

Arbitraje seguido entre

IMPROVE YOUR BUSINESS CORPORATION SAC
(Demandante)

y, el

MINISTERIO DE AGRICULTURA
(Demandado)

LAUDO ARBITRAL

Árbitro Único

Dr. José Antonio León Rodríguez

Secretaría Arbitral

Sistema Nacional de Arbitraje del
Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

IMPROVE YOUR BUSINESS CORPORATION SAC VS. MINISTERIO DE AGRICULTURA

INDICE

I.	NOMBRES DE LAS PARTES.....	3
II.	SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	3
III.	TRIBUNAL ARBITRAL.....	3
IV.	ANTECEDENTES.....	3
	4.1 EL CONVENIO ARBITRAL.....	3
	4.2 INICIO DEL PROCESO ARBITRAL.....	3
	4.3 DESIGNACION DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	4
	4.4 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	4
V.	ARGUMENTOS DE LA CONTRATISTA EN EL PROCESO ARBITRAL.....	4
VI.	ARGUMENTOS DE EL MINISTERIO DURANTE EL ARBITRAJE.....	7
VII.	ETAPA PROBATORIA.....	9
VIII.	FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	10
IX.	AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR.....	11
X.	ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA.....	11
XI.	LAUDO.....	14

Expediente Nº S 064-2011.

Resolución Nº 06.

Lima, 24 de enero de 2013.

I. NOMBRES DE LAS PARTES.

Demandante: **IMPROVE YOUR BUSINESS CORPORATION SAC** (en adelante, **LA CONTRATISTA**).

Demandado: **MINISTERIO DE AGRICULTURA** (en adelante, **EL MINISTERIO**).

II. SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Edificio El Regidor Nº 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María.

III. ÁRBITRO ÚNICO.

Dr. José Antonio León Rodríguez

IV. ANTECEDENTES.

4.1 CONVENIO ARBITRAL.

1. Está constituido por el artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, en donde se establece que si en el contrato no se incorpora un convenio arbitral, éste se considerará incorporado de pleno derecho, remitiéndose a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje – OSCE.
2. En estos casos, la cláusula aplicable es la siguiente: *"Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OCSE y de acuerdo con su Reglamento."*
3. Siendo así, debe entenderse que el presente proceso debe someterse a un Arbitraje Nacional y de Derecho.

4.2 INICIO DEL PROCESO ARBITRAL.

IMPROVE YOUR BUSINESS CORPORATION SAC VS. MINISTERIO DE AGRICULTURA

4. Mediante escrito de fecha 05 de mayo de 2011, **LA CONTRATISTA** presentó ante la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, la solicitud de arbitraje de derecho y de nombramiento de árbitro único.

4.3 DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

5. Mediante Resolución Nº 063-2012-OSCE/PRE del 19 de marzo de 2012, la Presidenta Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Dra. Magali Rojas Delgado, resolvió designar como Árbitro Único para el presente arbitraje al Dr. José Antonio León Rodríguez.
6. Por carta del 25 de abril de 2012, el Dr. José Antonio León Rodríguez comunicó su decisión de aceptar la designación efectuada por la Presidencia Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, comprometiéndose a llevar a cabo el proceso arbitral con la debida neutralidad.

4.4 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

7. Con fecha 08 de agosto de 2012 se instaló el Tribunal Arbitral, con la asistencia de los representantes de **LA CONTRATISTA** y **EL MINISTERIO**.
8. Asimismo, en dicho acto se estableció que el arbitraje se regiría de acuerdo a las reglas establecidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento aprobado mediante D.S. Nº 184-2008-EF, (en adelante el Reglamento) y el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, aprobado por Resolución Nº 016-2004-CONSUCODE-PRE.

