

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

RESOLUCIÓN N° 8

LAUDO ARBITRAL

En Lima, con fecha 25 de febrero de 2010, en la sede del Arbitro Único, sito en la Calle Juan del Carpio N° 249, 2° piso, San Isidro; en el proceso arbitral iniciado por el BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ, contra la empresa SOFTMARK SOCIEDAD ANONIMA CERRADA, el Arbitro Único emite el siguiente laudo de derecho:

ANTECEDENTES

RELACIÓN CONTRACTUAL

En el mes de noviembre de 2007, el Banco Central de Reserva del Perú (en adelante BCR) convocó a la Adjudicación de Menor Cuantía N° 474-2007/BCRPLIM para la adquisición de un software Gauss Mathematical & Statistical System versión 8.0, con pack de 3 licencias Network. Habiendo obtenido la empresa Softmark SAC (en adelante Softmark) el otorgamiento de la Buena Pro, el BCR con fecha 12 de diciembre de 2007 emite la orden de compra N° 1496-2007, por un valor de S/. 22, 723.94 (Veintidós Mil Setecientos Veintitrés y 94/100 Nuevos Soles).

En ese sentido, la empresa Softmark, presentó su propuesta con fecha 26 de noviembre de 2007 adjuntando a dicho documento la declaración jurada correspondiente.

Con fecha 28 de febrero de 2008, la empresa Softmark entregó el software para la estimación directa de modelos econométricos y matemáticos, asimismo entregó un certificado de licencia del software y uno de mantenimiento, siendo los mismos válidos a partir de la referida fecha hasta el 28 de febrero de 2009.

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

Ante el requerimiento del BCR a la empresa Softmark mediante Carta N° 0437-2008-ADM130 del 11 de diciembre de 2008, para que cumpla con la actualización de versiones; la empresa Softmark emitió la carta de fecha 26 de diciembre de 2008 en la cual expresó que en la fecha del proceso de compra el fabricante manifestó que el producto contaba con actualizaciones a nuevas versiones de parches (fixes) y el soporte técnico; y que a la fecha de la venta no existía un producto con actualizaciones a nuevas versiones.

Con fecha 24 de febrero de 2009, el BCR remitió la Carta Notarial N°0062-2009-ADM130 comunicando a la empresa Softmark la resolución parcial del contrato representado por la Orden de Compra N° 1496-2007.

En razón del incumplimiento y a fin de determinar el perjuicio asumido, el BCR solicitó una cotización del servicio de actualización del software Gauss Mathematical & Statistical System versión 8.0, con pack de 3 licencias network a la empresa Software Shop, la cual emitió la Cotización N° 13476 determinando como valor de dicho servicio el monto de S/. 7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles).

En ese sentido, el BCR requirió a la empresa Softmark a través de la Carta N° 0062-2009-ADM130 del 24 de febrero, para que le pague el monto de S/. 7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles) incluido impuestos, otorgándole un plazo de cinco (05) días hábiles para dicho el pago.

PROCESO ARBITRAL

Mediante Carta N° 070-2009-JUR200 de fecha 11 de marzo de 2009, el BCR en atención al artículo 227° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante el Reglamento) y debido a que la empresa Softmark no cumplió con el pago que le requiriera le hizo llegar una solicitud de arbitraje.

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Mediante Carta N° 281-2009-JUR200 de fecha 23 de julio de 2009, el BCR presentó una solicitud de designación de árbitro ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante OSCE), mismo que con fecha 25 de septiembre de 2009, comunicó al señor abogado Juan Jashim Valdivieso Cerna su designación como Árbitro Único encargado de pronunciarse sobre la controversia surgida entre el Banco Central de Reserva del Perú y la empresa Softmark S.A.C., otorgándole cinco (05) días hábiles para que comunique su aceptación al encargo conferido en la medida que no tenga impedimento alguno.

