

**Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
OSCE**

Arbitraje seguido entre

Talexca S.A.C.
(Demandante)

y

Ministerio de Defensa
(Demandado)

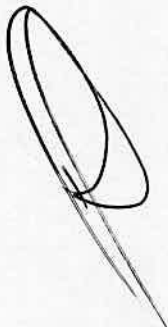
LAUDO

Árbitro Único

Doctor Luis Manuel Juárez Guerra

Secretaría del Tribunal Arbitral

Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE

A handwritten signature or mark, possibly a stylized 'L' or 'J', located in the bottom left corner of the page.

GLOSARIO DE TÉRMINOS

Ley :	Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017
Reglamento:	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF
Ley N° 27444:	Ley del Procedimiento Administrativo General
Directiva	Directiva N° 017-2012-OSCE/CD - Directiva de Convenio Marco
Acuerdo	Acuerdo del Convenio Marco de Computadoras de Escritorio, Portátiles, Proyector y Escáneres
Contrato:	Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 0000674
Talexca S.A.C. / Demandante/ Contratista:	Talexca S.A.C.
Ministerio / Demandada/	
Entidad:	Ministerio de Defensa
OSCE:	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N°10.-

En Lima, a los 25 (veinticinco) días del mes de noviembre del año dos mil catorce, el Árbitro Único, luego de haber analizado los actuados en el presente arbitraje, dicta el siguiente laudo:

I. ANTECEDENTES:

a) Hechos del caso

1. Mediante Licitación Pública N° 002-2012/OSCE-CM, bajo la modalidad de Convenio Marco, convocada por el OSCE el 05 de setiembre de 2012, se requirió la adquisición de computadoras de escritorio, portátiles, proyectores y escáneres.
2. Con fecha 13 de febrero de 2013 Talexca obtuvo la buena pro, siendo suscrito el respectivo Acuerdo de Convenio Marco.
3. Mediante Orden de Compra N°0000674, remitida el 19 de agosto de 2013, el Ministerio de Defensa (en adelante, el Ministerio) requirió a Talexca la adquisición de cuatrocientos cuarenta y dos (442) equipos de cómputo, con -entre otras- las siguientes características: CPU CORE I3, marca Lenovo, serie M71E, las que debían ser entregadas en un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario. Asimismo, el precio de los referidos equipos ascendía a S/. 842,329.83.
4. Durante la ejecución del contrato se presentaron discrepancias en torno a los equipos que debían ser entregados por Talexca, generándose una controversia que fue sometida a arbitraje por esta última.

b) Convenio arbitral

5. De acuerdo con el numeral 8.4.4 de la Directiva, el perfeccionamiento de la relación contractual en la modalidad del Convenio Marco se formaliza mediante una Orden de Compra, habiéndose formalizado en el presente caso mediante la Orden de Compra N° 0000674.
6. De la revisión de la referida Orden de Compra se advierte que la misma no contiene cláusula arbitral alguna, por lo que resulta de aplicación el artículo 216° del Reglamento, según el cual, si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que figura en dicho artículo, cuyo tenor es el 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 con el Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento". (...)

7. Cabe precisar que el punto 8.4.8.6. de la Directiva establece que las controversias que surjan durante la ejecución contractual involucran únicamente a la Entidad contratante que contrate a través del Catálogo Electrónico y al proveedor adjudicatario, no acarreando responsabilidad a la Entidad responsable, ni al OSCE. Dichas controversias serán resueltas mediante conciliación y/o arbitraje de conformidad a lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento.

