CG/PROY-EE, respecto del Grupo "B", subsumidos ambos en el Informe Legal N°97-2016-GR.CAJ-PROREGION/OAJ/EL/NFIM.

Así mismo mediante Carta N°NJS/CAJ-DP-003-2017, recibido por la Entidad con fecha 06 de enero de 2017, la empresa NJS Sucursal del Perú-Nipsey Jogesuido Sekkel Sucursal del Perú, presenta su escrito denominado "Levantamiento de Observaciones Contractuales - Suspensión de Servicios", argumentando entre otros lo siguiente:

- a) "(...) Precisanado que la presentación tardía de los informes no se ha dado injustificadamente y las razones han sido expuestas en la Carta N°NJS/CAJ-DP-324-2015, de fecha 14 de diciembre de 2015, asimismo señala que nunca existió observación por parte de su representada, ni antes de la presentación de estos informes ni después de entregados los mismos por lo que no existe observaciones que levantar, por ello y como la mencionamos en nuestra Carta N°NJS/CAJ-DP-324-2015, la aplicación de la penalidad no corresponde en la cantidad, asimismo toda la información que corresponde ha sido presentada no existiendo observaciones que levantar".
- b) "(...) Con Carta N°NJS/CAJ-DP-488-2011, el Director del Proyecto hizo de conocimiento del representante de la empresa Mestral S/C, que ello es una persona jurídica distinta de BM3 Obras y Servicios SA, por lo que no es parte de la relación contractual que se mantiene con EPS SEDACAJ y PROREGION".

Mediante Oficio N°1314-2017-GR.CAJ-PROREGION/UL, de fecha 11 de setiembre de 2017, el Jefe de la Unidad de Ingeniería, adjunta su Informe Técnico N°04-2017-MB/UL, es el que concluye:

- a) Que, NJS Sucursal del Perú, ha presentado los descargos correspondientes sin embargo a través de la evaluación realizada se concluye que NJS Sucursal del Perú, no ha cumplido con el levantamiento de las observaciones de los informes y actividades a pesar de que se le otorgo el plazo estipulado, evidenciándose que el consultor no ha levantado las Observaciones realizadas por la Entidad, por lo que, está inmerso en la causal de resolución del Contrato de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION, conformidad a la cláusula 7, PENALIDADES, ítem. 7.3 que señala: Cuando la penalidad alcance el 10% del Monto Total del CONTRATO y el CONSULTOR no hubiese levantado las observaciones de los informes y actividades que le corresponden, tendrá 30 días calendario como plazo final para subsanarlas, caso contrario se le reservará el CONTRATO.

En relación al caso concreto, es de aplicación lo regulado por el Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION; en tal sentido es necesario precisar que sólo ante la existencia de deficiencias e vicios de los contratos FIDIC utilizados para implementar el Convenio de Préstamo PE-P35, serán de aplicación supletoria las normas nacionales; y aún en tal caso, la sección 4.20 Leyes Aplicables del Capítulo 2 del citado manual, establece que en el contrato se deberán estipular las leyes que regirán su interpretación y cumplimiento; siendo así, el orden de prelación para interpretar los contratos FIDIC acogido por la JICA, el siguiente:

- El Contrato, con todos los documentos que lo integran.
- El Convenio de Préstamo.
- El Manual para Adquisiciones Financieras por Préstamos AOD del JBIC (ahora JICA), y otros documentos de JICA donde se establezcan procedimientos para la ejecución de los contratos FIDIC.
- La Ley de Contrataciones del Estado.
- El Código Civil y demás normas de derecho público.

Así el Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION, en la parte introductoria literal c) EN CONSECUENCIA, las partes acuerdan lo siguiente 1.- Las siguientes documentos anexas al presente

<sup>1</sup> Inaplicable por auto exclusión.

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

0 0346



GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA

PROGRAMAS REGIONALES

RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA N°236-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE

deberán ser consideradas parte integral de este Contrato: (a) Condiciones Generales del Contrato, (b) Condiciones Especiales del Contrato, (c) Los siguientes Apéndices:

- Apéndice A: Descripción de los Servicios.
  - Apéndice B: Lista de Informes a Presentar.
  - Apéndice C: Personal Clave y Subconsultores.
  - Apéndice D: Hombres mes de trabajo para el personal clave por cada etapa del servicio.
  - Apéndice E: Deberes del Contratista.
  - Apéndice F: Estimado de Costo en moneda extranjera.
  - Apéndice G: Estimado de Costo en moneda nacional.
  - Apéndice H: Modelo de Carta Fianza por Adelanto.
- (d) Los siguientes Anexos:

- Anexo N° 1: Actas de Negociación:
  - ✓ Acta de Negociación del 13 de abril del 2009.
  - ✓ Acta de Negociación del 16 de abril del 2009.
  - ✓ Acta de Negociación del 20 de abril del 2009.

Por otro lado es necesario precisar que a la fecha la Unidad Ejecutora Programas Regionales - PROREGION, dentro del marco del Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION, cláusula 6ta - Pagos al Consultor de las Condiciones Generales del Contrato, señala: "El monto correspondiente a los servicios objeto del presente contrato, asciende a la suma de Yen 106, 333,254 más S/. 21, 430,809, soles. Este importe solo podrá incrementarse a disminuirse en función de los servicios realmente prestados, previa acuerdo entre las partes y deberá contar con la no objeción de JICA (...)", concordante con el numeral 6.6) Monto de Contingencia de los CGC prescribe: "En virtud de la cláusula CGC 2.6, las partes acuerdan que los pagos adicionales serán ejecutados al Consultor, del monto de contingencia, previa aprobación del JICA"; así aprobó durante el interin de la ejecución del servicio Presupuestos Adicionales (trece), que han incrementado el monto del contrato y ascienden a un presupuesto total de S/. 47,152, 403.00 soles incluidos IGV:

Así, mediante Resolución Directoral Ejecutiva N°025-2016-GR.CAJ/PROREGION/DE de fecha 11 de febrero del 2016, la Entidad, resuelve PENALIZAR al Consultor NJS Sucursal del Perú, por el monto de S/. 2'483,987.31 (Dos millones cuatrocientos ochenta y tres mil novecientos ochenta y siete con 31/100 soles), al haber incurrido en retrasos injustificados en la presentación de los Informes mensuales de conformidad a lo establecido en el Apéndice B - Lista de Informes a Presentar del Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION, numeral 1.3 "La Documentación y Contenido de la Información que deberá presentar el Consultor como resultado de la Prestación de sus Servicios en la Etapa de Supervisión de Obras";

La Penalidad impuesta fue por haber el Consultor NJS Sucursal del Perú, vulnerado al Contrato de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION, Apéndice B-Lista de Informes a Presentar - Alcance, Tipo, Oportunidad y Numero de los Informes a ser Presentados por el Consultor, ítem 1.3 La Documentación y Contenido de la información que deberá presentar el Consultor como resultado de la Prestación de sus Servicios en la Etapa de Supervisión de Obras, El Consultor deberá presentar oportunamente a al CONTRATANTE, la siguiente documentación, como resultado de la prestación de los servicios:

- Numeral 1.3.1. Informe Inicial.
- Numeral 1.3.2. Informes mensuales de las actividades Técnico - Económico - Administrativo de las Obras, en forma separada por cada lote, los cuales deberán ser entregados dentro de los 15 primeros días calendario del mes, debiendo contener lo siguiente: a) Área Supervisión: a.3) Informe de las actividades de Supervisión ambiental realizadas durante el mes, a.6) Fotografías a video que muestren el estado de avance de las Obras, a.12) Resumen ejecutivo sobre el avance de la obra a la fecha y otras, b) Área Contratista de Obras, así tenemos: b.1) Informe acerca de los avances físicos y valorizados del Contratista, cuadros y gráficos que muestren el programa real en comparación con el programado, b.2) Presentar la documentación por la cual se certifique que los materiales y equipos cumplen con las especificaciones técnicas y otros, c) Informes Especiales: De preferencia deberán ser presentados dentro del plazo de tres días hábiles, pudiéndose presentar: c.1) Informes solicitados por el CONTRATANTE dentro del plazo antes indicado. Si el Informe Especial amerita un plazo mayor, por razones justificadas, esta establecerá el nuevo plazo de presentación del Informe, c.2) Informe de oficio sin que la pida al CONTRATANTE, cuando se trata de asuntos que requieran decisión a resolución de El CONTRATANTE promoviendo un Expediente Administrativo; a se trate de hacer conocer a El CONTRATANTE importantes acciones administrativas que haya tomado en el ejercicio de sus atribuciones; y que serán cursadas dentro del término de la distancia. En los Informes Mensuales que tienen carácter de reporte, hará un recuento de la acción tomada y d) Informe Final.

Asimismo los hechos descritos en la Resolución Directoral Ejecutiva N°025-2016-GR.CAJ/PROREGION/DE, Incumplieron el marco normativo prescrito en la Cláusula 7ta numeral 7.1 del Contrato de Consultoría N° 001-

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdívieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

0 0347



**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**

**PROGRAMAS REGIONALES**

**RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA N°236-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE**

2009-GR.CAJ/PROREGION, que señala: "Si EL CONSULTOR registrara retrasos injustificados en la presentación de los Informes establecidos en los Términos de Referencia, excepto en caso fortuito o de fuerza mayor, incurrió automáticamente en mora y se le aplicara una penalidad, sobre el costo de la etapa del contrato, a razón de":

*0.10 x Monto de Etapa*

Penalidad diaria = \_\_\_\_\_

*0.25 x Plazo de Etapa*

En ningún caso el monto acumulado de las penalidades excederá el 10% del monto total del Contrato.

Así la Entidad Unidad Ejecutora Programas Regionales - PROREGION, a través de la Unidad de Ingeniería y de conformidad a la cláusula precedentemente señalada calcula la penalidad en base a lo siguiente:

CONTRATOS - DESCRIPCION	MONTO S/.
Contrato (original)	24,839,873.13
Monto de la Etapa (Supervisión de obra)	13,988,544.00
Contrato (vigente incluido adicionales)	47,152,403.00

Por lo que; teniendo en consideración la fórmula prescrita en la Cláusula 7ta numeral 7.I del Contrato de Consultoría N° 801-2a09-GR.CAJ/PROREGION, se tiene:

✓ **Penalidad diaria** =  $\frac{0.10 \times 13,988,544.00}{0.25 \times 420 \text{ días (Plazo de entrega)}} = \text{S/ } 13,322.42 \text{ soles.}$

✓ **Cálculo de la penalidad a imponer** = S/ 15,027,689.76.

a. 1,128.00 días de atraso en la presentación de Informes.  
 b. Penalidad diaria S/ 13,322.42 soles.  
 c.  $1,128 \times 13,322.42 = \text{S/ } 15,027,689.76$

Que, teniendo en cuenta lo señalado precedentemente el Consultor NJS Sucursal del Perú, a la fecha está inmerso en la cláusula 7ª Penalidades numeral 7.I del Contrato de Consultoría N° 801-2009-GR.CAJ/PROREGION que prescribe: "Cuando la penalidad alcance el 10% del Monto Total del CONTRATO y el CONSULTOR no hubiese levantado las observaciones de los informes y actividades que le corresponden, tendrá 30 días calendario como plazo final para subsanarlas, caso contrario se le resolverá el CONTRATO", por lo tanto; atendiendo al marco regulado por el contrato en comento existe la causal de resolución del Contrato de Consultoría N°801-2009-GR.CAJ/PROREGION, al haber alcanzado el consultor la penalidad del 10% del Monto Total del CONTRATO, independientemente sea este el monto del contrato original o vigente;

Por otro lado, con respecto al plazo de levantamiento de observaciones que tenía el consultor en relación a la presentación de Informes durante la Etapa de Supervisión de Obra, es necesario precisar que si bien es cierto dentro del plazo de los treinta (30) calendario, el consultor cumplió con presentar sus documentos denominados: "Levantamiento de Observaciones Contractuales - Suspensión de Servicios", sin embargo; también es cierto que sin ningún sustento técnico ni legal ni mucho menos con un argumento palmario desvirtuó los argumentos mediante el cual la entidad impuso la penalidad por haber incurrido el consultor en retrasos injustificados en la presentación de los informes mensuales de conformidad a lo establecido en el Apéndice B- Lista de Informes a Presentar al Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION, numeral 1.3 "La Documentación y Contenido de la Información que deberá presentar el Consultor como resultado de la Prestación de sus Servicios en la Etapa de Supervisión de Obras", muy por el contrario se limitó simplemente en señalar: "(...) que la presentación tardía de los informes no se ha dado injustificadamente y las razones han sido expuestas en la Corte N°NJS/CAJ-DP-524-2015, de fecha 14 de diciembre de 2015", finalmente es necesario considerar que estamos ante una situación irreversible, por cuanto; el mismo Consultor se reconoció en retrasos injustificados en la presentación de los Informes, en su Carta N°NJS/CAJ-DP-524-2015, recibida por PROREGION con fecha 13 de diciembre de 2015, que señala: "Que lo demore en la presentación de los Informes mensuales se ha dado por la presentación tardía de las valorizaciones y lo no presentación de los informes mensuales por parte del Contratista del Grupo A, los mismos que no nos permitieron

2 Apéndice A - Descripción de los Servicios -Términos de Referencia Negociados, del Contrato de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION - b. Duración del proyecto, del servicio y requerimiento de personal profesional - a) Duración de los servicios de consultoría- Los plazos previstos para la implementación de servicios son: a.1) Supervisión de la ejecución de obra 14 meses.