V. ARGUMENTOS DE LA CONTRATISTA EN EL PROCESO ARBITRAL.

9. **LA CONTRATISTA**, con fecha 05 de mayo de 2011 presentó su escrito de demanda contra **EL MINISTERIO**, señalando en su petitorio, que recurren al Tribunal Arbitral para que se deje sin efecto legal alguno, la Resolución Directoral Nº 131-2011-AG-OA de fecha 02 de marzo de 2011, que resuelve aprobar la resolución por causal de incumplimiento de obligaciones contractuales del Contrato contenido en la Orden de Compra Nº 2010 – 000710, “*por: i) No haber incumplido nuestra parte, ninguna obligación contractualmente pactada; ii) Los criterios utilizados por el MINAG, son de orden absolutamente subjetivos (medición subjetiva y arbitraria); por tanto, existe imposibilidad física y legal de cumplir con el contrato, ante criterios de medición subjetiva de la Entidad*”.
10. De igual forma, **LA CONTRATISTA** solicitó el pago de indemnización por daños y perjuicios por el monto de S/. 35,000.00 Nuevos Soles; y asimismo, el pago de costas y costos que demande el proceso arbitral.

11. Ahora bien, **LA CONTRATISTA** manifiesta que con fecha 29 de setiembre de 2010, **EL MINISTERIO** convocó al proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N° 039-2010-AG para la adquisición de 1100 licencias de una solución unificada de software antivirus y 100 licencias de una solución unificada de software antivirus y firewall personal, para la protección de servidores y estaciones de trabajo con un valor referencial de S/. 20,484.66 Nuevos Soles, proceso en el que **LA CONTRATISTA** participó y se adjudicó con la buena pro por un valor referencial de S/.16,704.01 Nuevos Soles.
12. En razón de ello, con fecha 10 de noviembre de 2010, se notificó a **LA CONTRATISTA** la Orden de Compra 2010 – 000710. De igual forma, sostiene que cumplió con entregar al día siguiente, las licencias requeridas según Guía de remisión 001 N° 000650, cumplimiento que lo reconoce la propia Entidad al señalarlo en la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 131-2011-AG-OA del 02 de marzo de 2011.
13. Agrega que, de la revisión de las especificaciones técnicas, éstas se dividían en dos componentes: i) La entrega de las licencias antivirus conforme con las especificaciones técnicas del escaneo y de la consola de administración señaladas en las bases; ii) Servicios posteriores: Instalación y configuración, soporte técnico durante un año, actualizaciones, entre otros.
14. **LA CONTRATISTA** sostiene que la instalación de las licencias implicaba trabajar máquina por máquina en cada una de las sedes de **EL MINISTERIO** por ello, se debían hacer coordinaciones con los responsables designados por la Unidad de Tecnologías de la Información, para no tener problemas en el ingreso a las dependencias de la Entidad y en determinados horarios, es decir, su trabajo dependió en todo momento de la disponibilidad y tiempo del personal de la Entidad.
15. Agrega **LA CONTRATISTA** que el trabajo de instalación implica que las máquinas deben cumplir con ciertos requisitos previos que debían ser trabajados por la Unidad de Tecnologías de la Información, por cuanto, esto no formaba parte de sus obligaciones y eran necesarias de ser cumplidas por la Entidad.
16. En ese sentido, señala **LA CONTRATISTA** que si las condiciones previas no se daban, con posterioridad se podían presentar problemas no imputables a ésta, lo cual sucedió así. Sin perjuicio de ello, en cumplimiento de la ejecución contractual comenzó a trabajar conjuntamente con los responsables designados por la Unidad de Tecnologías de la Información, para proceder a realizar los servicios requeridos en las bases, servicios que se prueban con los informes y recomendaciones del soporte técnico suscrito entre el personal a cargo de nuestra empresa y los responsables de la Entidad por cada sede, en los que además se evidencia el no cumplimiento de las condiciones mínimas y previas a cargo de la Entidad.
17. **LA CONTRATISTA** sostiene que los virus encontrados en las máquinas instaladas con la licencia tienen una doble causa: i) Las máquinas no están actualizadas con los últimos parches de seguridad, e incluso en muchas de las PCs se encontraron que faltaban más de 100 parches, por lo que fácilmente podían ingresar los virus; y, ii) El sistema de protección antivirus estaba caducado.