En ese sentido, dentro del plazo otorgado, el señor abogado Juan Jashim Valdivieso Cerna cumplió con remitir al OSCE su carta de aceptación de fecha 30 de septiembre de 2009, la misma que fue puesta en conocimiento de las partes a fin que estas puedan de ser necesario formular recusación contra el árbitro designado:

El día jueves 22 de octubre de 2009 a las 09:00 horas en las instalaciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, se realizó la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, levantándose el Acta de Instalación de Árbitro Único correspondiente de la cual se advierte lo siguiente: 1) Que el Árbitro Único declara haber sido debidamente designado, que no tiene ninguna incompatibilidad o compromiso con las partes y que se desenvolverá con imparcialidad, independencia y probidad; 2) Que se designa a la señorita Mónica Lizarzaburu Keplatzky como Secretaria del proceso; 3) Que el arbitraje que se siga será Nacional y de Derecho; 4) Que se aplicarán las reglas que consten en el Acta y, en su defecto, lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y sus modificatorias, el Decreto Legislativo N° 1071; y que, en caso de deficiencia o vacío de las reglas que anteceden, el Árbitro Único resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado; 5) Que se establece como sede del Árbitro Único las oficinas ubicadas en la Calle Juan del Carpio N° 249, 2° piso, distrito

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

de San Isidro de esta capital; 6) Que se establece al español como el idioma aplicable; 7) Que el Árbitro Único queda facultado para suplir, a su discreción, cualquier deficiencia o vacío existente en la legislación o en el contrato, mediante la aplicación de principios generales del Derecho Administrativo; 8) Que se establece el lugar de las notificaciones y la forma del cómputo de los plazos; 10) Que se establece la confidencialidad del proceso; 11) Que se establece la forma en que se desarrollarán las audiencias; 12) Que se establecen las reglas del proceso arbitral; y, 13) Que se establecen los montos fijados como anticipo de los honorarios, que se deben abonar al árbitro y a la secretaria arbitral dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de notificada el Acta de Instalación; 14) Que se otorga al BCR un plazo de diez (10) días hábiles contado a partir del día siguiente de celebrada la referida Audiencia, a fin que cumpla con presentar su escrito de demanda.

DESARROLLO

Con fecha 28 de octubre de 2009, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 01 mediante la cual resolvió: 1) Revocar a la señorita Mónica Lizarzaburu Keplatzy del encargo de Secretaria Arbitral en el proceso, efectuado en el numeral 2 del Acta de Instalación de fecha 22 de octubre de 2009; y 2) Designar como Secretaria Arbitral del proceso a la señorita Claudia Tejeda Suárez.

Mediante el Escrito N° 01 de demanda arbitral, el BCR solicitó: como pretensión principal, que la empresa Softmark cumpla con pagarle la suma de S/. 7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles) equivalentes al servicio de actualización del software Gauss Mathematical & Statistical System versión 8.0, con pack de 3 licencias network, que la entidad adquirió para la estimación directa de modelos econométricos y matemáticos avanzados; como pretensiones accesorias, i) el pago del interés legal devengado por los S/. 7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles) desde el 24 de febrero del 2009, y ii) el pago de los honorarios del árbitro único, de la secretaría arbitral, y de todos los costos y gastos

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

derivados del proceso.

Con fecha 05 de noviembre de 2009, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 02, resolviendo: 1) Admitir a trámite la demanda, por ofrecidos los medios probatorios, a autos los documentos anexos, y correr traslado de la demanda a la empresa Softmark a fin que en el plazo de diez (10) días hábiles, la referida cumpla con expresar lo que correspondiera a su derecho; 2) Tener por cumplido el pago de los gastos arbitrales de cargo de la parte demandante; y 3) Requerir a la empresa Softmark, para que en un plazo de cinco (05) días hábiles cumpla con realizar el pago de los gastos arbitrales a su cargo.

En tal sentido, el día 24 de noviembre de 2009, la empresa Softmark presentó el Escrito N° 01, contestando la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos; solicitando que la misma sea declarada infundada, así como las costas y costos del proceso arbitral.

Con fecha 17 de noviembre de 2009, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 03 que en la parte resolutive facultó a la parte demandante para que en un plazo de cinco (05) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la referida, asuma el pago de los gastos arbitrales en defecto de la empresa Softmark.