Jr. La Justicia N° 172 -H-20. Urb. La Alameda - Cajamarca      Telefónico (076) 637253

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
 Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
 Marco Antonio Montoya Bramon  
 Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
 PROREGION del Gobierno  
 Regional de Cajamarca



**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**

**PROGRAMAS REGIONALES**

**RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA N°236-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE**

presentar los informes en los plazos establecidos en el ítem 1.3.2. del Apéndice B del Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION, sin embargo, cabe aclarar que lamentablemente estos incumplimientos del Contratista no presenta alguna penalidad ni nuestro contrato contempla esta coyuntura no estando previsto en el mismo, por lo que correspondería la aplicación de las Subcláusulas 8.1 Buena Fe y 8.2 Aplicación del Contrato, por lo tanto; pesa a ello se le otorga el plazo de 30 días para que subsane dichas observaciones, con cuando materialmente fue imposible su subsanación, sin embargo, el consultor NJS Sucursal del Perú, no ha cumplido con argumentar y sustentar las razones expresas por las que la entidad no debió imponerle la penalidad limitándose sólo en señalar de forma sucinta que la presentación tardía de los informes no se ha dado injustificadamente, por lo tanto; estamos ante la causal de resolución del Contrato de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION suscrito con el Consultor NJS Sucursal del Perú, de conformidad a la cláusula 7. PENALIDADES. ítem. 7.3, que señala: "Cuando la penalidad alcance el 10% del Monto Total del CONTRATO y al CONSULTOR no hubiere levantado las observaciones de los informes y actividades que le correspondan, tendrá 30 días calendario como plazo final para subsanarlos, caso contrario se le resolverá el CONTRATO";

El 17 de febrero del 2009, se suscribió la Minuta de Discusión que aprueba el texto final del Convenio de Préstamo N° PE-P35, que suscribió la República del Perú y el Japan International Cooperation Agency - JICA (antes IBIC), para financiar el Programa: "Mejoramiento y Ampliación de las sistemas de Agua potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de las principales Ciudades del Departamento de Cajamarca I Etapa", así conforme al artículo 1 Sección 2 (1) del Convenio de préstamo el prestatario dispondrá que los fondos del préstamo sean empleados para la contratación de los consultores, necesarios para la ejecución del proyecto, de los países fuentes elegibles descritos en el Anexo 4, finalmente el mencionado Convenio de Préstamo, en su Anexo 4°, Sección 3° (VII), señala: " Toda modificación o cancelación de un contrato revisado por JICA requerirá la aprobación previa por escrito de JICA (-)", por lo que; resulta necesario contar con la revisión del JICA, para que la resolución de contrato surta sus efectos legales;

Estando consecuentemente a lo señalado el Oficio N°1314-2017-GR.CAJ/PROREGION/UT y con el visto bueno de la Oficina de Asesoría Legal, y en uso de las facultades conferidas por el Reglamento de Organización y Funciones de PROREGION, aprobado mediante Ordenanza Regional N°005-2009-GRCAJ-CR, concordante con la Ordenanza Regional N° 001-2009-GRCAJ-CR, a través de la cual se crea PROREGION como organismo pública ejecutor con autonomía técnica y administrativa, atendiendo a lo regulado por la Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, modificada por Ley N° 27902; y en virtud de las atribuciones conferidas mediante la Resolución Ejecutiva Regional N°359-2017-GR.CAJ/GR; con la visación de la Unidad de Ingeniería y la Oficina de Asesoría Legal de PROREGION;

**SE RESUELVE:**

**ARTICULO PRIMERO: RESOLVER DE FORMA TOTAL,** el Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION, suscrito entre la empresa NJS Sucursal del Perú-Nippon Jagesuidi Sekkei Sucursal del Perú y la Unidad Ejecutora Programas Regionales-PROREGION, por estar inmerso el consultor en la cláusula 7ª penalidades numeral 7.3 de las Condiciones Generales del Contrato, de conformidad a los argumentos hipotéticos en la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO: ESTABLECER,** que la presente y los cuadros que correspondan sean remitidas al JICA - Agencia de Cooperación Internacional del Japón (Japan International Cooperation Agency) para su aprobación previa.

**ARTICULO TERCERO: ORDENAR,** a la Oficina de Ingeniería, elaborar la Liquidación de Corte del Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION.

**ARTICULO CUARTO: ORDENAR,** que la Oficina de Administración, una vez consentida la Resolución del Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION, proceda a la Ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento.

**ARTICULO QUINTO: NOTIFICAR,** la presente Resolución al Consultor NJS Sucursal del Perú, JICA, Unidad de Ingeniería, Oficina de Administración y demás órganos competentes de PROREGION para su cumplimiento de acuerdo a Ley.

REGÍSTRESE Y COMUNIQUESE  
 GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA  
 U.E. DE PROGRAMAS REGIONALES - PROREGION

*[Firma]*  
 Abg. Mg. JORJA LUIS MUÑOZ GRÁVEZ  
 DIRECTOR EJECUTIVO

Jr. La Justicia N° 172 - H-20. Urb. La Alameda - Cajamarca      Telefax: (076) 837258

69. También es aceptado pacíficamente por las partes, y por tanto incontrovertido, que el 9 de noviembre de 2017 PROREGION notificó a NJS el siguiente documento:

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

A-40



**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**  
**PROGRAMAS REGIONALES**  
**RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA**  
**N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE**  
*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*

0349

Cajamarca, 08 de Noviembre de 2017

**VISTO:**  
El Informe Legal N° 028-2017-GR.CAJ/PROREGION-JMTB; y;

**CONSIDERANDO:**  
Que, el artículo 191° y 192° de la Constitución Política del Estado Peruano, modificado por la Ley N° 27880, Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV sobre Descentralización, en concordancia con el artículo 2° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, señala que, los Gobiernos Regionales emanan de la voluntad popular, son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, económica y administrativa en asuntos de su competencia promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

Que, con Ordenanza Regional N° 001-2009-GR.CAJ-CR, el Concejo Regional del Gobierno Regional de Cajamarca, creó la Unidad Ejecutora de Programas Regionales - PROREGION como organismo público ejecutor de la inversión regional, con autonomía técnica y administrativa, cuyo objeto es ejecutar obras de infraestructura básica en materia de saneamiento, transporte, energía y otros de impacto regional.

Que, es necesario comenzar el análisis precisando que, un contrato es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato es un tipo de acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado a crear derechos y generar obligaciones. Se rige por el principio de autonomía de la voluntad, según el cual, puede contratarse sobre cualquier materia no prohibida. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

Que, en el caso concreto, PROREGION suscribió con NJS el Contrato de Servicios de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION en adelante CONTRATO, que tiene como objeto "establecer el alcance y el contenido de los servicios de consultoría a ser brindados por EL CONSULTOR para la elaboración del Expediente Técnico, la asesoría durante la etapa de supervisión, la supervisión de las obras, así como la asistencia y supervisión en la puesta en marcha de las obras de Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de las Principales Ciudades del Departamento de Cajamarca I Etapa"; este contrato es el documento principal para interpretar los alcances, obligaciones y derechos de los suscribientes PROREGION y NJS; sin embargo, ante la existencia de deficiencias o vacíos de los contratos FIDIC utilizados para implementar el Convenio de Préstamo PE-P35, serán de aplicación supletoria las normas nacionales vigentes.

Ahora bien, estas obligaciones pactadas en el contrato, lamentablemente, no son siempre objeto de cumplimiento, como en efecto sucedió por parte de NJS, al haber realizado de forma incompleta e incorrecta de sus obligaciones, incumpliendo así con lo acordado en el CONTRATO, todo ello se evidencia a través del Oficio N°1091-2016-GR.CAJ/PROREGION/UL de fecha -04 de noviembre de 2016, Informe N°37-2016-GR.CAJ-PROREGION/UL/MBR, Informe N° 491-2016CG/MPROY-EE e Informe Legal N° 097-2016-GR.CAJ-PROREGION/OALEL/NFIM y el Informe

El incumplimiento de las obligaciones por parte de NJS, derivó en que PROREGION

J. La Justicia N° 172 - Urb. La Alameda - Cajamarca

Teléfono: 076-637259

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
 Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
 Marco Antonio Montoya Bramon  
 Juan Jashim Valdívieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
 PROREGION del Gobierno  
 Regional de Cajamarca

0 0350



**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**  
**PROGRAMAS REGIONALES**  
**RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA**  
**Nº 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE**

*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*



redacta la Carta N° 123-2016-GR.CAJ/PROREGION/DE, notificándole a NJS Sucursal del Perú-Nippon Jogesuldo Sekkel Sucursal del Perú, con fecha 07 de diciembre de 2016, la suspensión de los pagos por el incumplimiento de sus obligaciones, solicitándole a la vez que en el plazo de treinta (30) días calendario realice el levantamiento de las observaciones advertidas y detalladas en los documentos mencionados en el punto anterior, los mismos que le fueron puestos en conocimiento con la citada carta.

1.1. Dicha actuación por parte de PROREGION, se realizó teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 2.8. del CONTRATO que dice:

**"2.8 Suspensión**

**2.8.1 Suspensión de pagos**  
 EL CONTRATANTE puede, mediante notificación escrita a EL CONSULTOR, suspender todos los pagos que según este Contrato deban hacerse a ésta, si EL CONSULTOR no cumpliera con cualquiera de sus obligaciones del Contrato, incluyendo la prestación de los Servicios, a condición de que en dicha notificación de suspensión: (i) se deberá especificar la naturaleza del incumplimiento y (ii) se solicite a EL CONSULTOR el subsanar el incumplimiento dentro de un periodo que no exceda los treinta (30) días calendario de recibida la notificación de suspensión.

**2.8.2 Suspensión de servicios**  
 EL CONTRATANTE podrá suspender la prestación del servicio, en forma justificada, mediante comunicación escrita al consultor con una anticipación no menor de 15 días calendarios. Durante el lapso de suspensión del servicio se pagarán costos mínimos.  
 El período de suspensión de servicios máximo podrá ser de hasta 60 días calendarios, renovable por acuerdo entre las partes. Pasado este tiempo cualquiera de las partes podrá solicitar modificaciones razonables de los términos del contrato.  
 EL CONSULTOR contará con un plazo de siete días calendario para reanudar los servicios, servicios que incluirán todos los recursos y logística a la etapa que corresponda según los términos y condiciones del presente contrato".

Que, NJS mediante Carta N° NJS/CAJ-DP-003-2017, notificada a la Entidad con fecha 06 de enero de 2017, presenta su escrito denominado "Levantamiento de Observaciones Contractuales - Suspensión de Servicios", con el cual pretende justificar el incumplimiento de sus obligaciones, y así desvirtuar lo vertido en los documentos detallados en el punto 3.3 del presente Informe.

Ante ello, la entidad evalúa el documento presentado por NJS, y emite el Oficio N° 1314-2017-GR-CAJ-PROREGION/UI, de fecha 11 de setiembre de 2017, mediante el cual el Jefe de la Unidad de Ingeniería, adjunta el Informe Técnico N° 04-2017-MB/UI, en donde, después de una minuciosa evaluación, llega a la siguiente conclusión:

"NJS Sucursal del Perú, he presentado los descargos correspondientes; sin embargo, a través de la evaluación realizada se concluye que NJS Sucursal del Perú; no ha cumplido con el levantamiento de las observaciones de los informes y actividades a pesar de que se le otorgo el plazo estipulado, evidenciándose que el consultor No ha Levantado las Observaciones realizadas por la Entidad, por lo que; estaría inmoroso en la causal de resolución del Contrato de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION, conformidad a la cláusula 7. PENALIDADES. ítem. 7.3 que señala: Cuando la penalidad alcance el 10% del Monto Total del CONTRATO y el

J. La Justicia N° 172 - Urb. La Alameda - Cajamarca

Teléfono: 076-637259

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdívieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

0351

**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**  
**PROGRAMAS REGIONALES**  
**RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA**  
**N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE**  
*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*



**CONSULTOR** no hubiese levantado las observaciones de los informes y actividades que le corresponden, tendrá 30 días calendario como plazo final para subsanarlos, caso contrario se le resolverá el **CONTRATO** (negrita y subrayado nuestro)

Que, ante un eventual incumplimiento, los contratos en general dentro de su contenido pueden contemplar cláusulas resolutorias expresas, en virtud de las cuales se conviene que el contrato quedará resuelto cuando cualquiera de las partes no ejecuta determinada prestación a su cargo, constituyéndose así en un mecanismo resolutorio diseñado para lograr la resolución de un contrato de manera expeditiva sin necesidad de recurrir a la vía judicial. En otras palabras, el incumplimiento de las obligaciones contractuales, acarrea la Resolución del contrato, siendo una forma de extinción del contrato, y opera en virtud de una causa sobreviniente.

Sin embargo, para que la cláusula resolutoria produzca efectos no solamente se necesita el incumplimiento previsto en el contrato; sino también, es necesaria la comunicación cursada de querer valerse de la resolución.

Que, Es así que el **CONTRATO** ha estipulado en su apartado 2.9 la Terminación (Resolución) del mismo, preleyendo lo siguiente:

**2.9 Terminación (Resolución)**  
**2.9.1 Por EL CONTRATANTE**

*EL CONTRATANTE* podrá, notificando al respecto por escrito a *EL CONSULTOR*, por lo menos treinta (30) días calendario antes (...), dar por terminado (resuelto) este Contrato cuando se produjera cualquiera de los hechos especificados en los párrafos de (a) al (e) de esta Cláusula 2.9.1:

- (a) Si *EL CONSULTOR* no subsana el incumplimiento de sus obligaciones aquí establecidas, según lo especificado en la notificación de suspensión hecha conforme a la Cláusula CGC 2.8 precedente, dentro de los treinta (30) días calendario de recibida dicha notificación de suspensión o dentro de tal periodo posterior según pudiera haber aprobado por escrito posteriormente *EL CONTRATANTE*.
- (b) Si *EL CONSULTOR* cayera en insolvencia o fuera declarado en quiebra o celebra cualquier acuerdo con sus acreedores a fin de lograr alivio de sus deudas o se acogiera a cualquier ley que beneficiara a los deudores o entrase en liquidación o administración judicial, ya sea de carácter forzoso o voluntario.
- (c) Si *EL CONSULTOR* no diera cumplimiento a la resolución definitiva resultante de un proceso de arbitraje conforme a la Cláusula CGC 9 de este Contrato.
- (d) Si *EL CONSULTOR* presentara a *EL CONTRATANTE* una declaración la cual tiene un efecto importante en los derechos, obligaciones o intereses de *EL CONTRATANTE* y *EL CONSULTOR* lo hiciera sabiendo que es falsa.
- (e) Si, como consecuencia de un caso de Fuerza Mayor, *EL CONSULTOR* estuviera imposibilitado de ejecutar una porción de los Servicios por un periodo no menor de sesenta (60) días calendario."

Sin perjuicio de las causales resolutorias mencionadas, el **CONTRATO** ha estipulado otra cláusula en el punto 7.3 preleyendo lo siguiente:

**7.3** Cuando la Penalidad alcance 10% del Monto Total del **CONTRATO** y el **CONSULTOR** no hubiese levantado las observaciones de los informes y actividades que

Jr. La Justicia N° 172 - Urb. La Alameda - Cajamarca Telf.: 076-657250

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca



**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**  
PROGRAMAS REGIONALES  
RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA  
N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE

*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*


0352





le corresponden, tendrá 30 días calendario como plazo final para subsanarlos, caso contrario se le resolverá el CONTRATO

Que, en este punto, conviene precisar que, la inexecución de las obligaciones por las partes, se puede dar por diferentes motivos, cada uno de ellos con diferente incidencia en las responsabilidades, estos motivos se puedan clasificar generalmente en dos: EL DOLO y LA CULPA.

El DOLO, en su acepción más amplia, es sinónimo de mala fe, y en este sentido se presenta como causa de inexecución de las obligaciones. El dolo es cuando se tiene conciencia de no cumplir la obligación, sea con el propósito de causar un daño al acreedor o no. Y esta característica, justamente, hace al dolo diferente de la culpa. En la culpa no hay intención de no cumplir; el deudor no ejecuta su obligación por descuido o negligencia. En el dolo hay mala fe; en la culpa no. Cabe advertir que en el dolo generalmente se incumple la obligación, no con la intención de causar un perjuicio, sino más bien para conseguir ventajas para sí mismo.

Por otro lado, cuando el deudor, por negligencia, omite ejecutar la prestación prometida, en el caso de las obligaciones de dar o de hacer, o abstenerse, en el caso de las obligaciones de no hacer, incurre en CULPA. El resultado dañoso, no querido por el deudor, obedece pues a su imprudencia, torpeza o, en general, a su falta de diligencia.