- 7
18. En ese sentido, manifiesta **LA CONTRATISTA** que si la Entidad pide que se le den licencias y se instalen, es lógico que también debía saber en qué estado están cada una de sus máquinas, a fin de entender, sin dificultad, que mientras la máquinas tenga más virus, la limpieza de la misma va a demorar y por ende esto puede implicar que el usuario o trabajador a quien se le ha asignado la máquina, tenga que aceptar ciertas procedimientos temporales de solo un día, para tener la máquina limpia y poder trabajar en adelante con la licencia insertada.
 19. Agrega **LA CONTRATISTA** que a lo antes señalado también hay que adicionar el hecho de que **EL MINISTERIO** tiene computadoras, pero de distintas capacidades y características, por lo que es enteramente razonable que el impacto por la instalación de las licencias antivirus no iba a ser igual en todas las máquinas, por cuanto se encontraron computadoras de baja tolerancia es decir menos de 512 mb de memoria, así como con equipos de superior tolerancia, siendo estos de menor número.
 20. A mayor abundamiento, **LA CONTRATISTA** sostiene que los usuarios de las máquinas no aceptaban la necesidad de que se limpiaran las máquinas en un tiempo necesario y en el día, muy por el contrario, pedían que se retirara las licencias, por ello, nuestra posibilidad de cumplir con nuestros servicios resultaba imposible si las máquinas no las tenemos nosotros y ni las usamos y estamos en un ambiente que no nos pertenece.
 21. De igual forma, **LA CONTRATISTA** sostiene que el trabajo diario que hacían y los constantes problemas de no atención y maltrato, generó mucha incomodidad en nuestra empresa, por cuanto nos solicitaban pedidos fuera de lugar y que no respondían a nuestras obligaciones contractuales, ya que el objeto del contrato no fue la entrega de 1100 computadoras nuestras con sus licencias, sino solo de las licencias y jamás se puede extender a nuestra empresa responsabilidades por consecuencias originadas por el tipo de máquinas (antiguas y lentas) que tiene la propia Entidad y el tipo de uso que le dan.
 22. No obstante ello, todo el trabajo desarrollado y con la inversión generada a riesgo de pérdida, **LA CONTRATISTA** sostiene que se vieron sorprendidos al recibir el Oficio N° 012-2011-AG-OA-UL, en el cual se les requiere notarialmente a cumplir con las obligaciones acordadas, acusándolos que la instalación presentó deficiencias en el rendimiento de los equipos de cómputo, lentitud en los procesos y generando que existan inconvenientes en el despliegue de todas las estaciones de trabajo de **EL MINISTERIO**.
 23. Tales observaciones fueron absueltas en dos oportunidades: mediante escrito de fecha 11 de enero de 2011 y el segundo de fecha 27 de enero del mismo año. En ambos descargos detallamos que todos los trabajos se han realizado con las autorizaciones de su Institución a través del personal de la Unidad de Tecnologías de la Información y que las lentitudes y otras observaciones son por causas propias de la Entidad y no de **LA CONTRATISTA**.

24. En cuanto al aspecto jurídico, **LA CONTRATISTA** sustento su demanda en:
- Normativa de Contrataciones Públicas.
 - Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General.
25. Finalmente, **LA CONTRATISTA** señala que la pretensión de una indemnización por la suma de S/. 35,000.00 Nuevos Soles se justifica en tanto han incurrido en una serie de perjuicios económicos, como es, el cancelar a nuestro distribuidor, el costo de las licencias materia de la arbitraría resolución del contrato (04 meses de vigencia de licencia); los gastos en exceso del personal a nuestro cargo, destinados a la instalación de las referidas licencias, quienes debían de trabajar en este proceso, solo un numero de 2 y fueron 4.