Habiendo cumplido el BCR con el pago requerido, el día 25 de noviembre de 2009, el Árbitro Único, emitió la Resolución N° 04 que resolvió: 1) Tener por cumplido el pago de los gastos arbitrales; 2) Requerir a la empresa Softmark la devolución de los Recibos por Honorarios que le fueron remitidos; 3) Tener por contestada la demanda, por ofrecidos los medios probatorios y a los autos los documentos anexos, por apersonados y delegada la representación en los abogados Margarita Luz Benites Sosa y Víctor Alonso Solís Benites; 4) Citar a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, otorgándose a las partes un plazo de tres (03) días hábiles para que presenten su propuesta de puntos controvertidos.

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

En tal sentido, el día viernes 11 de diciembre de 2009 a las 18:00 hrs se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos con la presencia del Árbitro Único, la Secretaria Arbitral y el representante del BCR, dejándose constancia de la inasistencia de los representantes de la empresa Softmark. En el Acta suscrita, se emitió la Resolución N° 05 resolviendo tenerse por no cumplido el requerimiento de propuesta de puntos controvertidos y tenerse por notificadas las partes de la resolución con el Acta. Seguidamente, el Árbitro Único en virtud de lo expuesto por las partes en sus escritos de demanda y contestación respectivas consideró como puntos controvertidos:

- I) Determinar si corresponde o no ordenar a la empresa Softmark el pago de S/. 7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles), equivalente a la actualización del software Gauss Mathematical & Statistical System versión 8.0, con pack de 3 licencias network, a favor del BCR.
- II) Determinar si corresponde o no ordenar a la empresa Softmark, el pago del interés legal devengado por los S/. 7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles) desde el 24 de febrero de 2009, a favor del BCR, cuya liquidación deberá estimarse en el presente laudo.
- III) Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos arbitrales generados en el proceso arbitral.

Por último, en la referida Audiencia se otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles a fin que presenten sus alegatos escritos y de estimarlo conveniente solicitar fecha para que puedan informar oralmente.

Mediante Cédula de Notificación N° 011-2009, recibida con fecha 14 de diciembre de 2009, la Secretaria Arbitral cumplió con notificar el Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos a la empresa Softmark.

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

Con fecha 21 de diciembre de 2009, la empresa Softmark presentó el Escrito N° 02 correspondiente a sus alegatos, acompañado de los recibos por honorarios requeridos mediante Resolución N° 04; solicitando a la vez se fije fecha para los informes orales. Por lo que con fecha 23 de diciembre de 2009, el Árbitro Único resolvió: 1) Tener por presentados los alegatos de la empresa Softmark; 2) Tener por no presentados los alegatos del BCR; 3) Tener por cumplido el requerimiento de devolución de recibos; 4) Citar a las partes para la Audiencia de Informes Orales.

La Audiencia de Informes Orales se llevó a cabo el día miércoles 06 de enero de 2010, en la sede del Árbitro Único con presencia de ambas partes. Luego que las partes presentaron sus informes orales al Árbitro, este fijó como plazo para laudar un plazo de veinte (20) días hábiles, contado a partir del día siguiente de celebrada la referida Audiencia.

Con fecha 2 de febrero de 2010, el Árbitro Único resolvió prorrogar el plazo para laudar en veinte (20) días adicionales contados a partir del vencimiento del plazo anterior.

CONSIDERANDO

1. Que el BCR interpone demanda contra la empresa Softmark.

Que las pretensiones del BCR son las siguientes:

PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que la empresa Softmark cumpla con pagarle la suma de S/. 7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles) equivalentes al servicio de actualización del software Gauss Mathematical & Statistical System versión 8.0, con pack de 3 licencias network, que la entidad adquirió para la estimación directa

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

de modelos econométricos y matemáticos avanzados.

PRETENSIONES ACCESORIAS

- I) El pago del interés legal devengado por los S/.7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles) desde el 24 de febrero del 2009 y su respectiva liquidación.
- II) El pago de los honorarios del árbitro único y de la secretaría arbitral, y de todos los costos y gastos derivados del proceso arbitral.
2. Que la emplazada, la empresa Softmark, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.
3. Que, en tal sentido, el Árbitro Único deberá determinar:

SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA EMPRESA SOFTMARK EL PAGO DE S/. 7,963.00 (SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES Y 00/100 NUEVOS SOLES), EQUIVALENTE A LA ACTUALIZACIÓN DEL SOFTWARE GAUSS MATHEMATICAL & STATISTICAL SYSTEM VERSIÓN 8.0, CON PACK DE 3 LICENCIAS NETWORK, A FAVOR DEL BCR.