La CULPA a la vez, se puede subdividir en dos: CULPA GRAVE O INEXCUSABLE y CULPA LEVE. Incurre en CULPA GRAVE quien por negligencia y sin intención no procede como cualquiera habría procedido, quien actúa con una torpeza, abandono o descuido extremo en el cumplimiento de sus obligaciones. La culpa grave consiste entonces en no poner los cuidados más elementales, en caer en la más absoluta falta de diligencia para cumplir las obligaciones. En cuanto a la CULPA LEVE, es no poner la diligencia que al común de los hombres pone ordinariamente en sus asuntos.

Qua, ahora al incumplimiento de la obligación hace presumir, *juris tantum*, la culpa leve del deudor, corresponda al acreedor, para agravar la responsabilidad del deudor, probar que la inexecución es atribuible a dolo o culpa inexcusable.

En el caso concreto, el incumplimiento de obligaciones por parte de NJS, ha quedado demostrado en un primer momento con la Resolución Directoral Ejecutiva N°025-2016-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 11 de febrero de 2016, mediante la cual PROREGION, resuelve PENALIZAR al Consultor NJS Sucursal del Perú, por el monto de S/. 2'483,987.31 (Dos millones cuatrocientos ochenta y tres mil novecientos ochenta y siete con 31/100 soles), al haber incurrido en retazos injustificados en la presentación de los informes mensuales de conformidad a lo establecido en el Apéndice B - Lista de Informes a Presentar del Contrato de Servicios de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION, numeral 1.3 "La Documentación y Contenido de la información que deberá presentar el Consultor como resultado de la Prestación de sus Servicios en la Etapa de Supervisión de Obras".

Ello, conjuntamente con lo vertido en el Oficio N°1091-2016-GR.CAJ/PROREGION/UI, de fecha 10 de noviembre de 2016, Informe N°37-2016-GR.CAJ-PROREGION/UI/MBR, Informe N° 491-2015CG/MPROY-EE, subsumidos ambos en el Informe Legal N° 097-2016-GR.CAJ-PROREGION/OAL/EL/INFIM, DEMUESTRAN que, NJS ha incurrido en las causales de resolución de contrato contempladas en los literales (e) y (d) del punto 2.3. del CONTRATO.

J. La Justicia N° 172 - Urb. La Alameda - Cajamarca

Tel: 076-637269

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca



**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**  
**PROGRAMAS REGIONALES**  
**RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA**  
**Nº 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE**

*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*



0353


Más aún, si los descargos realizados por NJS mediante su Carta N° NJS/CAJ-DP-003-2017, no han podido demostrar lo contrario a lo sostenido por PROREGION en los documentos mencionados y además sus argumentos han sido desbaratados mediante Informe Técnico N° 04-2017-MB/UJ, del cual se infiere que el incumplimiento de las obligaciones por parte del CONSULTOR (NJS) son exclusivamente responsabilidad de este por **CULPA INEXCUSABLE**.

Además en cuanto a la causal estipulada en el literal "d" del punto 2.9.1, se ha acreditado fehacientemente con el INFORME TÉCNICO LEGAL SOBRE EJECUCIÓN DEL CONTRATO N° 047-2010-GG/SEDACAJ, conforme es de verse de las conclusiones siguientes:

**"(...) CONCLUSIONES DEL OBJETIVO N° 01**

*La empresa BM3 Obras y Servicios S.A., quien suscribió a través de su representante el Contrato de Obra N° 047-2010-GG-EPS SEDACAJ S.A.... es parte del contrato aludido, no habiendo perdido tal condición.*

*La Empresa MESTRAL S.A.C., constituida como resultado de la transformación de BM3 Sucursal del Perú, no es parte del Contrato de Obra N° 047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A., siendo una empresa con personalidad jurídica propia, de conformidad con el artículo 6° de la Ley General de Sociedades "La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción".*

*La "participación" de la Empresa MESTRAL S.A.C. en el Contrato de Obra N° 047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A., fue irregular siendo inducida por el señor Javier Pérez Claramunt,*

*(...)*

*Respecto al accionar del señor Javier Pérez Claramunt, representante legal de BM3 OBRAS Y SERVICIOS S.A., se aprecia claramente un accionar doloso en cuanto a que primero informó a PROREGION del establecimiento de una Sucursal denominada BM3 OBRAS Y SERVICIOS SUCURSAL DEL PERÚ, cuando está ya había sido transformada en la Empresa MESTRAL S.A.C., y luego solicita que toda documentación se genere bajo esta nueva razón social, haciendo creer que se trataba de la misma empresa, al argumentar que dichas modificaciones se encontraban registradas ante SUNAT y SUNARP, logrando que MESTRAL SAC participe indebidamente en la ejecución del contrato, sin ser parte de éste.*

**CONCLUSIONES DEL OBJETIVO N° 04**

*Se ha determinado que señor Javier Pérez Claramunt, en primer lugar resultó ser representante legal de BM3 Obras y Servicios S.A., posteriormente de la sucursal BM3 Obras y Servicios Sucursal Perú, y después de la empresa transformada MESTRAL S.A.C., informando e induciendo dolosamente a error a PROREGION para que se permita la intervención de MESTRAL SAC en la ejecución del Contrato de Obra N° 047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A.; posteriormente desconoce su participación en forma conveniente a sus intereses (...)"*

*Y, el Informe Legal N° 087-2016-GR.CAJ-PROREGION/OAL/EL/NFIM, en donde se detalla:*

*"2.18.- Que, el indicada informe tampoco reconoca como válida la participación de la empresa I&SCG S.A., como sub contratista nominado, al tener un proceder irregular su designación, en consecuencia, toda la actuación de la Empresa BM3 Obras y Servicios S.A., personificada en sus representantes legales encabezados por Javier Pérez Claramunt y quienes cooperaron, desde su aparición ha sido completa y sintomáticamente irregular; los*

J. La Justicia N° 172 - Urb. La Alameda - Cajamarca

Tel: 076-637250

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
 Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
 Marco Antonio Montoya Bramon  
 Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
 PROREGION del Gobierno  
 Regional de Cajamarca

0 0354



**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**  
**PROGRAMAS REGIONALES**  
**RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA**  
**N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE**

*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*



múltiples sucesos y hechos relacionados así lo confirman; en clara infracción a las reglas contractuales establecidas, al compromiso asumido y en franco desprecio a los intereses públicos que estaban en juego; perjudicando alevosa y directamente a la población cajamarquina.

2.19.- Que, teniendo en consideración lo señalado precedentemente ahora queda claro que MESTRAL SAC, jamás debió ingresar al Contrato, asimismo la relación contractual que esta propició con la empresa INFRAESTRUCTURA & SERVICIOS CONTRATISTAS GENERALES S.A. (en adelante I&SCGSA), bajo la figura del Sub Contratista Nominado, tampoco debió existir por contravenir causas de nulidad, así el inc. 14 del artículo 2° de la Constitución Peruana, señala: "Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público". Entonces, se tiene por regla general que todo acto jurídico deberá tener para su existencia un fin lícito, es decir, que determinado acto no contravenga el ordenamiento jurídico, las normas imperativas e inclusive la moral (buenas costumbres). Así el artículo 140° del Código Civil señala: "El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: numeral 3°) Fin lícito No será válido un acto jurídico que contravenga el ordenamiento jurídico y las buenas costumbres y numeral 4°) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. **NO OBSTANTE ELLO EL CONSULTOR NJS SUCURSAL DEL PERU, PERSISTE EN CONVERTIR LO IRREGULAR EN REGULAR, presentando una Relación Valorada Final del supuesto Sub Contratista Nominado (I&SCG S.A.) respecto de los trabajos ejecutados en las obras de saneamiento de las Ciudades de Hualgayoc, Bambamarca y Chota (Grupo B) desconociendo que el titular del Contrato de Obra N° 047-2010-GG-EPS SEDACAJ S.A., es la empresa BM3 Obras y Servicios S.A., pese a que la Entidad mediante Carta N°69-2016-GR.CAJ/PROREGION/DE puso en conocimiento del informe técnico legal realizado por el estudio Sánchez Anaya e interpretando el contrato de una manera muy particular y a su modo".**

Estos hechos no han sido desvirtuados, con argumentos válidos y creíbles por parte de NJS, pues simplemente ha mencionado que no conoce a dichas empresas, lo que se contradice con las pruebas y documentación citas en los mencionados informes. Aunado a esto, existe el informe de "GRUPO DE TRABAJO ENCARGADO DE INVESTIGAR LAS PRESUNTAS IRREGULARIDADES EN LAS OBRAS DE SANEAMIENTO DE AGUA Y ALCANTARILLADO EN LAS 10 PROVINCIAS DE CAJAMARCA", que en sus conclusiones 9 y 10, corroboran lo ya demostrado en los informes precitados.

Que, Sin perjuicio de ello, además la inexecución de las obligaciones por parte de NJS, se han producido por su actuar **DOLOSO**, al verificarse que el contrato inicial fue por un monto de S/ 21 430 809.00 (veintún millones cuatrocientos treinta mil ochocientos nueve y 00/100 soles); sin embargo, a la fecha ese monto se ha incrementado por más del cien por ciento de su costo inicial, teniendo a la fecha el monto de S/ 49 450 109.43 (cuarenta y nueve millones cuatrocientos cincuenta mil ciento nueve con 43/100 soles), esto acredita que NJS no solo ha estado incumpliendo sus obligaciones, sino que también se ha beneficiado de ello, con un promedio de veintún (21) ampliaciones, conforme se aprecia del acta de conciliación, sobre la obra de la cual ellos han sido los responsables de elaborar los expedientes técnicos, además de supervisar la ejecución de los mismos.

J. La Justicia N° 172 - Urb. La Alameda - Cajamarca

Teléfono: 076-637229

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca




**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**  
**PROGRAMAS REGIONALES**  
**RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA**  
**Nº 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE**

*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*

0 0355

Sobre dichas ampliaciones, el CONTRATO en su literal a) del punto 2.2.1 del APÉNDICE A - TÉRMINOS DE REFERENCIA prescribe:

*"EL CONSULTOR deberá viabilizar los documentos del Estudio de Preinversión e Implementación del Préstamo P-35 para el Programa de Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de las Principales Ciudades del Departamento de Cajamarca I Etapa - Préstamo JICA PE-35 con fines de ejecución y debe elaborar toda la documentación necesaria para obtener los Diseños Definitivos (memorias descriptivas, estudios específicos, memorias de cálculo, planos, especificaciones técnicas para cada ítem del presupuesto, análisis costos unitarios, presupuestos, y demás indicados en el presente documento). Asimismo deberá indicar la necesidad de realizar el diseño de las nuevas estructuras que deberán ejecutarse por variación de las condiciones físicas no previstas en el estudio de preinversión, visibles o detectables, **EVITÁNDOSE LA POSTERIOR GENERACIÓN DE ADICIONALES DE OBRA Y/O AMPLIACIONES DE PLAZO DURANTE LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS E INSTALACIONES PREVISTAS EN EL ESTUDIO DE PREINVERSIÓN, AÚN CUANDO FUEREN CONSECUENCIA DE CAMBIOS FÍSICOS DEL TERRENO SOBRE EL CUAL ESTÁN PREVISTOS LOS TRABAJOS.** Si esos nuevos diseños representan cambios importantes en la concepción del proyecto, que originen mayores prestaciones, estas serán reconocidas mediante una nueva **pectación.**" (negrita y subrayado nuestro)*

Siendo ello así, y con el conocimiento y consentimiento de NJS de su obligación, como es posible que a la fecha existan Veintún de ampliaciones aprobadas en diferentes años, conforme se advierte del acta de conciliación; y además astén otras tantas por aprobar. Esto no hace más que seguir corroborando el incumplimiento DOLOSO de sus obligaciones, perjudicando tanto a PROREGION como a la población de Cajamarca quienes deben ser los beneficiados de estas obras.

Que, por último, mediante Resolución Directoral Ejecutiva Nº 236-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 19 de septiembre de 2017, PROREGION en su artículo primero decidió: **"RESOLVER DE FORMA TOTAL, el Contrato de Servicios de Consultoría Nº001-2009-GR.CAJ/PROREGION, suscrito entre la empresa NJS Sucursal del Perú-Nippon Jogesuido Sakkel Sucursal del Perú y la Unidad Ejecutora Programas Regionales-PROREGION, por estar inmerso el consultor en la cláusula 7ª penalidades numeral 7.3 de las Condiciones Generales del Contrato, de conformidad a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución"**.

Revisada dicha Resolución, se advierte que esta no es clara en cuanto a las causales por las que se debe resolver el contrato, es así que mediante este Informe se deja claro que las causales por las que se debió resolver el contrato son las que se encuentran en los literales (a) y (b) del apartado 2.8 del CONTRATO. Precisando que para la causal (a) se ha seguido el procedimiento que se requiere contemplado en el apartado 2.8 del CONTRATO. Recalcando que el incumplimiento de sus obligaciones se demuestra con la aplicación de la PENALIDAD MÁXIMA mediante Resolución Directoral Ejecutiva Nº025-2016-GR.CAJ/PROREGION/DE, las ampliaciones solicitadas a lo largo de los años por NJS; y, con los siguientes documentos: el Oficio Nº1001-2016-GR.CAJ/PROREGION/UI, de fecha 10 de noviembre de 2016, Informe Nº37-2016-GR.CAJ-PROREGION/UMBR, Informe Nº 491-2015CG/MROY-EE, subsumidos ambos en el Informe Legal Nº 097-2016-GR.CAJ-

Jr. La Justicia Nº 172 - Urb. La Alameda - Cajamarca

Teléfono: 076-637269

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca



**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**  
**PROGRAMAS REGIONALES**  
**RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA**  
**N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE**

*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*


0356

**PROREGION/OAL/EL/INFIM** y finalmente con el Informe Técnico N° 04-2017-MB/UJL.

Agregamos además que, si bien es cierto, no se ha cumplido con el procedimiento establecido en el CONTRATO, esta deficiencia no enerva la decisión tomada por PROREGION; sin embargo, consideramos que se debió respetar lo pactado en el CONTRATO.

En este contexto, el acto administrativo contenido en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 19 de septiembre de 2017, carecería de un tanto impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación pues no se ha precisado correctamente la causal por la cual se resuelve el contrato, además tiene una motivación insuficiente o parcial, pues ha olvidado especificar las causales y procedimiento a seguir para la resolución del contrato, lo cual podría afectar el debido proceso; sin embargo, no todo acto administrativo inválido es un acto administrativo susceptible de ser declarado nulo en los términos previstos por la normatividad vigente, sino más bien este acto puede ser conservado siempre y cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

La motivación del acto administrativo contenido en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PRDREGION/DE, de fecha 19 de septiembre de 2017 contiene de forma expresa, una relación concreta y directa un análisis jurídico de las causas por la cual se le resuelve al contrato a la Empresa NJS, donde se exponen las razones jurídicas y normativas que, con referencia directa a los anteriores justifican al acto adoptado; sin embargo, al momento de resolver se ha cometido una incongruencia e imprecisión con sus antecedentes y motivación, error que deberá ser subsanado por la entidad ya que no repercute en la decisión tomada, es decir, esto complementado con los fundamentos del presente Informe se determina que la causal por la que se resuelve el contrato son las estipuladas en el literal (e) y (d) del punto 2.9.1, sirviendo además el contenido de este informe de complemento para la motivación deficiente e incompleta de la resolución mencionada.