VI. ARGUMENTOS DE EL MINISTERIO DURANTE EL ARBITRAJE.

26. Mediante escrito del 15 de junio de 2011, **EL MINISTERIO** contesta la demanda, negándola y contradiciéndola, solicitando asimismo, que sea declarada improcedente en su oportunidad, así como al pago de costas y costos del proceso.
27. Ahora bien, con relación a la primera pretensión, **EL MINISTERIO** señala que expidió la Resolución Directoral N° 131-2011-AG-OA, de acuerdo con el procedimiento administrativo regular al haber incumplido **LA CONTRATISTA** con sus obligaciones contractuales contenidas en la Orden de Compra N° 2010-000710, así como en las Bases Administrativas de la Adjudicación de Menor Cantidad N° 0039-2010-AG, que forman parte de la precitada orden de compra.
28. Agrega que la Resolución Directoral N° 131-2011-AG-OA, resolvió aprobar la resolución del contrato, sustentada en el Informe N° 013-2011-AG-OA-UL/RFS de fecha 23.02.2011 y en el Informe Técnico que acompaña al Memorándum N° 22-2011-AG-OA-UTI del 08.02.2011 remitido por el Ing. Manuel Camacho Villanueva, Director de la Unidad de Tecnología de la Información, donde entre otras observaciones se señaló que el producto ofrecido no cumplía con todos los requerimientos solicitados en las bases.
29. De acuerdo con el citado Informe N° 013-2011-AG-OA-UL/RFS, **EL MINISTERIO** mediante Oficio N° 005-2011-AG-OA-UL de fecha 05 de enero del 2011, (siendo lo correcto el Oficio N° 012-2011-AG-OA-UL) notificada por conducto notarial el 06 de enero del 2011, las deficiencias en el rendimiento de los equipos de computo (lentitud en los procesos), generando que existan inconvenientes en el despliegue de todas las estaciones de trabajo de **EL MINISTERIO**; razón por la cual, no se emitió la conformidad del producto de acuerdo a los términos de referencia solicitados, por ello se le requirió para que en un plazo de cinco (5) días calendario satisfaga las obligaciones asumidas y contenidas en el contrato, bajo apercibimiento de resolverse el contrato.
30. De otro lado, el Informe N° 037-2010-MINAG/OA-CSA-UTI de fecha 29 de noviembre del 2010, referido a la instalación del antivirus Bit Defender en la PCs (materia del contrato) de las sedes de **EL MINISTERIO** ha concluido en lo siguiente: i) Los equipos luego de la instalación del antivirus pierden su performance actual, lo que no va de acuerdo a los

términos de referencia en los puntos A y B (especificaciones técnicas de escaneo) donde se pide que el producto antivirus debeat cumplir la siguiente condición. "Funcionar sin impactar significativamente el funcionamiento y performance de los equipos"; ii) El paquete de instalación para PCs con 256B de RAM no permite la administración de estas licencias y sus políticas desde la consola centralizada como lo exige el TDR en los puntos A y B (especificaciones técnicas de la consola de administración: "Administrar las licencias instaladas".

31. De igual forma, sostiene que **LA CONTRATISTA** mediante carta de fecha 27 de enero del 2011, efectuó el descargo a los defectos señalados en el precitado Oficio, sin mayor sustento técnico, sino tratando de irrogar la responsabilidad en mi representada por la supuesta falta de facilidad para continuar con las labores de ejecución materia del contrato; sin embargo, con la finalidad de no asumir su responsabilidad en la entrega de productos que no contienen las especificaciones de acuerdo con las bases del contrato, solicitó se suscriba una resolución del contrato consensuada, lo que evidencia su falta de capacidad para superar las observaciones efectuadas.
32. En razón de ello, **EL MINISTERIO** expidió la Resolución Directoral Nº 131-2011-AG-OA de fecha 02 de marzo del 2011, aprobando la resolución del contrato contenido en la Orden de Compra Nº 2010-000710, que fuera emitida a favor de la empresa IMPROVE YOUR BUSINESS CORPORATION SAC., para la adquisición de 1,100 licencias de una solución unificada de software antivirus y 100 licencias de una solución unificada software antivirus y firewall personal para la protección de servidores.
33. Con relación al pago de daños y perjuicios por el monto de S/. 35,000.00 nuevos soles, **EL MINISTERIO** indica que la indemnización de daños y perjuicios tiene como premisa la no ejecución de sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve de acuerdo al artículo 1321º del Código Civil, asimismo el artículo 1985º del citado cuerpo legal establece el contenido de la indemnización "*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido*".
34. Agrega que, con independencia de su origen o procedencia, tiene por objeto indemnizar al acreedor de las consecuencias perjudiciales causadas por el incumplimiento de la obligación o por la realización del acto ilícito. Siendo esta indemnización preferentemente de carácter pecuniario (salvo en determinados supuestos de obligaciones extracontractuales que pueden dar lugar a una reparación específica), se debe proceder a valorar económicoamente distintos aspectos o componentes que si bien, son fácilmente teorizables, plantean en la práctica notorias dificultades de concreción.
35. En consecuencia, concluye que la pretensión sobre indemnización por daños y perjuicios es improcedente, puesto que, de los fundamentos expuestos se aprecia que éstos supuestos no contienen los requisitos señalados en la norma sustantiva antes citada, menos aún, han sido debidamente sustentadas.