Posición del BCR

- 3.1. Que el BCR emitió la Orden de Compra N° 1496-2007, para la adquisición de una licencia del software Gauss Mathematical & Statistical System versión 8.0, con pack de 3 licencias network.

Que de acuerdo a las especificaciones técnicas (que se anexaron a la demanda)

formaron parte de las bases de la referida Adjudicación de Menor Cuantía, el proveedor de la licencia debía brindar el mantenimiento del software Gauss, la Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante el TUO de la Ley), lo establecido en las bases, en esta ley su reglamento obliga todos los postores y a la Entidad convocante.

Que al proceso de selección se presentó la empresa Softmark, la cual presentó como parte de su propuesta un documento de acreditación de mantenimiento, actualización y soporte técnico, comprometiéndose a brindar el mantenimiento, la actualización de versiones, parches (fixes), services packs y soporte técnico por el plazo de un año.

Que al entregar la empresa Softmark, el software Gauss el 28 de febrero de 2008, el BCR tenía derecho a las actualizaciones del software que el fabricante lanzara al mercado hasta el 28 de febrero de 2009.

Que al 12 de diciembre de 2008, el fabricante del software Gauss lanzó al mercado la versión 9.0, la cual debió ser proporcionada al Banco por la empresa Softmark.

Que a pesar de los requerimientos del BCR, la empresa Softmark no proporcionó la versión 9.0 y en la carta del 26 de diciembre de 2008 que ellos emitieron, reconocieron que habían ofertado la licencia del software con la obligación de actualizar las versiones por el plazo de un año.

Que al amparo del artículo 226° del Reglamento, el BCR requirió mediante Carta Notarial N° 0058-2009-ADMISU del 3 de febrero de 2009, para que la empresa Softmark cumpla con la actualización del software en un plazo de cinco

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

(05) días hábiles y que en caso de incumplimiento el contrato sería parcialmente resuelto.

Que del mismo modo el artículo 41° del TUO de la Ley señala que en caso el contratista incumpliera con alguna de sus obligaciones y esta a pesar de ser requerida no haya sido subsanada, la entidad podrá resolver el contrato de forma total o parcial.

Que habiendo resuelto parcialmente el contrato, el BCR de conformidad con el artículo 29° del TUO de la Ley y al artículo 1219° del Código Civil, sostiene que la empresa Softmark deber asumir el costo de la actualización del software Gauss a la versión 9.0 siendo el valor del servicio el monto de S/. 7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles).

Posición de la empresa SOFTMARK

- 3.2. Que la empresa Softmark reconoce que en el Anexo N° 01 de las Bases del Proceso de Selección, detalla las especificaciones técnicas requeridas por la empresa para la adquisición del software Gauss.

Que la empresa Softmark presentó su propuesta técnica y económica, y en la calificación de las mismas, no tuvo ninguna observación obteniendo el puntaje máximo en cada evaluación (100 puntos), de acuerdo a los cuadros de evaluación técnica y económica que obran en el expediente administrativo, lo que originó que se les otorgue la Buena Pro por el monto total de S/. 22,723.94 (Veintidós Mil Setecientos Veintitrés y 94/100 Nuevos Soles), emitiéndose la Orden de Compra N° 01496-2007, por el referido monto.

Que si bien se estableció que el software debía contar con actualizaciones de versiones por un año, a la fecha del proceso de compra del software Gauss, no

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

existía un producto con actualización a nuevas versiones.

Que de acuerdo al principio de Vigencia Tecnológica (inciso 7 del artículo 3° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), a la fecha del proceso de selección no se podía determinar si la versión del software requerido por la demandante podía determinar si la versión del software requerido por la demandante podía contener actualizaciones, siendo responsabilidad del BCR prever que el software que pretendía adquirir contara o pudiera contar con esta característica

Que en la propuesta técnica remitida a la entidad, la empresa Softmark ofertó el software Gauss 8.0 con pack de 03 licencias Network CD, incluyendo el servicio de mantenimiento para 3 licencias Network Gauss y 01 ejemplar de manual impreso (el cual nunca fue observado y obtuvo el máximo puntaje), de acuerdo a las características del producto que existía a la fecha de siendo jurídicamente imposible adquirir en el mercado una versión del software que tenga o podría tener actualizaciones.