c) Solicitud, inicio y desarrollo del proceso arbitral

8. De conformidad con el artículo 25 del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE, el 27 de noviembre de 2013, Talexca S.A.C. presentó ante la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, la respectiva demanda arbitral contra el Ministerio de Defensa.
9. Del escrito de demanda se observan las siguientes pretensiones:
Primera Pretensión Principal.- Se declare la nulidad y/o ineficacia del acto administrativo contenido en el Oficio N°2324-2013-MINDEF/VRD/C de fecha 05 de noviembre del 2013, recibido el 06 de noviembre de 2013 en el que el Ministerio de Defensa resuelve el contrato contenido en la Orden de Compra N°000674 de fecha 19 de agosto del 2013, por causas imputables al Contratista.
Segunda Pretensión Principal.- Se declare que el Contratista no ha incurrido en incumplimiento al momento de cumplir con la obligación contenida en la Orden de Compra N°000674 de fecha 19 de agosto del 2013.
Tercera Pretensión principal.- Se declare y ordene que corresponde el pago de S/. 500,000.00 Nuevos Soles (Quinientos Mil con 00/100 Nuevos Soles) y sus respectivos intereses, correspondientes a una indemnización por daños y perjuicios por concepto de lucro cesante, daño emergente y daño a la imagen de la empresa.
Cuarta pretensión principal.- Se ordene al demandado asumir el pago de las costas y costos del proceso arbitral, más los intereses hasta la fecha de cancelación.
10. Mediante escrito de fecha 23 de enero del 2014, el Ministerio contestó la demanda y formuló reconvencción invocando las siguientes pretensiones:
Pretensión y monto de cuantía: Solicita que la empresa Talexca S.A.C. abone la suma de S/. 1'000,000.00 por concepto de indemnización más costas y costos arbitrales teniendo en cuenta que la suma de S/. 842,329.83 correspondería al daño emergente y, la suma de S/. 157,670.17, a lucro cesante.
11. Mediante escrito presentado el 03 de marzo del 2014, Talexca contestó la reconvencción planteada por el Ministerio, adjuntando medios probatorios al mismo. Asimismo, mediante el primer otrosí de dicho escrito planteó oposición al medio probatorio ofrecido por el Ministerio contenido en el numeral 10 del acápite Medios Probatorios de la reconvencción. El referido medio probatorio dio cuenta del Laudo Arbitral emitido en el caso seguido entre C&E LABDELEALERS S.A. y el Instituto Nacional de Oftalmología. Asimismo, adjuntó los siguientes documentos: (i) Carta Notarial de fecha 17 de octubre de 2013, (ii) Oficio N° 4211/T-11.g.1 de fecha 30 de octubre de 2013, (iii) Carta Notarial de fecha 18 de octubre de 2013, (iv) Solicitud de acceso a la información pública en el que se ha obtenido la Orden de Compra N° 1100-2013 así como la conformidad de la referida orden de compra como su correspondiente pago.
12. Mediante escrito presentado el 26 de marzo del 2014, el Ministerio absolvió el escrito presentado por Talexca el 03 de marzo de 2014. Asimismo, mediante el segundo otrosí formula oposición a la admisión de los documentos que Talexca acompañó a su escrito, señalados en el numeral precedente.

Designación de Arbitro Único

13. Mediante Resolución N° 136-2014-OSCE/PRE de fecha 16 de abril de 2014, el OSCE estableció que el arbitraje debía ser resuelto por Árbitro Único, designando al

Doctor Luis Manuel Juárez Guerra como tal, en defecto de las partes, a efectos de que resuelva las controversias surgidas entre éstas.

14. Mediante escrito S/N, de fecha del 28 de abril del 2014, el Doctor Luis Manuel Juárez Guerra comunicó su aceptación al cargo de Árbitro Único, manifestando no tener impedimento para asumir tal función.
15. Mediante escrito presentado el 27 de mayo del 2014, Talexca absolvió el escrito presentado por el Ministerio el 26 de marzo de 2014.

d) Audiencia de Instalación

16. Con fecha 27 de mayo de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único con la participación de los representantes de Talexca y del Ministerio, disponiéndose -entre otros puntos- los siguientes: (i) Instalación del Árbitro Único, mediante el cual el Arbitro Único ratificó su aceptación al cargo y las partes manifestaron su conformidad con la misma, (ii) Ratificación del Domicilio de las partes, (iii) Normas aplicables al proceso arbitral; (iv) Plazo de diez (10) días hábiles para el pago de la liquidación de honorarios y gastos arbitrales.
17. Mediante escrito presentado el 25 de junio del 2014, el Ministerio absolvió el escrito presentado por Talexca el 27 de mayo del 2014.

e) Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios:

18. Mediante Resolución N° 4 de fecha 22 de julio de 2014, el Arbitro Único resolvió que: (i) el Ministerio cumplió con el pago de los gastos arbitrales a su cargo dentro del plazo concedido y; (ii) citó a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 13 de agosto de 2014, a horas 3:00 pm.
19. Con fecha 13 de agosto de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, fijándose los siguientes puntos controvertidos:

Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia del acto administrativo contenido en el Oficio N° 2324-2013-MINDEF/V/VRD/C de fecha 05 de noviembre de 2013.

Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que el contratista no ha incurrido en incumplimiento al momento de cumplir con la obligación contenida en la Orden de Compra N° 000674 de fecha 19 de agosto de 2013

Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar y ordenar el pago de S/ 500,000.00 y sus respectivos intereses, correspondientes a una indemnización por daños y perjuicios por concepto de lucro cesante, daño emergente y daño a la imagen de la empresa.

Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar que la empresa TALEXCA S.A.C. abone la suma de S/. 1'000,000.00 por concepto de indemnización más costas y costos arbitrales, teniendo en cuenta que la suma de S/.842,329.83 sería lo equivalente al daño emergente y, la suma de S/. 157,670.17, lo equivalente al lucro cesante.

Quinto Punto Controvertido:

Determinar a quién corresponde asumir, y en qué porcentaje, las costas y costos del presente proceso arbitral.

Mediante Resolución N° 05, incorporada en la misma Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, se resolvió la oposición formulada por Talexca mediante su escrito de fecha 03 de marzo de 2014, declarándose improcedente la misma, por lo que se admitió el medio probatorio contenido en el numeral 10 del acápite Medios Probatorios de la reconvención.

Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por Talexca en su escrito de subsanación de demanda del 24 de diciembre de 2013, anexos del A al BB, así como el medio probatorio ofrecido en su escrito del 27 de mayo de 2014; por parte del Ministerio, se admitieron los medios probatorios presentados en su escrito de contestación de demanda del 23 de enero de 2014, anexos del 1-A al 1-L.

Finalmente, se dispuso el cierre de la etapa probatoria, sin perjuicio de la facultad del Árbitro Único de solicitar de oficio la actuación de nuevos medios que considere pertinentes, a la vez de otorgar a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos, y se les citó a la Audiencia de Informes Orales para el día 05 de setiembre de 2014.

f) Alegatos y Audiencia de Informes Orales

20. Mediante escrito presentado el 20 de agosto del 2014, Talexca formula sus respectivos Alegatos y solicita mediante el primer otrosí de dicho escrito que se admitan los medios probatorios presentados con su escrito del 03 de marzo de 2014. Asimismo, mediante el segundo otrosí del mismo escrito, propone una nueva redacción del tercer punto controvertido fijado en la respectiva Audiencia.
21. Mediante escrito presentado el 27 de agosto del 2014, el Ministerio formula sus respectivos Alegatos.
22. Con fecha 05 de setiembre del 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, a la que asistieron ambas partes, y en la que expusieron sus respectivos argumentos. Finalmente el Arbitro Único otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para presentar los argumentos y documentación que consideren conveniente, de acuerdo a lo manifestado por las mismas en sus informes orales.
23. Mediante escrito presentado el 08 de setiembre del 2014, el Ministerio absuelve el escrito de alegatos presentado por Talexca el 20 de agosto de 2014. Adicionalmente, mediante el primer otrosí de su escrito solicita el rechazo de los medios probatorios referidos por Talexca en el primer otrosí del escrito señalado, por ser extemporáneos. Asimismo, mediante el segundo otrosí de su escrito, solicita se rechace el pedido formulado por Talexca mediante el segundo otrosí de su escrito de fecha 20 de agosto de 2014.
24. Mediante escrito presentado el 12 de setiembre de 2014, el Ministerio presenta argumentos y documentación, conforme a lo establecido en la Audiencia de Informes Orales.
25. Mediante escrito presentado el 12 de setiembre de 2014, Talexca presenta sus argumentos y documentación, dentro del plazo establecido en la Audiencia de Informes Orales.
26. Mediante Resolución N° 7, de fecha 18 de setiembre del 2014, el Arbitro Único tiene por presentados los escritos remitidos el 8 y 12 de setiembre por el Ministerio, y el escrito del 12 de setiembre de 2014 remitido por Talexca, disponiendo sean notificados a las respectivas partes. Asimismo, fija plazo para Laudar en veinte (20) días hábiles de notificada la presente Resolución.