36. En cuanto al aspecto jurídico, **EL MINISTERIO** sustentó su posición en la contestación de demanda, en los términos de las Bases Administrativas de Adjudicación de Menor Cuantía N° 0039-2010- AG "Adquisición de 1,100 licencias de una "Solución unificada de software antivirus y 100 licencias de una solución unificada de software antivirus y firewall personal, para la protección de servidores y estación de trabajo", así como en la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento.

VII. ETAPA PROBATORIA.

37. Durante el desarrollo del arbitraje, el Tribunal Arbitral tuvo al alcance diverso material probatorio que fue ofrecido por ambas partes, los cuales han sido valorados al momento de resolver la controversia.
38. Siendo ello así, durante el arbitraje **LA CONTRATISTA** ofreció como medios probatorios los siguientes documentos:
- Bases administrativas Adjudicación de Menor Cuantía N° 0039 – 2010 AG (1° Convocatoria) Adquisición de 1,100 licencias de una "Solución unificada de software antivirus y 100 licencias de una solución unificada de software antivirus y firewall personal, para la protección de servidores y estación de trabajo.
 - Orden de compra guía de internamiento N° 2010 – 000710 emitida por **EL MINISTERIO** con fecha 10 de noviembre de 2010.
 - Factura N° 001 – 000737 expedida por IYB SAC., a favor de **EL MINISTERIO**, con fecha 11 de noviembre de 2010.
 - Oficio N° 012-2011-AG-UA-OL de fecha 05 de enero de 2011, emitido por **EL MINISTERIO**, por el cual nos hace un requerimiento.
 - Carta de fecha 11 de enero de 2011, por el cual se remite los descargos a la Entidad.
 - Carta de fecha 27 de enero de 2011, por el cual se reitera y amplia el descargo a la Entidad.
 - Resolución Directoral N° 131 - 2011AG-OA, de fecha 02 de marzo de 2011, por el cual **EL MINISTERIO** resuelve el contrato.
 - Email de Ing. Manuel Camacho Villanueva, dirigido a nosotros, con fecha 17 de enero de 2011, en donde reconocen que la demora en la instalación, obedece a quejas de sus propios usuarios, que no podían trabajar con el antivirus, por la lentitud de las máquinas.
 - Diversos correos electrónicos de la Entidad y **LA CONTRATISTA** con fechas 03 de enero de 2011.

- 07 reportes técnicos (actas de entrega), debidamente suscritos por funcionarios de la Entidad, en señal de recepción de los avances y servicios brindados, de fechas 03 (02), 06,07, 30 de diciembre de 2010, 13 y 14 de enero de 2011.
 - 06 guías de remisión N° 690, N° 682, N° 676, N° 675, N° 674 y N° 669 por el ingreso de 06 computadoras de propiedad **LA CONTRATISTA** a **EL MINISTERIO**, con el propósito de acelerar las instalación.
 - Acta de conciliación N° 272 – 2011 de fecha 12 de abril de 2011.
39. Por su parte, **EL MINISTERIO** ofreció como medios de prueba, los que se detallan seguidamente:
- En mérito de los documentos contenidos en el anexos 1D, 1E de la demanda.
 - En mérito de la Resolución Directoral N° 131-2011-AG-OA del 02.03.11
 - En Mérito de la Carta Notarial de fecha 02.03.11, mediante el cual se notifica la resolución del contrato.
 - En mérito del Memorándum N° 22-2011-AG-OA-UTI, que contiene el Informe Técnico en relación a la orden de compra N° 000710-2010.
 - En mérito del Informe N° 037-2010-MINAG/OA-CSA-UTI.
 - En mérito del Oficio N° 012-2011-AG-OA-UL, que comunica el incumplimiento contractual.
 - En mérito del Informe N° 013-2011-AG-OA-UL/rfs del 23.02.2011