Que a la fecha del proceso de selección del producto solamente existía en el mercado actualizaciones a nuevas versiones de parches (fixes), más no existía actualizaciones de la versión para el sistema Gauss 8.0, que fuera objeto de contratación. Resaltando la emplazada que hay una gran diferencia entre actualización de versiones de parches y actualización de nuevas versiones.

Que conforme a la respuesta de Software Shop, fabricante del producto ofertado, se le informó a la Entidad que para la fecha noviembre del 2007 no existía el sistema de mantenimiento Platinum Premier, que es el que incluye el

Que la demandante al haber resuelto parcialmente el contrato sin tener ningún

fundamento válido y pretender exigir el pago del monto equivalente al costo del supuesto incumplimiento ha cometido una arbitrariedad que los ha perjudicado en cuanto a los gastos que han tenido que correr por el proceso, entre otros.

Análisis del primer punto controvertido:

- 3.3. Un contrato, en líneas generales, es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. En ese sentido, está constituido por sus elementos esenciales, según el tipo de contrato ante el cual nos encontremos, y por todo el contenido negocial que, en base a la autonomía privada, las partes incorporen. Asimismo, integran el contrato los imperativos normativos, reglas *ius cogens*, de nuestro ordenamiento.

Para el caso de los contratos sujetos a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, conforme al artículo 201° del Reglamento de la referida Ley, el contrato está conformado además de por el documento que lo contiene, por las bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

Sobre el particular, es necesario resaltar que en la contratación, las partes se encuentran obligadas estrictamente por el contenido contractual estipulado, el cual se ha generado en ejercicio de la autonomía antes mencionada. Este principio se encuentra referido, en lo que a contratación con el Estado se refiere, en el artículo 50° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que establece que los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato.

Como en toda actividad negocial, celebrado el contrato, en principio, se da

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

origen a la relación jurídica siendo, en el caso de los contratos una obligación, esto es, una relación jurídico patrimonial que incluye un conjunto de prestaciones a favor de una o varias de las partes. La obligación puede incluir tanto prestaciones esenciales o no, lo que se desprende de cada relación en concreto.

Que la Entidad al convocar a las empresas invitadas, en el mes de noviembre de 2007 al Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 474-2007/BCRPLIM para la adquisición de un software Gauss Mathematical & Statistical System versión 8.0, con pack de 3 licencias Network; estableció en las Bases del Proceso, entre otros documentos adjuntos, las especificaciones técnicas (señaladas como Anexo N°01) las que establecieron entre otros:

“5. **Por 1 año:** mantenimiento, **actualización de versiones**, parches (fixes), services packs y soporte técnico. El soporte técnico deberá ser vía

Que asimismo, en la sección de Consideraciones Adicionales se requirió al postor para que presente un documento por el cual se acreditara que el

Licencias Network Gauss por 1 año y Manual impreso; M. C. D. N. 1

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

En la propuesta técnica indicó:

“5. **Por 1 año:** mantenimiento, **actualización de versiones**, parches (fixes), services packs y soporte técnico. El soporte técnico deberá ser vía teléfono o vía Internet: CUMPLE”.

Que según lo establecido en el artículo 69° del Reglamento, la evaluación de las propuestas se deberá realizar en dos (02) etapas, siendo la primera de ellas, la evaluación técnica, y la segunda la evaluación económica. En concordancia con el artículo 129° del Reglamento, una vez que se evaluaron y/o calificaron las propuestas técnicas, el Comité Especial procederá a abrir los sobres de las propuestas económicas de aquellos postores que pudieron alcanzar el puntaje mínimo requerido.

Que la evaluación económica consiste en asignar el puntaje máximo a la propuesta de menor monto, por lo que en esta etapa no será necesario que la descripción del producto incluya las especificaciones técnicas pues sólo será materia de evaluación: **el monto de la propuesta**.