En tal sentido, cabe mencionar que, el artículo 14° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece en el numeral 14.1 lo siguiente: *"Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora"* y en el numeral 14.2 se establecen los supuestos de conservación del acto administrativo, dentro de los cuales se establece:

*14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.*

*14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.*

*14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido e cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.*

*14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio".*

Consecuentemente el acto administrativo contenido en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 19 de septiembre de 2017, se trata de un acto que padece de un vicio considerado no trascendente conforme lo prescrito por el artículo 14° de la Ley N° 27444, pues existe incongruencia entre el acto contenido en el

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca



**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**  
**PROGRAMAS REGIONALES**  
**RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA**  
**N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE**

*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*


0357





artículo que resuelve el contrato con los fundamentos que dan sustento a su motivación, contiene una deficiente motivación y además no ha respetado la formalidad para proceder con la resolución; sin embargo cabe recalcar que dichos vicios de no haberse dado no cambian en nada la decisión final, por tanto, existe la posibilidad de que el acto presuntamente nulo, recobre su validez mediante la subsanación o enmienda de su ilegalidad por la propia Administración Pública, conforme también lo establece el numeral 14.2.3 de la Ley N° 27444 que dice: **"El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado"**, concordante con el numeral 14.2.4 que prescribe: **"Cuando se concluya Indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio"**.

La finalidad de la conservación del acto administrativo es salvar la eficacia de las actuaciones administrativas respecto de irregularidades que la propia ley administrativa considera leves. Para tal efecto la misma Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que deben corregirse las infracciones a los requisitos de validez de los actos administrativos que se estima menos relevantes, para corregir los aspectos viciados y volver los actos inválidos en actos plenamente legales y conformes al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la potestad de enmendar los actos administrativos afectados por vicios no trascendentes y que no cambie de ninguna forma el acto administrativo de haberse producido el vicio a que se refiere el artículo 14° de la LPAG, constituye una obligación para la Administración como así lo prescribe el citado dispositivo que dice en su numeral 14.1: **"...procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora"**. Por tanto PROREGION está obligado a ejercer de oficio su potestad de subsanación para la efectiva conservación del acto administrativo contenido en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 19 de septiembre de 2017, con sujeción al principio de legalidad.

Es necesario precisar también que dicha actuación por parte de la entidad estatal encuentra respaldo en Artículo 154 que estipula: **"Impulso del procedimiento La autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida"**, además de la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, conforme al Artículo VIII, del Título Preliminar de la Ley 27444 que establece: **"Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, o otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad"**; respecto a la Integración del acto administrativo establecido en el quinto párrafo del Artículo 172° del Código Procesal Civil que prescribe: **"El Juez puede integrar una resolución antes de su notificación. Después de la notificación pero dentro del plazo que las partes dispongan para apelarse, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede integrarla cuando haya omitido**

J. La Justicia N° 172 - Urb. La Alameda - Cajamarca

Teléfono: 076-637269

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca



**GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**  
**PROGRAMAS REGIONALES**  
**RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA**  
**N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE**

*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*



0358

*pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio. El plazo para recurrir la resolución integrada se computa desde la notificación de la resolución que la integra".*

Que, estando en consideración de lo señalado en los documentos del visto; y en uso de las facultades conferidas por el Reglamento de Organización y Funciones de PROREGION, aprobado mediante Ordenanza Regional N° 001-2009-GR.CAJ-CR, a través de la cual se crea PROREGION como organismo público ejecutor con autonomía técnica y administrativa, atendiendo a lo regulado por la Ley N° 27783 – Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27867 – Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, modificada por Ley N° 27902, Ley de 27444, Ley del Procedimiento Administrativo y sus modificatorias; y en uso de las atribuciones conferidas mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 359-2017-GR.CAJ/GR, del 02 de agosto del 2017; con la visación de la Oficina de Asesoría Legal y de la Unidad de Ingeniería de PROREGION.

**SE RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.- INTÉGRESE** la Motivación de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 19 de septiembre de 2017, con los considerandos de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO.- CORRÍGASE** la causal contenida en el Artículo Primero de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 19 de septiembre de 2017, debiendo ser resuelto por las causales (a) y (d) del apartado 2.9.1 del Contrato de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION.

**ARTÍCULO TERCERO.- TÉNGASE POR SUBSANADO** los Vicios no Trascendentes contenidos en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 19 de septiembre de 2017; consecuentemente **CONSERVESE EL ACTO ADMINISTRATIVO** contenido en la resolución mencionada.

**ARTÍCULO CUARTO.- COMUNICAR** que resolución del contrato estipulada en el artículo segundo de la presente, se hará efectivo e los 31 días calendario de notificado la misma; de acuerdo al procedimiento establecido en el punto 2.9.1 del Contrato de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION.

**ARTÍCULO QUINTO.- ESTABLECER**, que la presente y los actuados que corresponden sean remitidos al JICA – Agencia de Cooperación Internacional Japón (Japan International Cooperation Agency) para que emita su no objeción.

**ARTÍCULO SEXTO.- EXHORTAR** a la Empresa Consultora NJS sucursal del Perú, que realice las acciones correspondientes y necesarias para la Cesación de sus Servicios; y adecua su actuación, conforme a lo contemplado en el punto 2.9.4 Cesación de los Servicios; y a lo estipulado en el punto 3.10 Equipamiento y Materiales a ser Proporcionados por el Contratante, donde deberá realizar un inventario de todos los bienes de propiedad de el CONTRATANTE, los mismos que deberán ser entregados a la ENTIDAD, en el menor plazo posible, conforme a los procedimientos del Contrato de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION; para lo deberá coordinarse con la Unidad de Logística de PROREGION.

J. La Justicia N° 172 – Urb. La Alameda – Cajamarca

TEL: 076-637229

----- Continúa en la siguiente página -----



**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

incumplimientos invocados fueron superados previo al ejercicio de la resolución. Estos aspectos se analizarán a continuación:

### **El procedimiento:**

71. Para analizar la controversia suscitada entre las partes respecto al procedimiento es pertinente traer a la vista lo pactado en el Contrato, específicamente, en el siguiente extremo:

#### **«2.9 Terminación (Resolución)**

##### **2.9.1 Por EL CONTRATANTE**

**EL CONTRATANTE** podrá, notificando al respecto por escrito a **EL CONSULTOR**, por lo menos treinta (30) días calendario antes (salvo en el caso previsto en el apartado (f) más adelante, en el que se requiere notificación por escrito con sesenta (60) días calendario de anticipación, como mínimo), dar por terminado (resuelto) este Contrato cuando se produjera cualquiera de los hechos especificados en los párrafos de (a) al (e) de esta Cláusula CGC 2.9.1:

- (a) Si **EL CONSULTOR** no subsana el incumplimiento de sus obligaciones aquí establecidas, según lo especificado en la notificación de suspensión hecha conforme a la Cláusula CGC 2.8 precedente, dentro de los treinta (30) días calendario de recibida dicha notificación de suspensión o dentro de tal periodo posterior según pudiera haber aprobado por escrito posteriormente **EL CONTRATANTE**;
- (b) Si **EL CONSULTOR** cayera en insolvencia o fuera declarado en quiebra o celebrara cualquier acuerdo con sus acreedores a fin de lograr el alivio de sus deudas o se colocara en cualquier ley que beneficiara a los deudores o entrara en liquidación o administración judicial, ya sea de carácter forzoso o voluntario;

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

- (c) *Si **EL CONSULTOR** no diera cumplimiento a la resolución definitiva resultante de un proceso de arbitraje conforme a la cláusula CGC 9 de este Contrato;*
- (d) *Si **EL CONSULTOR** presentara a **EL CONTRATANTE** una declaración la cual tiene un efecto importante en los derechos, obligaciones o intereses de **EL CONTRATANTE** y **EL CONSULTOR** lo hiciera sabiendo que es falsa;*
- (e) *Si, como consecuencia de un caso de Fuerza Mayor, **EL CONSULTOR** estuviera imposibilitado de ejecutar una porción de los Servicios por un periodo no menor de sesenta (60) días calendario.»*

72. De lo antes citado se aprecia con claridad que las partes han establecido formalidades<sup>23</sup> para dar por terminado el Contrato, dependiendo del presupuesto acaecido -sobre lo cual se ahondará más adelante-, siendo que su incumpliendo acarrea la ineficacia estructural<sup>24</sup> del acto resolutorio de conformidad con lo prescrito en el artículo 219° del Código Civil.

73. Lo anterior es así por cuanto, como bien lo destaca Aníbal Torres, «Los otorgantes pueden imponer libremente una forma probatoria o solemne a los actos jurídicos de forma libre (la ley no impone una forma determinada). Pueden convertir a un acto con formalidad probatoria (dispuesta por la Ley) en un acto formal solemne. Pueden incrementar la

---

<sup>23</sup> De conformidad con lo prescrito en el artículo 1411° del Código Civil «Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad». Esta presunción si bien admite prueba en contrario –*iuris tantum*–, las partes no han manifestado que sea distinta a la prevista en el artículo antes citado, resultando dable, por tanto, arribar a la convicción que lo pactado por las partes hace referencia a una *formalidad ad solemnitatem*.

<sup>24</sup> Tal como lo señala GUTIERREZ CAMACHO, en «los actos formales la voluntad deberá manifestarse de la forma exigida por la ley o por las partes; la inobservancia generará la invalidez del acto. Es este el caso en el que la forma se convierte en elemento constitutivo del acto». GUTIERREZ CAMACHO, Walter. «Comentarios a los artículos 1411° al 1413° del Código Civil peruano. En: «Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas», Tomo VII, pág. 414.

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

*solemnidad dispuesta por ley..., pero los otorgantes no podrán eliminar o disminuir los elementos de la solemnidad prescrito por ley...»<sup>25</sup>.*

74. En un sentido más técnico, el concepto de forma hace referencia a un medio concreto y determinado que el ordenamiento jurídico o la voluntad de los particulares exige para la exteriorización de la voluntad. La eficacia se hace depender entonces de la observancia de las formas, que son las únicas admitidas como modo de expresión de la voluntad. La forma es aquí una manera de ser del negocio jurídico, según conocido tópico *forma data ese re*<sup>26</sup>.

**La Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE:**

75. Teniendo en claro lo anterior, compete analizar en primer término si el acto contractual llevado a cabo por PROREGIÓN a través de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/ DE debe ser declarada ineficaz. Sobre ello, la postura de NJS es que PROREGIÓN no ha cumplido con las formalidades previstas en el Contrato para ejercer el derecho resolutorio comunicada a través de ella; esta alegación no ha sido aceptada ni negada por PROREGIÓN, empero su postura ha sido la de señalar que dicha causal resolutoria ejercida a través de la precitada Resolución (acumulación de penalidad) ha sido reemplazada por otras, vía subsanación; esto es, en el plano de los hechos PROREGIÓN no opone a NJS efecto alguno derivado de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE –con excepción de servir como una especie de fuente para lo que ellos han llamado subsanación–, lo cual no deja lugar a dudas que así debe ser declarada.
76. Aun cuando no se quiera aceptar que la causal invocada a través de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE ha sido dejada sin efectos en el plano de los hechos por PROREGIÓN – bajo las denominaciones de reemplazado, corregido o subsanado–, esa decisión original tampoco puede ser oponible a NJS debido a que no es acorde a lo pactado en el Contrato.
77. Sobre el particular, PROREGIÓN invocó la cláusula 7.3 de las CGC para ejercer su derecho resolutorio. Esta cláusula está relacionada con las disposiciones establecidas en la cláusula 2.9.1 de las CGC. Sin

<sup>25</sup> TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. «Teoría General del Contrato», Tomo. I, 1ra. Ed., Instituto Pacífico S.A.C., Lima, 2012, pág. 575.

<sup>26</sup> Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. I, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2004, pág. 495.

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

embargo, no existe una dependencia como sostiene NJS, sino que esta es autosuficiente en los términos expuestos en ella (Art. 1361° del C.C.).

78. Específicamente, la cláusula 7.3 de las CGC establece que «*Cuando la penalidad alcance el 10% del Monto Total del CONTRATO y el CONSULTOR no hubiese levantado las observaciones de los informes y actividades que le corresponden, tendrá 30 días calendario como plazo final para subsanarlos, caso contrario se le resolverá el CONTRATO*». Así, para activar o hacer uso de la cláusula 7.3 de las CGC se requiere, entre otros, la preexistencia de una obligación incumplida por parte de NJS en base a la cual se quiere ejercer el derecho resolutorio, que no haya sido ejecutada en un último plazo de treinta días a los previstos para su subsanación y, que NJS haya alcanzado el monto máximo de penalidad.
79. En el caso que nos avoca, la obligación incumplida en los términos expuestos en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE recae sobre la presentación oportuna de los informes mensuales, pero esta obligación se encontraba cumplida –lo cual ha sido aceptado por las partes de manera pacífica por las partes–, aunque tardíamente, cuando PROREGIÓN pretendió dar por culminado el Contrato, con lo cual nos encontramos frente a un evento que no se subsume dentro de la cláusula 7.3 de las CGC pactada para ejercer válidamente la resolución del Contrato, no resultando por ende oponible esa decisión a NJS.
80. Evidentemente, si no se dio el supuesto de hecho pactado en la cláusula 7.3 de las CGC, tampoco se dio cumplimiento al procedimiento –*forma*– pactado para su activación, especialmente en el extremo de la necesidad de esperar el plazo de 30 días finales para la presentación de informes y/o prestación incumplida sobre la cual se quiere hacer valer el derecho a resolver el Contrato.
81. Bajo tales consideraciones, resulta hasta este punto fundado el extremo de la primera pretensión de la demanda relativo a dejar sin efecto la decisión de PROREGIÓN de dar por culminado el Contrato, contenida en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE.

**La Resolución Directoral Ejecutiva N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE:**

82. En cuanto a la Resolución Directoral Ejecutiva N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE, NJS sostiene que el derecho resolutorio ejercido a través de ella debe ser dejada sin efecto en la medida que: (i)

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

No se habría cumplido con el procedimiento establecido; (ii) Los sucesos invocados no se subsumirían en los presupuestos pactados para ejercer válidamente el derecho resolutorio (no se configuran las causales y los incumplimientos invocados han sido superados); y, (iii) La corrección, integración y subsanación no son figuras reguladas en el Código Civil y, por tanto, no enmiendan el derecho resolutorio ejercido por PROREGIÓN a través de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE.