VIII. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

40. En la Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios llevada a cabo el 08 de agosto de 2012, el Tribunal Arbitral con anuncia de las partes, fijó como puntos controvertidos del presente arbitraje, los siguientes:
- (i) Determinar si corresponde se deje sin efecto legal alguno la Resolución Directoral N° 131-2011-AG-OA de fecha 02 de marzo de 2011, que resuelve aprobar la resolución por causal de incumplimiento de obligaciones contractuales del Contrato contenido en la Orden de Compra N° 2010-000710, por:
 - a) No haber incumplido el contratista ninguna obligación contractualmente pactada y,
 - b) Porque los criterios utilizados por la entidad serían de orden subjetivo, por lo que existiría imposibilidad física y legal de cumplir con el contrato.
 - (ii) Determinar si corresponde el pago de indemnización por daños y perjuicios por el monto de S/. 35,000.00 (Treinta y cinco mil Nuevos Soles).

- (iii) Determinar si corresponde se condene a la entidad al pago de las costas y costos del presente arbitraje.

IX. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR.

41. Con fecha 22 de agosto de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, acto en el cual el Tribunal Arbitral otorgó a ambas partes el uso de la palabra por espacio de diez minutos para exponer sus posiciones. Es del caso indicar, que se hicieron uso de las réplicas respectivas, así como también, se hicieron las preguntas del caso.
42. Mediante Resolución N° 04 del 27 de noviembre de 2012, se resolvió fijar el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles contados desde la notificación de la resolución
43. Posteriormente, mediante Resolución N° 05 de fecha 09 de enero de 2013, el Tribunal Arbitral, resolvió prorrogar por quince (15) días hábiles adicionales, el plazo para laudar en la presente controversia.

X. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA.

44. A continuación se procederá a analizar cada uno de los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios
 - (i) **Determinar si corresponde se deje sin efecto legal alguno la Resolución Directoral N° 131-2011-AG-OA de fecha 02 de marzo de 2011, que resuelve aprobar la resolución por causal de incumplimiento de obligaciones contractuales del Contrato contenido en la Orden de Compra N° 2010-000710, por:**
 - a) No haber incumplido el contratista ninguna obligación contractualmente pactada y,
 - b) Porque los criterios utilizados por la entidad serían de orden subjetivo, por lo que existiría imposibilidad física y legal de cumplir con el contrato.
45. Con fecha 29 de setiembre de 2010, **EL MINISTERIO** convocó al proceso de selección Adjudicación de Menor Cantidad N° 039-2010-AG para la adquisición de 1100 licencias de una solución unificada de software antivirus y 100 licencias de una solución unificada de software antivirus y firewall personal, para la protección de servidores y estaciones de trabajo con un valor referencial de S/. 20,484.66 Nuevos Soles, proceso en el que **LA CONTRATISTA** participó y fue adjudicada con la buena pro por un valor de S/.16,704.01 Nuevos Soles.
46. De la revisión de los actuados, se ha podido verificar que con fecha 10 de noviembre de 2010, se notificó a **LA CONTRATISTA** la Orden de Compra 2010 – 000710. Asimismo, se ha constatado que **LA CONTRATISTA** cumplió con entregar el 11 de noviembre de 2010 al **MINISTERIO**, las 1100 licencias de una solución unificada de Software Antivirus y 100 licencias de una solución unificada de Software Antivirus y firewall personal, mediante la Guía de Remisión N° 000650.