27. Mediante Resolución N° 8, de fecha 19 de agosto del 2014, el Arbitro Único se pronunció respecto a lo siguiente: (i) Difirió para el momento de laudar, la decisión sobre la oposición formulada por el Ministerio en su escrito del 08 de setiembre de 2014, respecto de los medios probatorios referidos por Talexca en su escrito del 20 de agosto de 2014 (ii) Desestimó la solicitud de Talexca, referente a la modificación del tercer punto controvertido, (iii) Admitió los medios probatorios presentados el 8 y 12 de setiembre del 2014 por el Ministerio, (iv) Admitió los medios probatorios presentados el 12 de setiembre del 2014 por Talexca, (v) Dejó sin efecto el plazo para Laudar, establecido en la Resolución N°07, hasta que lo establecido en dicha resolución quede firme.
28. Mediante escrito presentado el 29 de setiembre de 2014, Talexca absuelve el traslado del escrito presentado por el Ministerio el 12 de setiembre de 2014, y adjunta el Acuerdo de Convenio Marco de Computadoras de Escritorio, Portátiles, Proyectoras y Escáneres, suscrito entre el OSCE y Talexca.
29. Mediante Resolución N° 9 de fecha 17 de octubre se fija plazo para Laudar en veinte (20) días hábiles de notificada la presente resolución, prorrogables por quince (15) días hábiles.
30. Mediante Resolución N° 10, de fecha 11 de noviembre de 2014, se prorrogó el plazo para laudar en 15 (quince) días hábiles adicionales, desde la notificación de dicha resolución.

II. POSICIONES DE LAS PARTES:

Para un mejor análisis, a continuación se presentan las posiciones de las partes formuladas a través de sucesivos escritos, los cuales inician con la demanda formulada por Talexca.

a) Demanda Arbitral:

Mediante escrito de demanda presentado el 27 de noviembre de 2013 Talexca sostiene lo siguiente:

31. Con fecha 05 de setiembre de 2012, el OSCE convocó a la Licitación Pública N° 002-2012/OSCE-CM, Convenio Marco de Computadoras de escritorio, portátiles, proyectores y escáneres, siendo favorecida con la buena pro el 13 de febrero de 2013.
32. Mediante Oficio N° 1513-2013-MINDEF/VRD/C, del 25 de julio de 2013, el Director General de Administración del Ministerio de Defensa solicita a la Oficina General de Telecomunicaciones, Informática y Estadística del Ministerio la validación de las Especificaciones Técnicas de Equipos de Cómputo que se adquirirán mediante la modalidad de Convenio Marco.
33. Mediante Oficio N° 284-2013-SG/B/04, del 25 de julio de 2013, la Oficina General de Telecomunicaciones, Informática y Estadísticas del Ministerio señala al Director General de Administración de la referida Entidad que la adquisición de los equipos de cómputo para las entidades públicas por convenio marco, mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), se realizó mediante la validación en el catálogo electrónico de las características técnicas para las estaciones de trabajo las cuales son: Tipo "1-CORE I3", sustentadas en el modelo M72E de la marca Lenovo (procesador Intel CORE i3. 3.3 GHZ, RAM 4GB DDBR3, Disco Duro 500 GB, Conectividad LAN, USB, Video VGA, WINDOWS 7-64bits o superior, Unidad de Lectora, Teclado, Mouse).