83. Sobre el último de los argumentos de NJS debemos tener en cuenta que, si bien la corrección, integración y subsanación no son aplicables al acto resolutorio que PROREGIÓN quiere oponer frente a NJS –ya se explicó apartados atrás que no nos encontramos frente a actos administrativos regidos por la LPAG–, ello no quiere decir que se deba declarar su ineficacia al amparo de esos argumentos, antes bien, ello se deberá analizar teniendo en cuenta que la Resolución Directoral Ejecutiva N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE termina siendo un acto contractual y, como tal, debe ser acorde a las obligaciones y derechos asumidos en el Contrato para ser oponible a NJS.
84. Ahora bien, la Resolución Directoral Ejecutiva N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE contiene la manifestación de voluntad de PROREGIÓN para dar por terminado el Contrato atendiendo a que presuntamente –hasta el momento–, NJS habría incurrido en las causales resolutorias previstas en los apartados a y d de la cláusula 2.9.1 de las CGC la cual, dada su relevancia, es pertinente traerla a la vista nuevamente:

## **«2.9 Terminación (Resolución)**

### **2.9.1 Por EL CONTRATANTE**

**EL CONTRATANTE** podrá, notificando al respecto por escrito a **EL CONSULTOR**, por lo menos treinta (30) días calendario antes (salvo en el caso previsto en el apartado (f) más adelante, en el que se requiere notificación por escrito con sesenta (60) días calendario de anticipación, como mínimo), dar por terminado (resuelto) este Contrato cuando se produjera cualquiera de los hechos especificados en los párrafos de (a) al (e) de esta Cláusula CGC 2.9.1. »

85. De lo anterior se aprecia que la cláusula 2.9.1 de las CGC está redactada de manera tal que proponen dos alternativas en múltiples causales por

**Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca**

las cuales activarlas –*la exigencia de cumplimiento y la de resolución*–, combinadas dentro de un solo esquema procedimental, ordenándolas en forma sucesiva y empezando por la pretensión de cumplimiento. Su redacción es similar a la del artículo 1429° del Código Civil el cual, tal como sostiene Forno, «*se pone en el supuesto que, en momentos distintos, el acreedor pueda ser titular de intereses... referido al cumplimiento primero, y el relativo a la resolución después..., pues las circunstancias pueden hacer que un interés existente en un momento determinado desaparezca y sea entonces sustituido por otro*<sup>27</sup>; pero sobre todo –y esta es la nota característica peculiar de la figura– *se pone en el supuesto que el acreedor puede establecer con anticipación tal sucesión de momentos de manera que pide el cumplimiento, pero como ya sabe cuándo desaparecerá su interés en él y surgirá en su reemplazo un interés en la liberación*»<sup>28</sup>.

86. En el caso que nos ocupa, la resolución ejercida por PROREGIÓN no ha tenido en cuenta el procedimiento pactado, en el extremo de una notificación previa en la que se indique que se hará uso de las causales resolutorias a) y d) de la cláusula 2.9.1 de las CGC, lo que se conoce comúnmente como apercibimiento previo, a cuyo vencimiento se puede ejercer el derecho a resolver el Contrato, de preexistir la causal resolutoria al finalizar el plazo dado.
87. El incumplimiento de la forma de resolver el Contrato en los términos pactados, conforme a lo expuesto considerandos anteriores, conlleva a que dicha resolución presente una ineficacia funcional, en el entendido que la eficacia se hace depender de la observancia de las formas, que son las únicas admitidas como modo de expresión de la voluntad de las partes.
88. Bajo tales consideraciones, resulta fundada la primera pretensión de la demanda de NJS. Por lo tanto, corresponde dejar sin efecto la resolución del Contrato llevada a cabo por PROREGIÓN a través de las Resoluciones Directorales N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE y N° 260-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE. Por consiguiente, compete

---

<sup>27</sup> Esta sucesión o cambio de intereses es precisamente lo que justifica el derecho a cambiar de alternativa, derecho conocido también como *Ius Variandi*. Cabe destacar, no obstante, que por regla general en función del tipo de interés del acreedor, éste escoge una solución, la que considera más adecuada, en cada momento. Es decir, considera primero la existencia de un interés al cumplimiento y exige en consecuencia la prestación; más tarde ese interés decae y surge por tanto un interés en la destrucción del vínculo y en la consiguiente liberación, que realiza mediante el ejercicio del derecho de resolución.

<sup>28</sup> FORNO FLÓREZ, Hugo. Resolución por intimación. THĒMIS-Revista De Derecho, (38), 103-124. 1998. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10314>

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

pasar a analizar si la resolución del Contrato efectuado por NJS es válida y debe ser oponible o no a PROREGIÓN.

**La resolución del Contrato efectuada por NJS:**

89. Sobre este aspecto es aceptado pacíficamente por las partes que el 4 de septiembre de 2018, NJS cursó a PROREGIÓN el siguiente documento:

EL NOTARIO NO ASUME RESPONSABILIDAD SOBRE EL CONTENIDO DE LA CARTA, NI DE LA FIRMA, IDENTIDAD, CAPACIDAD O REPRESENTACIÓN DEL RESIDENTE DEL MAP-D. DES-1004

**NJS SUCURSAL DEL PERU**

**NOTARIA VIGO SALDAÑA**  
Jr. Apurimac N° 582 - CAJAMARCA  
TEL: 053 1 791 51202  
e-mail: notaria@notariavigosaldana.com

**CARTA NOTARIAL 1459**

0 0578

*287-0*  
*010 Inducción*

NisP-2779-18

**CARTA TRAMITADA CON INTERVENCION NOTARIAL**

Lima, 27 de Agosto del 2018

**FLAMINIO VIGO SALDAÑA**  
Notario de Cajamarca **10 4 SEP 2018**

Señor  
Lic. CESAR ALBERTO FLORES BERRIOS  
Director Ejecutivo  
PROREGION  
Jr. La Justicia N° 172-H-20, Urb. La Alameda, Cajamarca.  
Cajamarca.-

**U.E. DE PROGRAMAS REGIONALES - PROREGION**  
**RECIBIDO**  
04 SEP. 2018

Horas: 02:00 Fecha: 02  
Módulo: 02 Firm: [Firma]

Asunto : Resolución de Contrato.

Referencia : Contrato de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION

De nuestra consideración:

Por medio de la presente nos dirigimos a usted para manifestarle que el pasado 31 de julio del presente año, se ha culminado con el proceso de acuerdo amigable, habiendo sido una de las controversias la resolución del contrato de consultoría planteada por PROREGION y no habiéndose obtenido un acuerdo sobre esto y otras cosas, y considerando que nuestra representada tenía motivos suficientes para resolver dicho contrato, mediante este documento les comunicamos nuestra intención de hacer valer nuestros derechos al respecto, por lo que en aplicación del primer párrafo de la Cláusula 2.9.2 de las condiciones generales del contrato, comunicamos nuestra intención de resolver el Contrato de Consultoría N°001-2009-GR.CAJ/PROREGION.

Nuestra decisión de Resolver el Contrato de Consultoría de la referencia se da al amparo de lo establecido en los literales (a) y (b) de la Cláusula antes indicada

En efecto, el literal (a) de la cláusula 2.9.2 dice e la letra:

**SI EL CONTRATANTE no paga cualquier dinero adeudado a EL CONSULTOR an virtud de este Contrato y que no fuera objeto de controversia conforme a la Cláusula CGC 9 de esta Contrato, dentro de los cuarenticinco (45) días calendario de recibida la notificación de EL CONSULTOR de que tal pago se ha vencido**

Es de verse que mediante cartas NJS/CAJ-DP-116-2017 del 14.09.2017, NJS/CAJ-DP-134-2017 del 23.10.2017 y NJS/CAJ-DP-136-2017 del 24.10.2017, le reiteramos la cancelación de diversas valorizaciones presentadas con anterioridad observándolas que se ha excedido en demasía los 45 días indicados. Se ha cumplido con el apercebimiento al que se refiere la cláusula aludida y por tanto se configure la causal invocada para resolver el contrato.

Av. Las Carmelitas 790, Oficina 605- San Isidro  
Lima 27, Perú

Teléfono: 51-1-422-6666

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

0 0579

**NJS SUCURSAL DEL PERU** (Nippon Jogesuido Sekkei Co., Ltd.)

En relación con el literal (b) de la cláusula 2.9.2 se indica lo siguiente:

*SI EL CONTRATANTE incurriera en grave incumplimiento de sus obligaciones en virtud de este contrato y no lo subsanara dentro de los cuarenticinco (45) días calendario (o un periodo mayor como podria EL CONSULTOR posteriormente haber aprobado por escrito) de recibida la notificación de EL CONSULTOR a EL CONTRATANTE especificando tal incumplimiento.*

Al respecto cabe señalar que de la valorización única del Adicional de Servicios de Consultoría N°13 EL CONTRATANTE procedió a retener el monto de S/. 668,403.00 por controversia de los mayores gastos generales pagados al Contratista BM3 Obras y Servicios por las ampliaciones de plazo N°13, 14 y 15. Con nuestra Carta NJS/CAJ-DP-452-2015 se le puso de conocimiento a su representada que la aplicación de dicha carga no se encuentra contemplada en el contrato y por estar sometida la controversia a arbitraje EL CONTRATANTE no puede retener ningún pago alguno, siendo que al no devolver el monto retenido hasta la fecha, incurren en un grave incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Esta situación fue reiterada con nuestra Carta NJS/CAJ-DP-221-2016 del 15.07.2016.

Asimismo mediante Carta N°049-2015-GR.CAJ/PROREGION/DE que recibíremos el pasado 07.12.2015 ustedes nos manifestaron su intención de aplicación de penalidad por retrasos en la presentación de los informes mensuales establecidos en los términos de referencia y de los cuales presentamos nuestro sustento rechazando sus argumentos (Carta NJS/CAJ-DP-624-2015 del 16.12.2015), por lo que tal situación se encuentra en controversia. Sin embargo mediante R.D.E. N°239-2015-GR.CAJ/PROREGION/DE ordenan se retenga el pago de valorizaciones pendientes de pago contraviniendo el ítem 7.4 del contrato de consultoría que precisa lo siguiente: *EL CONTRATANTE comunicara a EL CONSULTOR su intención de aplicar la penalidad luego de ocurrido el hecho materia de multa. EL CONSULTOR tendrá un plazo de 7 días calendario para confirmar o rechazar los argumentos. En caso EL CONSULTOR confirme estos argumentos o no conteste, esta multa se aplicara deduciéndole del monto de la factura siguiente que amita EL CONSULTOR, caso contrario se aplicara las cláusulas de equidad y buena fe y en el extremo de arreglo de diferencias. Como pueden verificar su representada no actúa de buena fe y ordena retenciones no contempladas en el contrato de consultoría incurriendo de esta manera en grave incumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que es evidente que se configura la resolución del contrato.*

Sin otro particular, quedamos de Usted.

Atentamente,

  
UTIHORO SASAGAWA SASAGAWA  
NJS SUCURSAL DEL PERU  
APODERADO

Av. Las Camelias 790, Oficina 605- San Jidro Lima 27, Perú Teléfono: 51-1-422-6668

90. Igualmente, es aceptado por las partes, y por tanto también resulta un hecho incontrovertido, que el 12 de diciembre de 2018 NJS cursó a PROREGIÓN el siguiente documento:

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

0 0581

NOTARÍA URBINA VÁSQUEZ  
 Av. Nuncio Gámez Nº 500 Plazo de Armas  
 Distrito de Las Siñas del Inca - Cajamarca  
 Teléfono: 078-348435  
 Email: jalmurbinanotario@gmail.com  
 www.notariaurbinavasquez.com

A-80

CARGO

## NJS SUCURSAL DEL PERU (Nippon Jogesuido Sekkei Co., Ltd.)

### CARTA NOTARIAL

NjsP-2804-18

Lima, 27 de agosto del 2018

Señor  
 Lic. CESAR ALBERTO FLORES BERRIOS  
 Director Ejecutivo  
 PROREGION  
 Jr. La Justicia N° 172-H-20, Urb. La Alameda, Cajamarca.  
 Cajamarca.-

Asunto : Resolución de Contrato.

Referencia : a) Carta NjsP-2778-18  
 b) Contrato de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION

De nuestra consideración:

Nos dirigimos a Ustedes en atención a su Carta N° 165-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE del 10 de setiembre pasado, mediante la cual señala que no es procedente la resolución del contrato realizada por nuestra representada, hecha de conocimiento mediante la carta de la referencia (a).

Al respecto queremos hacer recordar que la resolución de contrato efectuada por la Entidad no está consentida por nosotros, pues consideramos que no se ajusta al contrato, habiéndose iniciado un proceso arbitral que podría devenir en la invalidez de esta resolución y por tanto no tener eficacia esta decisión de la entidad, y concluir en que el contrato siga vigente, lo que consideramos que no se ajusta nuestro deseo ni nuestro derecho.

En efecto, al haberse iniciado un proceso de Acuerdo Amistoso el pasado 19 de diciembre del 2017, para solucionar entre otros aspectos la indebida resolución del contrato de consultoría, y que este proceso ha concluido el pasado 31 de julio del 2018, sin que las partes nos hayamos puesto de acuerdo sobre este y otros puntos, hemos considerado conveniente hacer uso de nuestro derecho de terminar el contrato de consultoría pues a nuestro criterio existen causales que ameritan la resolución del contrato por imputación a la entidad y por esa razón emitimos la carta de resolución en cumplimiento a lo indicado en el contrato de consultoría.

En consecuencia y al amparo de lo establecido en las cláusulas resolutivas de los literales (a) y (b) señaladas en la cláusula 2.9.2 de las condiciones generales del contrato, se ha materializado de manera definitiva la resolución del Contrato de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION.

Sin otro particular, quedamos de Usted.

Atentamente,

  
 URBINA VÁSQUEZ  
 NJS SUCURSAL DEL PERU  
 APODERADO

CARTA NOTARIAL Nº. 468

FOLIO Nº. 01

FECHA 12 DIC. 2018

U.E. DE GOBIERNO REGIONALES - PROREGION  
**RECIBIDO**  
 12 DIC. 2018  
 Hora: 8:43 P.M. Folios: 01  
 Rec. Firmas: SJ

DOCUMENTO NO REDACTADO  
 EN ESTA NOTARÍA

El notario se assume responsabilidad sobre el contenido de la carta, así de la firma, identidad, capacidad o representación del remitente. (Art. 102 del D. Leg. 1049)

Av. Las Camelias 790, Oficina 505- San Isidro  
 Lima 27, Perú

Teléfono: 51-1-422-6868

CONSTANCIA DE RECEPCION

NOMBRE: .....

DNI: .....

FIRMA: .....

HORA Y FECHA: .....

91. La controversia se genera por cuanto NJS sostiene que los documentos traídos a la vista deben ser declarados válidos y eficaces por cuanto: (i) Se ha seguido el procedimiento pactado en el Contrato para ejercer el derecho resolutorio; y, (ii) Los incumplimientos invocados se encuentra dentro de los alcances contractuales y están plenamente acreditados. Estos aspectos se analizarán a continuación.

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

92. Para analizar la controversia suscitada resulta conveniente traer a la vista lo pactado por las partes en la parte pertinente del Contrato:

**«2.9 Terminación (Resolución)**

[...]