47. Lo antes indicado ha sido aceptado por **EL MINISTERIO**, toda vez que en los considerandos de la Resolución Directoral Nº 131-2011-AG-OA se ha señalado expresamente: *"Que, la mencionada empresa, con Guía de Remisión 001 Nº 000650, de fecha 11 de noviembre de 2010, recepcionada en la misma fecha por el Área de Almacén del MINAG, internó los bienes consistentes en 02 CD's instaladores del antivirus y un certificado de licencia (Bitdefender)".*
48. Ahora bien, en la mencionada Resolución Directoral, el **MINISTERIO** ha señalado que fundamenta su decisión en el Informe Nº 037-2010-MINAG/OA-CSA-UTI de fecha 29 de noviembre de 2010, en el cual se indica que:
- "- Los equipos luego de la instalación del antivirus pierden su performance actual, lo que no va de acuerdo a los términos de referencia en los puntos A y B (especificaciones técnicas de escaneo) donde se pide que el producto antivirus deba cumplir la siguiente condición. "Funcionar sin impactar significativamente el funcionamiento y performance de los equipos"*
- El paquete de instalación para PCs con 256B de RAM no permite la administración de estas licencias y sus políticas desde la consola centralizada como lo exige el TDR en los puntos A y B (especificaciones técnicas de la consola de administración: "Administrar las licencias instaladas").*
49. De la lectura de los párrafos antes indicados, se puede apreciar que los mismos contienen términos de carácter subjetivo, tales como *"pierden su performance actual"*; los cuales no permiten verificar de manera fehaciente cuál habría sido el presunto incumplimiento en el que habría incurrido **EL CONTRATISTA**.
50. Al respecto, se debe tener presente que si bien las Entidades Públicas gozan de determinadas prerrogativas en sus relaciones contractuales con los privados, ello no puede ser utilizado como fundamento para amparar decisiones arbitrarias y que no han sido debidamente fundamentadas.
51. En ese sentido, sus actuaciones deben estar enmarcadas dentro del respeto al Principio de Legalidad, a que se contrae el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, según el cual es deber de las autoridades administrativas actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los propósitos para los que les fueron conferidas.
52. En razón de ello, la decisión del Ministerio de Agricultura debió fundamentarse en aspectos objetivos y medibles del accionar de **LA CONTRATISTA**, a fin de acreditar debidamente los supuestos incumplimientos en los cuales habría incurrido la misma. De igual forma, en los documentos aportados como medios de prueba por **EL MINISTERIO** no se aprecia que haya analizado debidamente los descargos presentados por **LA CONTRATISTA**, limitándose a señalar que los mismos no tienen mayor sustento técnico.
53. De igual forma, se menciona que el paquete de instalación para las PCs con 256B de RAM no permite la administración de las licencias instaladas. Con relación a este punto, debemos mencionar que **EL MINISTERIO** no ha presentado ningún documento que

acredite informo oportunamente a **LA CONTRATISTA** acerca del tipo de computadoras en las cuales debían instalarse los antivirus, lo cual es sumamente relevante para efectos de determinar la responsabilidad de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones.

54. En consecuencia, se ha podido verificar de los medios probatorios aportados al proceso, que los antivirus materia de la Adjudicación de Menor Cantidad fueron ingresados en las instalaciones de la Entidad y asimismo, que se instalaron en las computadoras requeridas por **EL MINISTERIO**; sin embargo, los mismos no funcionaron de manera óptima en las PCs debido a que algunas de éstas carecían de un adecuado mantenimiento y otras se encontraban desactualizadas.
55. En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que las deficiencias a que hace referencia **EL MINISTERIO** no puede ser imputadas al **CONTRATISTA** toda vez que sus obligaciones se encontraban limitadas a la entrega e instalación de programas antivirus y no a poner en funcionamiento las computadoras de la Entidad.
56. En consecuencia, el Tribunal Arbitral concluye que debe dejarse sin efecto la Resolución Directoral N° 131-2011-AG-OA, en la medida que se ha acreditado que **LA CONTRATISTA** cumplió con las obligaciones pactadas en la Orden de Compra 2010 – 000710; y asimismo, corresponde que se le cancele el monto ofertado al otorgársele la buena pro de la Adjudicación de Menor Cantidad N° 039-2010-AG.