34. El 19 de agosto de 2013, el Ministerio comunicó a la empresa la adjudicación para la entrega de equipos de cómputo por la Modalidad de Convenio Marco por cuatrocientos cuarenta y dos (442) CPU, Lenovo M71, siendo emitida la Orden de Compra N° 000674.
35. El 16 de setiembre de 2013, la empresa Lenovo remite a Talexca una comunicación en el que la referida empresa señala que el modelo M71E P/N 3176B3S ya no se fabrica en las plantas de Lenovo a nivel mundial, señalando que se ha sustituido dicho modelo por el M72E 3660 P/N 36603B8.
36. El 18 de setiembre de 2013, Talexca manifiesta al Ministerio la necesidad de modificar las especificaciones técnicas contenidas en la Orden de Compra N° 000674.
37. Mediante Oficio N° 1898-2013-MINDEF/VRD/C, del 20 de setiembre de 2013, el Ministerio señaló a la empresa que se debe cumplir con las características y condiciones que motivaron la selección, debiendo mantener las condiciones ofertadas.
38. El 25 de setiembre de 2013, Talexca solicita al Ministerio el acceso a la información pública a efectos de tener en cuenta las especificaciones técnicas respecto a la Orden de Compra N° 000674.
39. El 30 de setiembre de 2013, Talexca solicita la reconsideración del pronunciamiento respecto a la modificación de las especificaciones técnicas contenidas en la Orden de Compra N° 000674, a la vez de solicitar una cita al Ministerio a efectos de exponer los argumentos respecto a las mejoras técnicas que debe contener la Orden de Compra N° 000674.
40. Mediante Oficio N° 2601-2013-MINDEF/SG, del 1° de octubre de 2013, el Ministerio absuelve el pedido solicitado respecto al acceso a la información pública.
41. Mediante Constatación Notarial del 02 de octubre de 2013, se dejó constancia que el Ministerio (Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas) se negó a recibir los bienes contenidos en la Orden de Compra N° 000674.
42. Mediante Constatación Notarial del 03 de octubre de 2013, se dejó constancia que el Ministerio (Marina de Guerra del Perú) se negó a recibir los bienes contenidos en la Orden de Compra N° 000674.
43. Mediante Oficio N° 2030-2013-MINDEF/VRD/C, del 03 de octubre de 2013, el Ministerio reiteró que no aceptaba la modificación de las especificaciones técnicas solicitadas por Talexca respecto a la Orden de Compra N° 000674.
44. El 09 de octubre de 2013, Talexca solicita al Ministerio se proceda a las coordinaciones para las entregas de los bienes contenidos en la Orden de Compra N° 000674, a efectos de que se genere la conformidad de la Orden de Compra y el pago de la referida prestación.
45. Mediante Carta N° 010-Talexca-2013, del 16 de octubre de 2013, Talexca comunica el incumplimiento de obligaciones por parte del Ministerio, debido a que no se había cumplido con cancelar los bienes contratados.
46. El 17 de octubre de 2013, el Jefe de Servicio de Comunicaciones del Ejército comunica a Talexca que los equipos enviados a la referida institución no contienen las especificaciones técnicas señaladas en la Orden de Compra por lo que, por disposición del Ministerio, acordó no recibir ningún equipo de cómputo que no coincida con las características técnicas detalladas en la Orden de Compra.
47. El 18 de octubre de 2013, Talexca remite una comunicación al Jefe de Servicios de Comunicaciones del Ejército Peruano señalando el incumplimiento en la conformidad del servicio por parte de la referida Entidad, dejando constancia de que los equipos brindados por Talexca cumplen con las especificaciones técnicas y supera lo requerido por el Ministerio.