**2.9.2 Por EL CONSULTOR**

**EL CONSULTOR** podrá, notificando por escrito a **EL CONTRATANTE** como mínimo treinta (30) días calendario de anticipación, dada la ocurrencia de uno de los eventos especificados en los párrafos (a) al (d) de esta cláusula CGC 2.9.2, dar por resuelto este Contrato:

- (a) Si **EL CONTRATANTE** no paga cualquier dinero adeudado a **EL CONSULTOR** en virtud de este Contrato y que no fuera objeto de controversia conforme a la Cláusula CGC 9 de este Contrato, dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario de recibida la notificación escrita de **EL CONSULTOR** de que tal pago se ha vencido;
- (b) Si **EL CONTRATANTE** incurriera en grave incumplimiento de sus obligaciones en virtud de este Contrato y no las subsanara dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario (o un periodo mayor como podría **EL CONSULTOR** posteriormente haber aprobado por escrito) de recibida la notificación de **EL CONSULTOR** a **EL CONTRATANTE** especificando tal incumplimiento;
- (c) Si como consecuencia de un caso de Fuerza Mayor, **EL CONSULTOR** es imposibilitado de ejecutar una parte importante de los Servicios por un periodo no menos de sesenta (60) días calendario; o,

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

(d) Si **EL CONTRATANTE** no diera cumplimiento a la resolución definitiva que se dictara en un juicio arbitral conforme a la Cláusula CGC 9 de este Contrato.»

93. De la cláusula antes citadas se aprecia que, al igual que la cláusula 2.9.1 de las CGC, se proponen dos alternativas en múltiples causales por las cuales pueden activarlas –la exigencia de cumplimiento y la de resolución–, combinadas dentro de un solo esquema procedimental, ordenándolas en forma sucesiva y empezando por la pretensión de cumplimiento. Específicamente, para el caso del apartado (a), tiene como presupuesto previo la existencia de una deuda requerida en cumplimiento e impaga por 45 días después de dicho requerimiento.
94. En cuanto a la existencia de las acreencias, NJS sostiene que PROREGIÓN no le ha pagado las siguientes valorizaciones por sus Servicios:

Valorización	Yenes	Soles
Valorización única de los adicionales de servicios 14 al 21	41'300,000	1'559,846.72
Valorización única del adicional del servicio 22.	3'761,250	108,145.47
Valorización única de costos mínimos 22.12.16 al 19.07.17	9'292,500	237,495.65
Valorización N° 05 puesta en marcha	2'212,500	88,305.30
<b>Total (incl. IGV)</b>	<b>56'566,250</b>	<b>1'993,793.14</b>

95. Respecto de las prestaciones adicionales de servicio números 14 al 21, NJS sostiene que se encuentra contenido en el documento denominado «Acta de Conciliación» que suscribió con PROREGIÓN el 12 de mayo de 2017, en los siguientes términos:

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

000003

adicionales de las servicios de consultoria N° 16, 17, 18, 19, 20 y 21, a lo que el Consultor accedió a realizar dichas ajustes

DESARROLLO:

1.- Reducción de la incidencia del Director de Proyecto en los adicionales de servicio N°16, 17, 18, 19, 20 y 21.



CONCLUSIONES-

Después de las coordinaciones, planteamientos y análisis correspondiente se establece lo siguiente:

*[Handwritten signature]*

1.- Aprobar las Ampliaciones de Servicio N°14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 que comprenden el periodo desde el 01.09.2015 hasta el 31.10.2016.

2.- Aprobar las montos definitivos de los Adicionales que generan las Ampliaciones de Servicio N°14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21, de acuerdo al siguiente cuadro (se adjunta a la presente los detalles correspondientes):

AMPLIACIONES DE SERVICIOS		Montos	
Nº	PERIODO	Yenes	Soles
Nº 14	Sep - dic 2015	10,000,000	516,344.00
Nº 15	Ene - abr 2016	10,000,000	459,194.00
Nº 16	May-16	1,875,000	76,811.00
Nº 17	Jun-16	1,875,000	53,911.00
Nº 18	Jul-16	1,875,000	53,911.00
Nº 19	Ago-16	1,875,000	53,911.00
Nº 20	Sep-16	1,875,000	53,911.00
Nº 21	Oct-16	1,875,000	53,911.00
TOTAL		31,250,000	1,321,904.00

Los montos arriba indicados no incluyen IGV

JUAN MANUEL MARTOS USGAY  
FEDATARIO

19 JUL 2017

Certifico que la presente copia concuerda en su contenido y en todos sus extremos, con el documento original que se encuentra en el N° 13514/V

3.- Dejar sin efecto las actas de coordinación del pasado 15.11.2016 y 09.12.2016

4.- Se establece el compromiso de la Entidad de emitir a la brevedad la RDE correspondiente que permita al consultor presentar la valorización única respectiva.

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

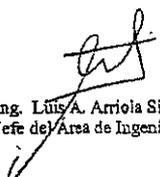
NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

000002

Siendo la 01.00 pm del mismo día se culmina la presente reunión procediendo a suscribir el acta respectiva en 02 originales de igual valor.

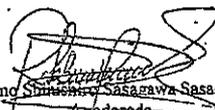
Por la Unidad Ejecutora Programa Regionales del Gobierno Regional de  
Cajamarca - PROREGION

  
Ing. Miguel Balladares Purizaga  
Director Ejecutivo

  
Ing. Luis A. Arriola Silva  
Jefe del Área de Ingeniería

  
Ing. Max Barrueto Roma  
Especialista

Por NJS SUCURSAL PERU

  
Lufino Sasagawa Sasagawa  
Apoderado

  
Ing. Juan Carlos Flores Cárdenas  
Director de Proyecto

  
Ing. Francisco Silva Mandofedo  
Asistente Manejo de Documentos de Contrato

GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA  
PROREGION  
Certifica que la presente copia concuerda en su contenido y en fecha su extensión con el documento original que he tenido a la vista  
19 JUL 2017  
JUAN MANUEL MARTOS UGAZ  
PEDATARIO

96. Del documento traído a la vista se aprecia con claridad que en el PROREGION se obligó frente a NJS a reconocer las ampliaciones de servicios números 14 al 21, así como una contraprestación por su ejecución por la suma de  $\text{¥ } 31'250,000.00$  (Treinta y un millones doscientos cincuenta mil con 00/100 Yenes) y  $\text{S/ } 1'321,904.00$  (Un millón

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

trescientos veintiún mil novecientos cuatro con 00/100 Soles), sin incluir IGV. Este documento no ha sido objetado por PROREGIÓN, antes bien, su argumento es que ello constituye un título ejecutivo y que, por tanto, este Tribunal Arbitral no es competente para pronunciarse sobre ello al tener la calidad de cosa juzgada.

97. La afirmación de PROREGIÓN es acertada en parte. Nos explicamos. El documento denominado «*Acta de Conciliación*» ciertamente dirime las controversias suscitadas entre las partes; sin embargo, no porque sea una conciliación suscrita de acuerdo con la Ley N° 26872, que regula la conciliación en el Perú, si no por el pacto expreso de las partes de poner fin a sus controversias vía acuerdo amigable (cláusula de las CEC). Notemos que la conciliación es el proceso por el cual dos o más personas en conflicto logran restablecer su relación, gracias a la intermediación de un tercero denominado conciliador, esto es, un mecanismo hetero compositivo de resolución de conflictos. En cambio, en virtud del acuerdo amigable establecido en el Contrato las partes deciden, sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitar acudir al arbitraje, poniendo fin a una determinada controversia que se convierte en obligatoria.
98. De este modo, dado que el «*Acta de Conciliación*» se trata de un documento válido corresponde a las partes que la suscribieron dar cumplimiento a aquel sin la posibilidad de que este Tribunal Arbitral se sustituya en la voluntad de aquellas, a efectos de variar los acuerdos arribados. En ese sentido, su incorporación en el presente arbitraje debe ser valorado como aspectos ya decididos por las propias partes, sobre los cuales no cabe discusión.
99. Aunado a lo anterior, y acerca de los demás pagos reclamados - Valorización del adicional del servicio N° 22, Valorización de costos mínimos y Valorización N° 5-, no se debe perder de vista que también se encuentran inmersos en la valorización final -liquidación del Contrato- presentado por NJS a PROREGIÓN a través de la Carta N° NJS/CAJ-DP-146-2017, sin que haya sido observado dentro de los plazos dispuestos en el Contrato e incluso en el transcurso del presente arbitraje. La consecuencia de lo anterior, en virtud del apartado d) de la cláusula 6.5 de las CGC es que la valorización final se considera aprobada<sup>29</sup>. Consecuentemente, resulta fundado este extremo de la cuarta pretensión principal de la demanda; veamos:

### **«6.5 Modo de Facturación y Pago»**

---

<sup>29</sup> En nuestra legislación el silencio produce los efectos de una manifestación de voluntad siempre que exista una ley o un convenio que disponga que el silencio importa una manifestación de voluntad.

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Agulla Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

*El pago será efectuado acorde con los procedimientos JICA y con el procedimiento establecido en el Acuerdo de Préstamo PE-P35 con el JICA, el mismo que establece que existen dos modalidades posibles de pago: Compromiso y/o transferencia, habiéndose definido en el proceso de negociación que la modalidad de pago será de Transferencia.*

*Las Facturas y pagos relativos a los Servicios serán hechas como sigue:*

*[...]*

*d) El pago final establecido en esta Cláusula será efectuado solamente después de que el informe final y la última valorización, identificada como tal, hayan sido presentados por EL CONSULTOR y aprobados a satisfacción por EL CONTRATANTE. Los servicios serán considerados terminados y finalmente aceptados y el informe final y la valorización final se considerarán aprobados automáticamente a los noventa (90) días calendarios contados a partir de la fecha de su recepción a menos que EL CONTRATANTE, dentro de estos noventa (90) días, haya notificado por escrito a EL CONSULTOR especificando en detalle las deficiencias en los Servicios, el informe final o la valorización final [...].»*

100. En este punto también se verifica que la no observación al servicio brindado por NJS, al informe final y a la valorización final, traen como consecuencia que el servicio se considere terminado y finalmente aceptado, en tanto el informe final y la valorización final se consideren aprobados. En ese orden de ideas, corresponde ordenar el pago resultante de la liquidación, siendo, por lo tanto, fundado este extremo de la cuarta pretensión principal de la demanda de NJS y sus pretensiones accesorias.

101. Regresando al tema de la resolución del Contrato, conforme a lo antes expuesto, se tiene que existe una deuda por parte de PROREGION

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

frente a NJS en virtud del Contrato, lo cual no es objeto de controversia, configurándose de este modo el primer presupuesto del apartado a) de la cláusula 2.9.2 de las CGC. En consecuencia, corresponde ordenar a PROREGIÓN su cumplimiento, siendo por tanto fundada este extremo de la segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal.

102. Ahora bien, los pagos antes señalados fueron requeridos por NJS a PROREGIÓN a través de las Cartas NJS/CAJ-DP-116-2017, NJS/CAJ-DP-134-2017 y NJS/CAJ-DP-136-2017, sin que PROREGIÓN haya dado cumplimiento a dichos requerimientos. El último de estos requerimientos fue efectuado por NJS el 24 de octubre de 2017, a través de la siguiente carta:

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

**NJS SUCURSAL DEL PERU** **CARGO**

Proyecto: "Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de las principales ciudades de la Región Cajamarca Etapa 3"

Carta N° NJS/CAJ-DP-136-2017 0 0572

Lima, 24 de octubre del 2017

U.E. DE PROGRAMAS REGIONALES - PROREGION  
**RECIBIDO**  
24 OCT. 2017  
Hora: 10:03 AM Fecha: 24/10/2017  
Por: \_\_\_\_\_

Señor  
**Dr. JONATHAN MUÑOZ CHAVEZ**  
Director Ejecutivo  
PROREGION  
Cajamarca-

Asunto: CANCELACIÓN DE VALORIZACIÓN N°05 ETAPA 4 PUESTA EN MARCHA - NJS

Ref: a) Contrato de Consultoría N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION  
b) Carta N° NJS/CAJ-DP-103-2017 del 01.09.17

De mi mayor consideración:

Por medio de la presente me dirijo a usted para manifestarle que han transcurrido más de 45 d.c. desde que presentáramos nuestra Valorización N°05 Etapa 4 Puesta en Marcha sin que hasta la fecha se haya producido su cancelación.

Al respecto cabe señalar que la presentación de nuestra valorización ha cumplido todas las condiciones establecidas en el ítem 6.5.b y 6.5.c del contrato de consultoría y tal como sustentamos a continuación:

- a) *Ítem 6.5.b) Presentación de la valorización no más tarde de 15 d.c. después de terminar cada mes:* La Valorización a la que hacemos referencia y que corresponde al mes de agosto ingreso a su despacho el 01.09.17, por lo cual se cumple esta condición.
- b) *Ítem 6.5.b) La Valorización debe estar desagregada por rubros:* La Valorización tramitada esta desagregada en los rubros de Remuneraciones, gastos reembolsables y gastos varios que no sean adquisición de bienes de capital, de acuerdo a lo establecido en el ítem 6.5.b del contrato de consultoría.
- c) *Ítem 6.5.b.i) Para el sustento de las Remuneraciones se debe presentar la lista del personal utilizado debidamente verificada por el Contratante.* En la Valorización se presenta el listado del personal utilizado en el periodo cumpliendo de esta manera lo indicado en el contrato; adicionalmente se adjunta dicha lista con la firma de cada uno del personal en mención.
- d) *Ítem 6.5.b.ii) Para el sustento de los gastos reembolsables y gastos varios que no signifiquen adquisición de capital, serán abonados de acuerdo a las unidades, precios fijos y montos máximos previstos en cada etapa del contrato.* En la Valorización se presenta los gastos reembolsables y gastos varios de acuerdo a las

Av. Las Carreras 790, Oficina 601  
San Isidro, Lima, Perú  
Teléfono: (51-1) 422-6868  
Fax: (51-1) 422-3201

Calle Los Cerezos 108-Urb. Ingeniería  
Cajamarca, Perú  
Teléfono: (51-76) 263126

----- Continúa en la siguiente página -----

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

0 0573

 **NJS** SUCURSAL DEL PERU  
Nippon Kasei Kōri Co., Ltd.

Proyecto: "Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de las principales ciudades de la Región Cajamarca Etapa 3"

unidades, precios fijos y montos máximos previstos en dicha etapa tal como lo establece el contrato de consultoría; adicionalmente se adjunta la declaración jurada de los gastos realizados tal como se ha venido presentada desde el inicio del proyecto.

e) *Item 6.5.c) El Contratante efectuara el pago de las valorizaciones mensuales, previa aprobación del Informe mensual del Consultor, dentro de los 45 d.c. de la presentación de dicha valorización:* El Informe mensual se presentó el pasado 14.09.2017 mediante Carta NJS/CAJ-DP-117-2017 dentro de los plazos establecidos en el contrato de consultoría (Item 1.3.2 Apéndice B de dicho contrato). Han transcurrido más de 45 d.c. sin ninguna observación a la valorización ni al informe mensual por lo que no entendemos el porqué del incumplimiento de realizar los pagos respectivos dentro de los plazos establecidos en el contrato de consultoría.

Por lo expuesto su representada viene incumpliendo los plazos dados en el ítem 6.5.c) del Contrato de Consultoría para cancelación de una valorización, por lo que solicitamos a usted tenga a bien tomar las acciones correspondiente para cancelar la Valorización N°05 Puesta en marcha y de esta manera dar cumplimiento a dicho contrato.

Esperando la atención que se sirva brindar a la presente, quedo de usted.