Que conforme a las Consideraciones Adicionales la empresa Softmark presentó el Documento de Acreditación de Mantenimiento, Actualización y Soporte Técnico de fecha 26 de noviembre de 2007. Asimismo, presentó la respectiva Declaración Jurada mediante la cual manifestó:

“Que SOFTMARK SAC conoce, acepta y se somete a las condiciones expresadas en las Bases y demás documentos que la integran, así como a las condiciones y procedimientos del proceso.

Que SOFTMARK SAC conoce la sanciones contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444 y disposiciones

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

modificatorias, así como las establecidas en el Texto Único Ordenado de Decreto Supremo N° 005-2001-PCM, su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y normas modificatorias.”

Que al respecto, mediante Resolución N° 284-2006 del 4 de mayo de 2006, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“La declaración jurada es una manifestación de voluntad formulada de manera expresa y bajo juramento, en la que se asevera, niega, o se da

Asimismo, el Tribunal Constitucional con fecha 28 junino del 2001, ha establecido a la declaración jurada como garantía de cumplimiento contractual en las Adjudicaciones de Menor Cuantía conforme lo ha indicado en su Resolución N° 235-2001, que indica:

“En los casos de adjudicaciones directas sin publicación y de las de menor cuantía bastará la presentación de una declaración jurada comprometiéndose a cumplir con el objeto del contrato bajo sanción de quedar inhabilitado para contratar con el Estado por espacio de dos años en caso de incumplimiento”

Que por lo expuesto, se puede inferir que la empresa Softmark se encontraba obligada a cumplir con la actualización de versiones por el plazo de un año, el cual tal como indica en los certificados entregados a la Entidad se contaría a partir del 28 de febrero de 2008 al 28 de febrero de 2009.

Que al aparecer en el mercado, al 12 de diciembre de 2008, la versión 9.0 del

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

actualización del software Gauss 8.0 ofrecido por la empresa Softmark, era su obligación realizar el servicio de actualización a la versión 9.0.

Que se tiene además que la demandada Softmark S.A.C. en ningún momento durante el procedimiento de selección, que finalizó con el otorgamiento de la Buena Pro a su favor, realizó consulta o cuestionamiento a las especificaciones técnicas (señaladas como Anexo N°01) de las Bases de dicho procedimiento específicamente a la N° 5 que establecía claramente que el mantenimiento del software a adquirir debía ser por 1 año e incluía el mantenimiento, la actualización de versiones, los parches, services packs y soporte técnico mismo que podía darse vía teléfono o Internet.

Que por tanto al no haber cumplido Softmark con el servicio respectivo al cual se obligó, a pesar de habérselo requerido la demandante en varias oportunidades, de conformidad con el pronunciamiento de la Sala Plena del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del 26 de setiembre de 2003, que indica:

“Al producirse los supuesto de incumplimiento, por parte de los contratistas, de las obligaciones derivadas de las órdenes de compra o de servicio emitidas a su favor, consideradas como infracciones administrativas según lo previsto en el (...) Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, las Entidades deben observar oportunamente el procedimiento de resolución contractual establecido(...)”.

Y de conformidad con el artículo 226° del Reglamento que establece que:

“Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

satisfaga en un plazo no mayor a cinco (05) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato (...);

Que, el BCR procedió con remitir a la empresa Softmark la Carta Notarial N° 0038-2009-ADM130, mediante la cual le requirió para que cumplan en un plazo de cinco (05) días lo acordado actualizando el Software Gauss conforme se ~~... para la adquisición de una licencia de software para la estimación~~ directa de modelos econométricos y matemáticos avanzados, que contara con un Pack de 03 licencias Network que cumpla con las especificaciones requeridas contenidas en sus Bases (Anexo No. 1 – Especificaciones Técnicas), y que se le de mantenimiento, actualización de versiones, parches (fixes), services packs y año, entre otros; que Softmark entregó el software **GAUSS MATHEMATICAL & STATISTICAL SYSTEM 8** con Pack de 03 licencias Network, conforme a los requerimientos del BCR; y que durante el año 2008, dentro del año siguiente a la adquisición y dentro del periodo en el cual se obligaron a dar mantenimiento, actualización de versiones, parches (fixes), services packs y soporte técnico, vía teléfono o Internet, apareció en el mercado la **VERSION 9.0** del software GAUSS MATHEMATICAL & STATISTICAL SYSTEM por lo que estando dentro de dicho periodo y habiéndose obligado a la actualización de software, Softmark debió proceder con hacerla conforme se lo solicitara el BCR, hecho que nunca ejecutó.