48. Mediante Oficio N° 1898-2013-MINDEF/VRD/C, del 20 de octubre de 2013, el Ministerio requiere a Talexca que cumpla con entregar los bienes detallados en la Orden de Compra.
49. Mediante Oficio N° 2241-2013-MINDEF/VRD/C, del 23 de octubre de 2013, el Ministerio indica que Talexca no ha cumplido con presentar los bienes con las características contenidas en la Orden de Compra otorgándole un plazo de dos (02) días calendario para subsanarlos bajo apercibimiento de resolver el contrato.
50. Mediante Carta N° 012-TALEXCA-2013, del 25 de octubre de 2013, Talexca solicita al Ministerio disponga la entrega de los equipos pendientes a efectos de que se cumpla con cancelar la prestación contenida en la Orden de Compra.
51. Mediante Oficio N° 4211/T-11.G.1, del 30 de octubre de 2013, el Ministerio solicita a Talexca proceder al recojo de los equipos contenidos en la Orden de Compra por no cumplir las condiciones establecidas en la misma.
52. Mediante Carta N° 013-TALEXCA-2013, del 04 de noviembre de 2013, Talexca remite la Factura N° 001-00152, señalando que la Entidad no ha cumplido con dar la conformidad de la prestación por lo que otorga un plazo de dos (02) días hábiles a efectos de que se cumpla con el pago de la referida factura bajo apercibimiento de resolver el contrato.
53. Mediante Oficio N° 2324-2013-MINDEF/VRD/C, del 05 de noviembre de 2013, la Entidad resuelve el Contrato por causas imputables al Contratista por no cumplir con efectuar las obligaciones contenidas en el Oficio N° 2241-2013-MINDEF/VRD/C.
54. Mediante Carta N° 015-TALEXCA-2013, del 06 de noviembre de 2013, Talexca remite copia de la solicitud de cobro correspondiente a la Orden de Compra N° 000674 al Jefe del Órgano de Control Institucional del Ministerio, puesto que no se había cumplido con otorgar la conformidad de la prestación, ni el correspondiente pago por la entrega de los equipos de cómputo referidos.
55. Mediante Carta N° 016-TALEXCA-2013, del 08 de noviembre de 2013, Talexca resuelve el contrato debido a que no se cumplió con el requerimiento de pago referido en la Carta N° 013-TALEXCA-2013.
56. Finalmente, mediante Oficio N° 2443-2013-MINDEF/VRD/C, del 18 de noviembre de 2013, el Ministerio efectúa la devolución de la factura remitida por Talexca, señalando que no es procedente efectuar el pago contenido en la Orden de Compra.

Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia del acto administrativo contenido en el Oficio N° 2324-2013-MINDEF/VRD/C de fecha 05 de noviembre de 2013, recibido el 06 de noviembre de 2013 en el que el Ministerio resuelve el Contrato contenido en la Orden de Compra N° 000674 de fecha 19 de agosto de 2013, por causas imputables al Contratista

57. Talexca señala que su pretensión se encuentra acorde a derecho, puesto que mediante Orden de Compra el Ministerio contrató con su empresa la adquisición de cuatrocientos cuarenta y dos (442) CPU CORE i3, modelo M71e con N° de Parte 3176B3S, bienes que serían entregados en el plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario.
58. Refiere que siempre ha cumplido con todas las disposiciones contractuales que ha celebrado no siendo este caso (la Orden de Compra N° 000674) uno diferente.
59. Su empresa ha tenido la intención de cumplir con lo requerido por el Ministerio en las especificaciones técnicas contenidas en la Orden de Compra.