Atentamente,

NJS SUCURSAL DEL PERU  
  
Ing. Juan Carlos Flores Cárdenas  
Gerente del Proyecto

Av. Las Camelias 790, Oficina 601  
San Isidro, Lima, Perú  
Teléfono: (51-1) 422-6968  
Fax: (51-1) 422-3201

Calle Los Corcos 108-Lib. Ingeniería  
Cajamarca, Perú  
Teléfono: (51-76) 363128

103. De este modo, conforme al requerimiento efectuado por NJS a través de la Carta antes citada, PROREGIÓN tenía hasta el 28 de noviembre de 2017 para efectuar los pagos, luego del cual NJS se encontraba habilitado a activar el mecanismo de resolución del Contrato, lo cual lo efectuó el 4 de septiembre de 2018 a través de la Carta NjsP-2779-18, ratificando la decisión de resolver el Contrato el 12 de diciembre del mismo año a través de la Carta NjsP-2804-18. Por lo tanto, no queda

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

dudas que NJS ejerció válidamente su derecho a resolver el Contrato en base al apartado a) de la cláusula 2.9.2 de las CGC. En ese sentido, carece de objeto analizar las demás situaciones invocadas por NJS para resolver el Contrato, toda vez que, atendiendo a la comprobación anterior, el Contrato ha quedado válidamente resuelto. Por lo tanto, la segunda pretensión principal de la demanda resulta fundada.

104. Conforme a lo anterior, si bien existe una deuda impaga a favor de NJS por los servicios brindados, la misma ya está siendo cubierta al formar parte de la liquidación del Contrato o valorización final, no resultando necesario ordenar el pago nuevamente, siendo por tanto parcialmente fundada la segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda<sup>30</sup>, debiendo reconocerse el derecho al pago pero ordenar el desembolso a favor del Contratista con el resultado de la liquidación o valorización final.

#### **QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO**

---

**Determinar si corresponde declarar la ineficacia de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2015-GR.CAJ/PROREGION/DE a través de la cual PROREGIÓN dispuso la retención de S/ 666,403.00 (Seiscientos sesenta y seis mil cuatrocientos tres con 00/100 Soles) de la contraprestación monetaria a favor de NJS, por concepto de mayores gastos generales de las ampliaciones Nos. 13, 14 y 15 al plazo pactado con los contratistas ejecutores de una de las obras bajo supervisión.**

#### **SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO**

---

**En caso se ampare el quinto punto controvertido, determinar si corresponde ordenar a PROREGIÓN devolver a NJS la suma retenida ascendente a S/ 666,403.00 (Seiscientos sesenta y seis mil cuatrocientos tres con 00/100 Soles), más los intereses legales a la fecha efectiva de pago.**

---

105. Los puntos controvertidos antes citados están ligados fáctica y conceptualmente, por lo que resulta adecuado analizarlos de manera conjunta; a estos efectos es conveniente desarrollar una síntesis de la posición de las partes.

---

<sup>30</sup> A través de esta pretensión NJS solicitó el pago de la contraprestación dineraria que valorizó por sus servicios ejecutados. Esos montos ya se encuentran inmersos en la liquidación por lo que corresponde únicamente ordenar el pago del resultado de la liquidación, y no el pago de las valorizaciones.

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

### **POSICIÓN DE NJS**

106. El Consultor precisa que mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2015-GR.CAJ/PROREGION/DE, la Entidad dispuso de manera ilegal e irregular cargar a NJS los mayores gastos por concepto de las ampliaciones de plazo Nos. 13, 14 y 15 como consecuencia de la demora en la elaboración del Expediente Técnico N° 19 y, en tal sentido, retener el monto de S/ 666,403.00.
107. Sobre el particular, arguye que PROREGIÓN no es competente ni se encontraba facultada para atribuirles responsabilidad por los supuestos daños en los cuales habrían incurrido, puesto que el Contrato no ha previsto que la demandada tenga potestad para poder cargar y retener monto alguno a NJS.
108. Aunado a ello, alega que los motivos por los cuales PROREGIÓN les atribuyó responsabilidad no se ciñen a la causal establecida en el Contrato para la aplicación de penalidades, ya que la supuesta morosidad en la elaboración del expediente del adicional de obra no podía ser equiparado o comparado como una presentación tardía de informes, en atención a que un adicional de obra no es parte del expediente técnico.
109. La cláusula 7 de las CGC tomada en cuenta por PROREGIÓN como argumento para proceder con la retención, solo reconoce la aplicación de una penalidad como sanción, pero no establece ni reconoce la figura de retención empleada por la Demandada por lo que, en ese sentido, NJS advierte que la retención no se encuentra justificada.
110. Del mismo modo, NJS señala que no existe fundamento para atribuir los gastos de las ampliaciones de plazo 13, 14 y 15 al Consultor, debido a que las ampliaciones antes indicadas no tienen ninguna vinculación con la ejecución de la Obra Túnel Cutervo que la Entidad cuestiona como motivación principal para la ampliación de los plazos cuyos gastos generales les atribuye y retiene; igualmente, precisa que las ampliaciones de plazo se deben a hechos externos y que fueron requeridas por PROREGIÓN, por lo que tampoco se puede atribuir responsabilidad a NJS.
111. Asimismo, la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2015-GR.CAJ/PROREGION/DE incurre en causales de nulidad por contener un objeto jurídicamente imposible y un fin ilícito, en atención a que no se habría respetado el procedimiento establecido en el Contrato a fin de solucionar cualquier controversia que haya surgido, siendo que mediante

*Tribunal Arbitral:*

*Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

dicha resolución se ha aplicado una retención irregular sin que haya mediado previamente decisión legal externa (entiéndase Tribunal Arbitral) que lo faculte para ello.

112. En tal sentido, solicita al Tribunal Arbitral que se ordene la devolución de los S/ 666,403.00 que se retuvieron indebidamente del presupuesto adicional de servicios, más los intereses correspondientes.

### **POSICIÓN DE PROREGIÓN**

113. La Entidad indica que era una obligación del Consultor cumplir, dentro del plazo establecido, con la elaboración del Expediente Técnico del Proyecto de mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable y alcantarillado. No obstante, NJS no cumplió con sus responsabilidades, ocasionando así que la Entidad incurra en mayores gastos, los mismos que deben ser atribuidos al Consultor.
114. Del mismo modo, PROREGIÓN precisa que, en atención a los párrafos segundo y tercero del ítem «o» del literal «a» Deberes y Naturaleza de los límites de los Términos de Referencia, es responsabilidad del Consultor formular y presentar oportunamente los expedientes técnicos que sustenten los presupuestos adicionales y deductivos; al respecto, reitera que NJS no cumplió con entregar la documentación requerida, dentro del plazo otorgado.
115. Finalmente, señala que el Contrato prevé que, en caso exista la necesidad de incurrir en mayores gastos generales por el incumplimiento o demora en la presentación de los expedientes técnicos por parte del Consultor, será este último quien asuma los gastos en los que se irrogue, por lo que correspondía al demandante responsabilizarse por el pago de los S/ 666,403.00 por concepto de mayores gastos generales.

### **POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

116. De la posición de las partes se aprecia con claridad que la controversia sobre este punto radica en determinar si la decisión de PROREGIÓN de retener los mayores gastos generales que generó las ampliaciones números 13, 14 y 15 al plazo pactado con los contratistas ejecutores de una de las obras bajo Supervisión, debe ser revertida o no. NJS es de la postura que esta retención no se ajusta a lo pactado en el Contrato y, por su parte, PROREGIÓN sostiene que sí lo es.
117. Para analizar este aspecto controvertido resulta pertinente traer a la vista lo pactado por las partes en los términos de referencia del Contrato:

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

000050151

- k) EL CONSULTOR deberá brindar la asesoría que solicite el Comité Especial designado por EL CONTRATANTE, quien es responsable de conducir el proceso.

Durante la Ejecución de la obra

- l) El CONSULTOR, será responsable de la calidad de los servicios que preste, de la idoneidad del personal a su cargo y de velar que las obras se ejecuten con óptima calidad, de acuerdo a los planos y especificaciones técnicas elaboradas, modificadas y/o revisadas por su personal y aprobadas por el CONTRATANTE.
- m) El CONSULTOR será responsable de la entrega de valorizaciones, liquidaciones del contrato en los plazos y condiciones fijados en el Contrato de Obra.
- n) Es responsabilidad del CONSULTOR controlar el cumplimiento de los Programas de Avance de Obra y exigir al Contratista que adopte las medidas necesarias para lograr su cumplimiento. Asimismo, exigir al Contratista el fiel cumplimiento de las normas de seguridad e higiene industrial.
- o) Ejercer un control permanente sobre la vigencia de las Cartas Fianzas del Contratista, comunicando a el CONTRATANTE los vencimientos con un mes de anticipación.

Es responsabilidad del CONSULTOR formular y presentar oportunamente los Expedientes Técnicos que sustenten los Presupuestos adicionales o deductivos, en la forma que establece la directiva N° 01-2007-CG/OEA "Autorización Previa a la Autorización y Pago de Presupuestos Adicionales de Obra Pública". Estos presupuestos deben ser suscritos por el Jefe de la Supervisión y el Representante del Contratista. Debe entenderse como forma, a la relación de documentos indicados en la directiva y que deben contener los expedientes

En caso de que el CONTRATANTE se vea en la necesidad de incurrir en mayores gastos generales por incumplimiento de lo señalado en el párrafo anterior, estos mayores gastos serán de cargo del CONSULTOR. Los adicionales y/o deductivos deben ser tramitados por el CONSULTOR a fin de que se desarrolle en el calendario de ejecución, salvo razones de fuerza mayor o causas debidamente justificadas.



- p) De ser el caso, el CONSULTOR deberá mantener un control permanente sobre los Créditos por Materiales otorgados al Contratista, lo que se reflejará tanto en las valorizaciones como en los ajustes de los montos de las Cartas Fianzas.
- q) Vigilar que el Contratista cumpla con la señalización de tránsito requerida por el CONTRATANTE, las autoridades municipales y de tránsito.
- r) Es responsabilidad de el CONSULTOR que la Amortización del Adelanto otorgado al Contratista se efectúe regularmente en las valorizaciones mensuales de la Obra; controlando que el adelanto sea amortizado totalmente, en las valorizaciones correspondientes, dentro del Plazo vigente de ejecución de la Obra.
- s) Vigilar que el Contratista publique oportunamente los avisos sobre desvíos e instrucciones de tránsito vehicular en los principales medios de comunicación, supervisar que el Contratista señale adecuada y oportunamente los desvíos de tránsito y coloque los carteles informativos de obra.

118. Del extremo resaltado de los Términos de Referencia –parte integrante del Contrato– se aprecia con claridad que, cuando PROREGIÓN incurra en mayores gastos generales por la demora o la no presentación oportuna de expedientes técnicos que sustenten presupuestos adicionales estos serán cargados a NJS. Este pacto no es uno inmerso dentro de la cláusula de penalidades como lo sostiene NJS, sino un pacto aparte en virtud del cual el Consultor asume los costos que ocasiona su propia conducta a la luz de la obligación principal a su cargo, lo cual guarda coherencia pues es NJS quien se encargó de la elaboración de

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

los expedientes técnicos que requerirían, por ser deficientes<sup>31</sup> o debido a situaciones imprevisibles, la corrección o complemento a través de expedientes técnicos adicionales y/o deductivos (vinculantes o no).

119. Así, lo que el pacto requiere es que exista una demora o la no presentación oportuna (retraso) de un expediente técnico adicional o deductivo por parte de NJS. Si lo anterior se cumple, los gastos generales que ocasione esta situación de cara a los contratistas ejecutores de obra serán asumidos por NJS. En resumidas cuentas, para hacer efectivo el pacto bajo análisis se deben tener presentes los siguientes presupuestos:

- Debe producirse, en el plano de los hechos, el retraso descrito en el pacto.
- Dicho retraso debe ser imputable a NJS, puesto que no existe pacto en contrario.
- El retraso como la imputabilidad deben quedar demostrados por PROREGIÓN al ser la parte acreedora.

120. Si bien es cierto que, de acuerdo al análisis anterior, se ha determinado que la Entidad no cumplió con el procedimiento reconocido por las partes para la resolución del Contrato, ello no supone que no se hayan incurrido en atrasos injustificados en la presentación oportuna del expediente técnico adicional o deductivo por parte de NJS. Así, se deberá evaluar lo indicado y probado por las partes.

121. NJS alega que los motivos por los cuales la Entidad le atribuyó responsabilidad, no se acogen a la causal establecida en el Contrato para la aplicación de penalidades puesto que la supuesta morosidad en la elaboración del expediente del adicional de obra no podía ser equiparado o comparado como una presentación tardía de informes, en atención a que un adicional de obra no es parte del expediente técnico.

122. Al respecto, debemos señalar que tanto los adicionales de obra como las reducciones, son categorizados como modificaciones al Contrato que, al ser aprobados, suponen variaciones a este último, formando así parte integrante del Contrato y de los documentos que integran el mismo, como

---

<sup>31</sup> De conformidad con la RAE, deficiencia es un defecto o imperfección de algo o alguien. Así, una deficiencia del expediente técnico puede presentarse cuando los documentos que lo componen no cumplen con definir adecuadamente las características, alcance y la forma de ejecución de la obra, así como tampoco describen adecuadamente las condiciones del terreno. En otras palabras, se puede identificar una deficiencia en un expediente técnico cuando no presente información suficiente, coherente o técnicamente correcta para determinar el alcance de las prestaciones que se deben ejecutar.

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

es el Expediente Técnico. Por lo tanto, en el presente caso, al existir adicionales y deductivos reconocidos por las partes, nacen de igual manera obligaciones entre ellas que no pueden ser desconocidas como integrantes del Contrato y del Expediente Técnico.

123. En tal sentido, de acuerdo a lo pactado por las partes, de haber incurrido en mayores gastos generales derivados de los retrasos en la elaboración del Expediente Técnico que sustenten los presupuestos adicionales, estos deberán ser atribuidos al Consultor, dado que este último era responsable de la elaboración oportuna de dicho Expediente.
124. Ahora bien, de acuerdo al Demandante las ampliaciones de plazo 13 y 14, cuyos gastos generales fueron trasladados a dicha parte, no se encuentran relacionadas con el expediente adicional del Túnel Cutervo, por lo que no pueden ser atribuidos los gastos generales en cuanto no tengan relación con el adicional que es materia del pacto entre las partes.
125. Al respecto, se advierte que mediante Carta N° 005-2015-BM3-RO de fecha 4 de febrero de 2015, el contratista manifestó su disconformidad por la denegatoria de la ampliación de plazo solicitadas puesto que existían indefiniciones técnicas en el Túnel Cutervo y en la ejecución de los tramos faltantes en las redes de agua y alcantarillado de la ciudad de Cutervo; en consecuencia, mediante acuerdo amistoso de fecha 18 de marzo de 2015, se dejó constancia de la problemática del plazo de ejecución en la ciudad de Cutervo "asociado a la definición exacta de la Obra Túnel Cutervo en virtud al Adicional N° 11 y Adicional N° 19"
126. Lo anterior, evidencia la existencia de inconvenientes en la ejecución de la Obra Túnel Cutervo por indefiniciones en el plazo de ejecución derivados de la aprobación del Adicional N° 11 y Adicional N° 19, así como de las condiciones climatológicas adversas; por lo que las partes, con conocimiento de estos eventos, no solo suscribieron el Acuerdo Amistoso de fecha 18 de marzo de 2015, sino también el Acuerdo Amistoso de fecha 7 de abril del 2015 en el que se deja constancia de tales inconvenientes.
127. Como consecuencia de ello, se establece mediante Acuerdo Amistoso de fecha 7 de abril de 2015, el cálculo de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo 13, 14 y 15 establecidas en la ciudad de Cutervo, ascendente a S/ 566,433.22 sin igv.
128. Se advierte así que, mediante el Acuerdo antes indicado, se reconoce que las ampliaciones de plazo materia de controversia se encuentran vinculadas a la ejecución de la obra en la ciudad de Cutervo, reconociéndose, además, gastos derivados de los mismos ascendentes

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

a la suma de S/ 566,433.22 sin igv, importe relacionado y/o derivado de las aprobaciones de los adicionales para la ejecución de obra en dicha zona.