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

Que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1219° del Código Civil, constituye un derecho del acreedor a efecto de hacer efectivas las obligaciones del deudor, el de autorizar al acreedor a emplear las medidas legales necesarias a fin que el deudor le procure aquello a que está obligado o procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro a costa del deudor, entre otros.

Que, estando a lo expuesto, el Árbitro Único ordena a la empresa Softmark S.A.C. para que cumpla con pagar a la demandante BCR la suma de S/. 7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles), monto equivalente a la actualización del software Gauss Mathematical & Statistical System versión 8.0, con pack de 3 licencias network, conforme se encontraba indicado en las bases del proceso de selección del cual se hizo de la Buena Pro denominado Adjudicación de Menor Cuantía N° 074-2007/BCRLIM.

SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA EMPRESA SOFTMARK, EL PAGO DEL INTERÉS LEGAL DEVENGADO POR LOS S/. 7,963.00 (SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES Y 00/100 NUEVOS SOLES) DESDE EL 24 DE FEBRERO DE 2009, A FAVOR DEL BCR, CUYA LIQUIDACIÓN DEBERÁ ESTIMARSE EN EL PRESENTE LAUDO.

Posición del BCR

- 3.4. Que el BCR sufrió un perjuicio irrogado por la empresa Sotmark, debido a que no pudo contar con las ventajas de la versión 9.0 lanzada para el año 2009 por el fabricante.

Que los intereses deben ser calculados a partir de la fecha en que se resolvió el contrato, el 24 de febrero de 2009, debiendo el Árbitro Único emitir la liquidación correspondiente.

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

Posición de la empresa SOFTMARK

3.5. Que debe considerarse infundada la demanda en este caso, en su esencia, la principal, la cual en base a sus argumentos expuestos en su escrito de contestación y alegatos, debía ser declarada infundada.

Sobre el pago de intereses devengados a partir del 24 de febrero de 2009

3.6. En cuanto al pago de intereses, al haberse establecido que Softmark pague al BCR la suma de S/. 7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles) equivalentes al servicio de actualización del software Gauss Mathematical & Statistical System versión 8.0, con pack de 3 licencias network, que la entidad adquirió para la estimación directa de modelos econométricos y matemáticos avanzados; el BCR solicitó el pago de los intereses del monto referido como una pretensión adicional.

Siendo ello así, de acuerdo al artículo 1324° del Código Civil, las obligaciones dinerarias devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva desde la constitución en mora del deudor.

En tal sentido, Softmark deberá pagar intereses al BCR del cálculo de la suma de S/. 7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles), desde la fecha en que fue constituido en mora.

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

22

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

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

Igualmente, la octava disposición complementaria del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el arbitraje, señala que para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334° y 1428° del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

En concordancia con dicha disposición, es de opinión del Árbitro Único, que en el procedimiento arbitral, esta situación se da cuando se emplaza a la otra parte haciendo uso del convenio arbitral, con las pretensiones que serán sometidas a arbitraje, debiendo operar la constitución en mora desde esa fecha.

Es así que, el BCR comunicó a Softmark mediante carta de fecha 11 de marzo de 2009, recibida por Softmark el 16 de marzo de 2009, su voluntad de someter a arbitraje la controversia del presente procedimiento arbitral, designando a su árbitro y señalando la materia que sería objeto del mismo.

En tal sentido, el Árbitro Único considera que corresponde reconocer intereses moratorios a partir de la fecha de recepción de la carta de fecha 11 de marzo de 2009, es decir 16 de marzo de 2009, fecha en que fue recibida por Softmark aplicando, a falta de pacto, la tasa de interés legal.

Por ello, corresponde ordenar al pago de intereses legales a partir del día 16 de marzo de 2009, sobre el capital de S/. 7,963.00 (Siete Mil Novecientos Sesenta y

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

Tres y 00/100 Nuevos Soles) acorde con la tasa de interés legal.