60. Solicita se observe lo expresado en el requerimiento efectuado por el Ministerio, en el que se hace plena mención al modelo M71E que debe ser cumplido al momento de ejecutarse la prestación.
61. Sin embargo, y tal y como lo expresa la empresa Lenovo en el escrito de fecha 16 de setiembre de 2013, ya no se fabrica en sus plantas a nivel mundial el modelo M71e requerido en las condiciones referidas anteriormente por el Ministerio.
62. Sobre el particular, la referida empresa les informó sobre la posibilidad de usar el modelo superior al ya expresado, puesto que tenía características tecnológicas superiores a las requeridas por el Ministerio, la cual se encuentra contenida en el modelo M72e, tomando en cuenta un beneficio mayor para el Ministerio sin que el mismo represente el aumento del precio establecido en las bases del proceso de selección.
63. En ese sentido, ha tenido la férrea voluntad de cumplir con la Orden de Compra con las condiciones técnicas requeridas en el mismo documento, lo cual, por razones ajenas a su política empresarial, no ha podido ser cumplida. No obstante, ha observado que el modelo M72e señalado por la empresa Lenovo es una versión superior y con mejores características a la solicitada por el Ministerio, por lo que procedieron a indicar la imposibilidad de cumplir con la prestación, en el extremo que el modelo requerido se encontraba obsoleto, pero que es posible cumplir con la referida prestación a una proyección mucho mayor a la que ha tenido el Ministerio, si se observa y se adquiere los equipos con el modelo superior tecnológicamente al requerido, esto es, el modelo M72e.
64. Siguiendo esa línea de ideas, y al amparo del artículo 143° del Reglamento, efectuó el pedido para que se tenga en cuenta el modelo superior signado M72e, para cumplir con la prestación requerida y acordada, pero –alega- el Ministerio no entendió la necesidad de efectuar la modificación del modelo a presentarse para cumplir con todas las condiciones, dando su negativa a la modificación de la Orden de Compra, donde se encuentran las especificaciones técnicas, ordenando a su empresa cumplir con lo requerido bajo apercibimiento de resolver el contrato, lo cual deviene en un imposible puesto que el modelo M71e ya no es fabricado por la empresa que se encarga de elaborarlas.
65. La Entidad, en una actitud incomprensible, y a pesar de haberle demostrado y otorgado los argumentos suficientes para llegar a un acuerdo posible, se negó al cambio y modificación de las especificaciones técnicas, señalando que debe cumplirse con las condiciones técnicas indicadas en la Orden de Compra. Así, se pregunta: ¿El Ministerio no está cometiendo un acto fuera y en completa afectación a los intereses del Estado al no aceptar condiciones mejores a sus acuerdos contractuales para el beneficio de las Entidades que administra?
66. A su entender, resulta incomprensible y poco razonable la actitud de la Entidad en no aceptar los equipos con mejores condiciones a las establecidas en la Orden de Compra, precisando que los equipos presentados por su empresa no deslindan completamente de las condiciones requeridas por el Ministerio en su Orden de Compra, sino que cumplen con las características solicitadas en la misma y las mejoran en otras características.
67. Debe tenerse en cuenta que hay cierta incongruencia en las comunicaciones establecidas por la Entidad, debido a que en el Oficio N° 1513-2013-MINDEF/VRD/C del 25 de julio de 2013, el Director General de Administración del Ministerio solicitó a la Oficina General de Telecomunicaciones, Informática y Estadística del Ministerio la validación de las Especificaciones Técnicas de Equipos de Cómputo que se adquirirán mediante la modalidad de Convenio Marco.

68. La respuesta al requerimiento señalado se dio en la misma fecha en que la Oficina General de Telecomunicaciones, Informática y Estadísticas del Ministerio de Defensa, mediante Oficio N° 284-2013-SG/B/04, señaló al Director General de Administración de la referida Entidad que la adquisición de los equipos de cómputo para las entidades públicas por convenio marco, mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), se realizaba validando en el catálogo electrónico las características técnicas para las estaciones de trabajo, a saber: Tipo "1-CORE I3", sustentadas en el modelo M72E de la marca Lenovo (Procesador Intel CORE I3. 3.3 GHZ, RAM 4GB DDR3, Disco Duro 500 GB, Conectividad LAN, USB, Video VGA, WINDOWS 7-64bits O Superior, Unidad De Lectora, Teclado, Mouse).
69. Observa que la Entidad ha tenido como base que el modelo para los equipos de cómputo era el M72E, por lo que resulta incomprensible e irrazonable la actitud sin fundamento de la Entidad al momento de no recibir los equipos presentados por su empresa sobre la Orden de Compra.
70. Por ello, encuentran sin fundamento fáctico ni jurídico que el Ministerio resuelva el contrato contenido en la Orden de Compra cuando su empresa ha cumplido con mayor proporción sobre las condiciones contenidas en la referida Orden de Compra.

Segunda pretensión principal: Que el Tribunal declare que el Contratista no ha incurrido en incumplimiento al momento de cumplir con la obligación contenida en la Orden de Compra N° 000674 de fecha 19 de agosto de 2013