129. NJS reconoce en su Carta N° NJS/CAJ-DP-202-2015 de fecha 14 de julio de 2015, que los mayores gastos generales por las Ampliaciones de Plazo se calculan teniendo en cuenta lo siguientes periodos:

- *Del 19.11.13 al 01.02.14 (Ampliaciones de Plazo 13 y 14).*
- *Del 02.02.14 al 04.06.14 (en suspensión Cutervo por verificación de condiciones del Túnel Cutervo y cálculo estructural para reforzamiento).*
- *Del 05.06.14 al 03.01.15 (ejecución del reforzamiento del Túnel de Cutervo).*

130. Se puede concluir de lo anterior que las ampliaciones de plazo y el consecuente reconocimiento de gastos generales, se relacionan con la ejecución del Túnel Cutervo, que al mismo tiempo se ha visto afectado por los adicionales de obra reconocidos. En tal sentido, los gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo 13, 14 y 15 sí se encuentran relacionados a los adicionales aprobados para la ejecución del Túnel Cutervo y, del mismo modo, a los expedientes técnicos que sustenten presupuestos adicionales, por lo que de existir retrasos en la presentación de los mencionados expedientes, se vería traducido en las ampliaciones de plazo por la suspensión de las condiciones del Túnel Cutervo.

131. Teniendo en cuenta ello, el Demandante no ha desvirtuado que dicha parte no haya incurrido en retrasos respecto a la elaboración del expediente adicional de obra, siendo que, de los medios probatorios aportados, se verifica que NJS incurrió en retrasos injustificados, que fueron materia de aplicación de penalidades y que no han sido materia de debate, siendo que, por el contrario, se han justificado dichos retrasos por la magnitud del proyecto y la capacidad de personal a disposición.

132. En consecuencia, las ampliaciones de plazo en cuestión surgieron por las demoras en la entrega del expediente técnico adicional relacionados al Túnel Cutervo y que dieron lugar al reconocimiento de mayores gastos generales. Por lo tanto, de acuerdo de las partes, se debe reconocer que los gastos generales derivados como consecuencia de la demora en la elaboración del expediente técnico adicional deben ser atribuidas a la consultora, por cuanto era dicha parte quien se encontraba obligada a hacer entrega oportuna de los expedientes técnicos, resultando ellos parte integrante del Contrato y de los documentos que integran el mismo.

Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna

NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca

133. De acuerdo a lo pactado, en caso el Contratante se vea en la necesidad de incurrir en mayores gastos generales por la demora en la elaboración de los expedientes técnicos por parte del Consultor, esos gastos estarán a cargo de este último; en tal sentido, habiéndose delimitado el monto por concepto de gastos generales producidos por las ampliaciones de plazo otorgadas, corresponde que el Demandante asuma el pago por dicho concepto, en vista a que no se ha determinado el cumplimiento oportuno de la elaboración de los expedientes adicionales correspondientes, los que derivaron en las ampliaciones de plazo otorgadas.
134. Ahora, si bien es cierto que el Contrato, no señala o reconoce la capacidad de retener o cargar los montos por gastos generales indicados en el análisis precedente, debemos señalar que artículo 1150° del Código Civil dispone que:

*“Artículo 1150°.- **El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:***

- 1.- **Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.***
- 2.- **Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.***
- 3.- **Dejar sin efecto la obligación”***

135. Del mismo modo el Artículo 1426° del Código Civil señala que:

*“En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento”*

136. De lo anterior se advierte que, de acuerdo a lo estipulado en el Código Civil, aplicable de manera supletoria al presente caso, la Entidad contratante se encontraba facultada no solo a ejecutar el hecho prometido, entendiéndose a recurrir a los medios necesarios para el cobro de los gastos generales incurridos por la demora, sino también a suspender el cumplimiento de su propia obligación de pago por las prestaciones ejecutadas, por cuanto existen incumplimientos del consultor, que se traducen en la demora de la elaboración del expediente técnico adicional como parte de las obligaciones a su cargo.

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

137. Por lo expuesto, el quinto y sexto punto controvertido deben ser declarados infundados.
138. Subordinadamente NJS ha formulado que se deje sin efecto la decisión de PROREGIÓN de retener los montos de gastos generales, concretamente su postura es que el pacto de las partes contiene un objeto imposible por cuanto no se ajusta a lo pactado en el Contrato. Al respecto, esta afirmación no puede ser amparada de cara a los argumentos expuestos en los considerandos precedentes, toda vez que sí se ha cumplido con los presupuestos pactados por las partes, de este modo, la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal debe ser desestimada.

#### **CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:**

---

**En caso se ampare el segundo punto controvertido, determinar si corresponde ordenar a PROREGIÓN devolver a NJS la suma de ¥ 12'677,458.00 (Doce millones seiscientos setenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y ocho con 00/100 Yenes) y S/ 2'599,502.36 (Dos millones quinientos noventa y nueve mil quinientos dos con 36/100 Soles), más intereses legales, por la ejecución de las cartas fianzas.**

---

#### **POSICIÓN DE NJS**

139. NJS se remite a lo alegado en el primer, segundo y tercer punto controvertido. En esa línea, NJS solicita se declare válida la resolución del Contrato efectuada por ella y que, como consecuencia de lo anterior, se ordene la devolución de ¥ 12'677,458.00 y S/ 2'599,502.36 por la malintencionada ejecución de las cartas fianzas de cumplimiento, más los intereses legales.

#### **POSICIÓN DE PROREGIÓN**

140. PROREGIÓN fundamenta sus argumentos respecto de este punto en lo alegado en el primer, segundo y tercer punto controvertido. En ese sentido precisa que el pago de las valorizaciones ha quedado en estado de observación puesto que las mismas se encontraban sobredimensionadas y no eran consecuentes con los hechos reales, sumado a ello el Contratista no ha cumplido con sustentar los gastos reales invocados, por lo que no corresponde el pago de las valorizaciones por encontrarse observadas.

#### **POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

141. Del resumen de la posición de las partes se advierte que la controversia sobre este aspecto radica en determinar si corresponde o no ordenar a PROREGIÓN devolver los montos ejecutados de las cartas fianzas otorgadas para garantizar el cumplimiento del Contrato.
142. En materia civil, la garantía es un mecanismo jurídico para proteger o asegurar el compromiso que una determinada obligación será cumplida en tiempo y forma. En los contratos celebrados con el Estado, las garantías tienen por objetivo proteger los intereses fiscales y apoyar la gestión de abastecimiento. Estas son de uso restringido y se utilizan solamente en contratos de mayor cuantía, donde existe riesgo de incumplimiento que pudiera afectar de manera importante la operación de un determinado organismo público y la calidad del servicio que se presta a la ciudadanía.
143. Hay diferentes instrumentos que se puede optar para garantizar los acuerdos de un contrato, entre ellos se encuentra la carta fianza. En el presente caso, este instrumento financiero fue entregado a PROREGIÓN por parte de NJS a efectos de garantizar el fiel cumplimiento del Contrato. La carta fianza fue ejecutada por PROREGIÓN y con ello la garantía instrumental pasó a ser una garantía líquida, cuyo monto debe servir para procurar el cumplimiento de las obligaciones de NJS.
144. No obstante, en tanto se ha determinado al momento de analizar las controversias puestas a conocimiento, que es PROREGIÓN quien debe pagar a favor de NJS una suma dineraria por la liquidación del Contrato y que, además, se tiene por aceptado y culminado el servicio, ya no tiene objeto que PROREGIÓN retenga la garantía de fiel cumplimiento, correspondiendo por tanto ordenar su devolución.
145. Por lo expuesto, corresponde declarar fundada la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda.

#### **PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN:**

---

**Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los costos que se deriven del presente arbitraje.**

---

146. En el convenio arbitral no consta acuerdo alguno acerca de los costos del arbitraje, razón por la cual, corresponde acudir a la Ley de Arbitraje.
147. El artículo 69° de la Ley de Arbitraje consagra la libertad de las partes para efectos de determinar costos, estableciendo que "*tienen la facultad*

**Tribunal Arbitral:**  
**Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio**  
**Marco Antonio Montoya Bramon**  
**Juan Jashim Valdivieso Cerna**

**NJS Sucursal del Perú vs.**  
**PROREGION del Gobierno**  
**Regional de Cajamarca**

*de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje” y que “a falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título”.*

148. Sobre el particular, el artículo 57° del Reglamento Procesal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, aplicable para este caso, dispone lo siguiente:

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

*2. El término costos comprende: a. Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral determinados por el Centro. b. Los gastos administrativos del Centro. c. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, de haber sido debidamente solicitados. d. El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral conforme a este Reglamento. e. Los demás gastos originados en las actuaciones arbitrales.*

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

*4. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes los honorarios y los gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios de los peritos designados por dicho colegiado por propia iniciativa y los gastos administrativos del Centro.”*

149. Por su parte, el artículo 73.1 de la Ley de Arbitraje señala que “*el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes*” y establece como regla general que “*a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida*”. No obstante, se otorga al tribunal la facultad de “*distribuir y*

**Tribunal Arbitral:**  
*Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio*  
*Marco Antonio Montoya Bramon*  
*Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.*  
**PROREGION del Gobierno**  
*Regional de Cajamarca*

*prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.*

150. Al respecto, este Colegiado considera que, de conformidad con las disposiciones antes citadas, las partes tuvieron razones suficientes para litigar, dada la complejidad de la materia y los actuados en el presente caso, por lo que cada una deberá asumir, proporcionalmente, las costas y costos procesales irrogados.
151. En virtud de lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que cada parte deberá cubrir sus propios gastos. Sobre los gastos comunes, esto es, aquellos referidos a los honorarios del Tribunal Arbitral, ascendentes a S/ 379,416.60 y los de la Secretaría Arbitral, ascendentes a S/ 82,935.30, deberán ser asumidos por ambas partes, en proporciones iguales. Por lo tanto, no corresponde condenar de manera exclusiva a ninguna de las partes al pago de tales gastos.
152. Sin embargo, atendiendo a que NJS asumió en subrogación los gastos arbitrales por honorarios de los árbitros y del secretario arbitral, a cargo de PROREGIÓN, ascendentes, en total, a S/ 231,175.95 se ordena a la Entidad que restituya dicho importe al Consultor.

### **III. DECISIÓN:**

Por las razones y consideraciones expuestas, este Tribunal Arbitral, en Derecho, por unanimidad y dentro del plazo establecido, **LAUDA:**

**Primero: DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda. En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la resolución del Contrato N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION efectuada por PROREGIÓN a través de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2017-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE y N° 260-2017-GR.CAJ/ PROREGIÓN/DE.

**Segundo: DECLARAR FUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda. En consecuencia, corresponde declarar la validez de la resolución del Contrato N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION efectuada por NJS a través de las Cartas NjsP-2779-18 y NsjP2804-18.

**Tercero: DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda. En consecuencia, corresponde ordenar a PROREGION devolver a NJS la suma de ¥ 12'677,458.00 (Doce millones seiscientos setenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y ocho con 00/100 yenes) y S/ 2'599,502.36 (Dos millones quinientos noventa y nueve mil quinientos dos con 36/100 soles), más los intereses legales generados a partir de la emisión del presente laudo hasta la fecha efectiva de pago,

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento del Contrato N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION.

**Cuarto: DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda. En consecuencia, corresponde incluir las valorizaciones dejadas de pagar en la liquidación o valorización final del Contrato.

**Quinto: DECLARAR INFUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda y su pretensión subordinada. En consecuencia, no corresponde declarar nula ni ineficaz la Resolución Directoral Ejecutiva N° 236-2015-GR.CAJ/PROREGION/DE del 4 de noviembre de 2015, a través de la cual PROREGION dispuso la retención de S/ 666,403.00 de la contraprestación monetaria a favor de NJS, por concepto de mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo números 13, 14 y 15, al plazo pactado con los contratistas ejecutores de una de las obras bajo supervisión.

**Sexto: DECLARAR INFUNDADA** la primera pretensión accesoria a la tercera pretensión principal de la demanda. En consecuencia, no corresponde ordenar a PROREGION devolver a NJS la suma retenida del pago de sus valorizaciones ascendente a S/ 666,403.00 (Seiscientos sesenta y seis mil cuatrocientos tres con 00/100 soles), más los intereses legales.

**Séptimo: DECLARAR FUNDADA** la cuarta pretensión principal de la demanda. En consecuencia, corresponde declarar aprobados los informes finales y la valorización final del Contrato N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION, así como terminados y finalmente aceptados los servicios ejecutados por NJS.

**Octavo: DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal de la demanda. En consecuencia, corresponde ordenar a PROREGION que pague a favor de NJS la suma de ¥ 59'787,593.00 (Cincuenta y nueve millones setecientos ochenta y siete mil quinientos noventa y tres con 00/100 yenes) y S/ 5'126,792.00 (Cinco millones ciento veintiséis mil setecientos noventa y dos con 00/100 soles), más los intereses legales generados a partir de la emisión del presente laudo hasta la fecha efectiva de pago, como resultado de la valorización final (liquidación) del Contrato.

**Noveno: DECLARAR FUNDADA** la segunda pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal de la demanda. En consecuencia, corresponde ordenar a PROREGION que emita por escrito una declaración sobre la terminación y aceptación de los servicios ejecutados por NJS a raíz del Contrato N° 001-2009-GR.CAJ/PROREGION.

**Décimo: DISPONER** que los costos incurridos por concepto de honorarios arbitrales y del secretario arbitral deben ser asumidos por ambas partes, en

*Laudo Arbitral de Derecho*

*Caso Arbitral Ad-hoc:*

*Tribunal Arbitral:  
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Marco Antonio Montoya Bramon  
Juan Jashim Valdivieso Cerna*

*NJS Sucursal del Perú vs.  
PROREGION del Gobierno  
Regional de Cajamarca*

proporciones iguales. Fuera de esos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos, costas y costos en que incurrió como consecuencia del presente arbitraje. Atendiendo a lo anterior, se ordena a PROREGIÓN que restituya a NJS la suma de S/ 231,175.95 (Doscientos treinta y un mil ciento setenta y cinco con 95/100 soles), por concepto de honorarios del Tribunal Arbitral y del secretario arbitral que dicha parte pagó en subrogación de la Entidad.

Notifíquese a las partes.



**PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO**  
Presidente del Tribunal Arbitral



**MARCO ANTONIO MONTOYA BRAMON**  
Árbitro



**JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA**  
Árbitro