A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR LOS GASTOS ARBITRALES GENERADOS EN EL PROCESO ARBITRAL.

- 3.7. Que en lo referido a las costas y costos del proceso arbitral, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los gastos del arbitraje, que en concordancia con el artículo 69° de la referida Ley, deberá tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, pudiendo distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Que los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y en su caso, la retribución de la institución arbitral.

Que considerando que la primera pretensión principal es amparada por las consideraciones detalladas, y que correspondería por lo tanto amparar la primera pretensión accesoria sobre los intereses devengados; el Arbitro Unico considera

En ese sentido, conforme a lo establecido en el numeral XX del Acta de Instalación, el Árbitro Único fijó como anticipo de los honorarios del Árbitro Único la suma de S/. 4,000.00 (Cuatro Mil y 00/100 Nuevos Soles) netos, a los que se le agregaron los impuestos correspondientes y que cada parte debía pagar

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

de notificada el Acta de Instalación.

Asimismo, fijó como anticipo de los honorarios de la Secretaria Arbitral la suma de S/. 2,500.00 (Dos Mil Quinientos y 00/100 Nuevos Soles) netos, a los que debían agregarse los impuestos correspondientes, que cada parte debía pagar en un cincuenta por ciento (50%), dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de notificada la presente Acta de Instalación.

Sin embargo, como se puede apreciar de los actuados, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 03 que en la parte resolutive facultó a la parte demandante para que en un plazo de cinco (05) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la referida, asuma el pago de los gastos arbitrales ante el incumplimiento de la empresa Softmark.

Habiendo cumplido el BCR con el pago requerido mediante Resolución N° 03, el día 25 de noviembre de 2009, el Árbitro Único, emitió la Resolución N° 04 que entre sus extremos resolvió tener por cumplido el pago de los gastos arbitrales efectuado por el BCR y requirió a la empresa Softmark la devolución de los Recibos por Honorarios que le fueron remitidos en su oportunidad.

Por lo que, conforme a la pretensión formulada y habiéndose acreditado en los actuados que el BCR asumió el pago de los gastos arbitrales que le correspondía a Softmark, el Árbitro Único considera ordenar a Softmark reembolsar al BCR el pago de gastos arbitrales, conformado por los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral, incluyendo los montos de los tributos asumidos.

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Árbitro Único

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión principal del Banco Central de Reserva del Perú y **ORDENAR** a Softmark S.A.C. el pago de la suma de S/. 7,963.00

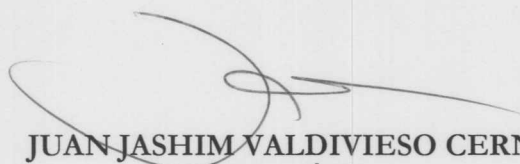
25

Juan Jashim Valdivieso Cerna
Árbitro Único

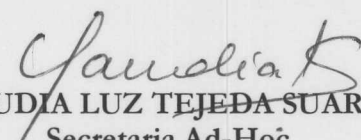
(Siete Mil Novecientos Sesenta y Tres y 00/100 Nuevos Soles) equivalentes al servicio de actualización del software Gauss Mathematical & Statistical System versión 8.0, con pack de 3 licencias network, que la Entidad adquirió para la estimación directa de modelos econométricos y matemáticos avanzados.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la pretensión accesoria a la principal del Banco Central de Reserva del Perú y **ORDENAR** a Softmark S.A.C. el pago de los intereses legales devengados desde el 16 de marzo de 2009, conforme a lo expuesto en la parte considerativa del presente laudo.

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto por el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071, se ordena que los gastos arbitrales sean asumidos por el Banco Central de Reserva del Perú y la empresa Softmark S.A.C. en partes iguales, conforme a lo expuesto en la parte considerativa del presente laudo, por lo que, corresponde **ORDENAR** a la empresa Softmark S.A.C. reembolsar al Banco Central de Reserva del Perú el pago efectuado por concepto de honorarios del Árbitro y de la Secretaría Arbitral, conforme a lo expuesto en la parte considerativa del presente laudo.



JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA
Árbitro Único



CLAUDIA LUZ TEJEDA SUAREZ
Secretaria Ad-Hoc