(ii) Determinar si corresponde el pago de indemnización por daños y perjuicios por el monto de S/. 35,000.00 (Treinta y cinco mil Nuevos Soles).

57. La disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados por una persona, ya sea que se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual; o que se trate de daños que sean producto del resultado de una conducta en donde no existe ningún vínculo de orden obligacional entre los sujetos.
58. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, estamos ante una responsabilidad civil de tipo contractual, y dentro de la terminología del Código Civil Peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, en cuyo caso nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual.¹
59. El daño que origina una responsabilidad civil puede ser definido bajo la fórmula del daño jurídicamente indemnizable, entendido como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. En tal sentido, los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Serán daños patrimoniales las lesiones a derechos patrimoniales, y daños extrapatrimoniales las lesiones a los derechos de dicha naturaleza, como el caso específico de los sentimientos considerados

¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil. Lima: Editorial Grijley, primera edición, junio 2001, pp. 25 y 26.

socialmente dignos o legítimos y por ende merecedores de la tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral.²

60. Ahora bien, en materia de responsabilidad civil contractual, el criterio subjetivo de responsabilidad (culpa) se encuentra regulado en el artículo 1321 del Código Civil, ligado a la inejecución de las obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; mientras que en materia de responsabilidad civil extracontractual, se encuentra regulado en el artículo 1969 del mismo cuerpo legal, conforme al cual, todo daño producido por dolo o culpa resulta pasible de indemnización. Es así que en cada caso, el juzgador analiza – dentro de cada criterio– los elementos de la responsabilidad civil a fin de establecer el monto indemnizatorio correspondiente.³
 61. En el presente proceso, **EL CONTRATISTA** ha solicitado como indemnización la suma de S/.35,000.00 (Treintaicinco Mil Cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles), importe que representa la indemnización por los daños y perjuicios que se le habrían ocasionado.
 62. Ahora bien, a lo largo del proceso arbitral **EL CONTRATISTA** no ha presentado los medios de prueba que sustenten de manera fehaciente el daño emergente y el lucro cesante alegado en su demanda, por lo cual ésta pretensión no puede ser amparada.
- (iii) **Determinar si corresponde se condene a la entidad al pago de las costas y costos del presente arbitraje.**
63. Durante la prosecución del proceso, se ha podido determinar que al **CONTRATISTA** le ha asistido el derecho para reclamar que se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 131-2011-AG-OA al haber cumplido con las obligaciones a su cargo, motivo por el cual a criterio del Tribunal Arbitral los costos y las costas del proceso arbitral deben ser asumidos en su integridad por **EL MINISTERIO**.

XI. LAUDO.

Sobre la base de la voluntad de las partes, de los argumentos esgrimidos, la valoración de las pruebas presentadas y actuadas, así como de las consideraciones antes expuestas, el Tribunal Arbitral lauda en Derecho resolviendo:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión planteada por **EL CONTRATISTA**, por lo cual se deja sin efecto la Resolución Directoral N° 131-2011-AG-OA, y se dispone que se cancele el monto ofertado al otorgársele la buena pro de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 039-2010-AG, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión planteada por **EL CONTRATISTA**, concluyendo que no corresponde que se le indemnice por daños y perjuicios con la suma de S/. 35,000.00 (Treintaicinco Mil y 00/100 Nuevos Soles), de

² Ibidem. pp. 55 y 56.

³ Argumentos señalados en la Sentencia del Tribunal Constitucional 0001-2005-PI/TC, correspondiente al Pleno Jurisdiccional publicado en El Peruano el 20 de julio de 2006.

conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo.

TERCERO: En cuanto a las costas y los costos que se han originado en el presente arbitraje, el Tribunal Arbitral **DISPONE** que los mismos deben ser asumidos en su integridad por **EL MINISTERIO**.



JOSE ANTONIO LEÓN RODRÍGUEZ
Árbitro Único



ANTONIO CORRALES GONZALES
Director (e) de Arbitraje Administrativo