71. Esta pretensión se encuentra debidamente fundamentada de acuerdo a lo expresado en los fundamentos de su primera pretensión. Refiere que sí ha cumplido con lo requerido por la Orden de Compra y con mejores condiciones a la establecida, por lo que es importante que se declare que no ha incurrido en incumplimiento en la obligación contenida en la referida Orden de Compra.
72. La situación antes descrita se encuentra prevista en el artículo 143° del Reglamento.
73. Asimismo, debe tenerse en cuenta lo expresado en el Oficio N° 1513-2013-MINDEF/VRD/C, de fecha 25 de julio de 2013, por el que el Director General de Administración del Ministerio de Defensa, solicita a la Oficina General de Telecomunicaciones, Informática y Estadística del Ministerio la validación de las Especificaciones Técnicas de Equipos de Cómputo que se adquirirán mediante la modalidad de Convenio Marco.
74. La respuesta al requerimiento contenido en el párrafo anterior es en la misma fecha en que la Oficina General de Telecomunicaciones, Informática y Estadísticas del Ministerio, mediante Oficio N° 284-2013-SG/B/04, señala al Director General de Administración de la referida Entidad que la adquisición de los equipos de cómputo para las entidades públicas por convenio marco, mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), realizó la validación en el catálogo electrónico de las características técnicas para las estaciones de trabajo las cuales son: Tipo "1-CORE I3", sustentadas en el modelo M72E de la marca Lenovo (procesador Intel CORE i3. 3.3 GHZ, RAM 4GB DDR3, Disco Duro 500 GB, Conectividad LAN, USB, Video VGA, WINDOWS 7-64bits o superior, Unidad de Lectora, Teclado, Mouse).
75. Debe tenerse presente que las características técnicas de los bienes entregados por su empresa superan las características técnicas solicitadas originalmente, sin que el proveedor hubiese pretendido cobrar un monto mayor, a pesar que el costo de dichos bienes supera el monto propuesto.

Tercera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare y ordene que corresponde el pago de S/. 500,000 y sus respectivos intereses, correspondientes a una indemnización por daños y perjuicios por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño a la imagen de la empresa

76. Menciona que su pretensión se encuentra amparada de acuerdo al actuar negligente, irresponsable y nada coherente del Ministerio, al señalar el incumplimiento por parte de su empresa respecto a las prestaciones contenidas en la Orden de Compra, lo que ha generado un daño emergente a su empresa bajo los siguientes valores:

Nro.	Detalle	Importe S/.
1	Gastos Notariales	2,900.00
2	Gastos de transporte de mercadería	1,600.00
3	Utilidad dejada de percibir	100,000.00
4	Perjuicio y daño de imagen de la Empresa	350,000.00
5	Gastos arbitrales	45,500.00
		500,000.00

77. El daño causado a su empresa no solamente se refiere a los gastos que se han originado de la omisión por parte del Ministerio de tener por cumplida la prestación contenida en la Orden de Compra, con mejores características a las requeridas por la Entidad, sino también al perjuicio que el Ministerio ha generado, puesto que se ha menoscabado la calidad y la imagen de su empresa con la referida omisión, hecho que debe ser cuantificado en la suma de S/. 500,000.00, conforme a la Carta presentada por la empresa Intcomex Perú SAC.
78. Adicionalmente, la Entidad le ocasionó un perjuicio económico en la medida que su actuar ha originado que Talexca deje de percibir ingresos, generando una imagen equivocada de su empresa. En ese sentido, teniendo en cuenta que se ha generado un daño a su empresa, en el ámbito del daño moral, daño emergente y daño a la imagen de Talexca, cuantifican la misma en S/. 500,000, los cuales se encuentran acreditados con los documentos adjuntados a su demanda.
79. La disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación de los particulares, que pueden tratarse de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual. Cuando el daño es referido a ello, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano, de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones.
80. Conforme a la doctrina nacional, jurisprudencia y nuestra legislación en materia civil, aplicable supletoriamente en el presente caso, para que exista un caso de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) es necesario que concurren determinados requisitos comunes como son: la antijuridicidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución. En esa medida, sostiene que el caso que nos ocupa, es uno de responsabilidad civil contractual, en razón a la pre-existencia de un Contrato contenido en la Orden de Compra regulado por la normatividad de Contrataciones del Estado.
81. Finalmente, en el caso concurren los elementos de la responsabilidad civil contractual, pues la Entidad, actuando negligente, irrazonable e incoherentemente, no observa el cumplimiento de las condiciones contenidas (con mejores condiciones

a las expresadas) en la Orden de Compra, ocasionando daños patrimoniales a Talexca, tales como daño emergente por perjuicio económico, lucro cesante y daño a la imagen de la empresa por el monto de S/. 500,000.

Cuarta Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral ordene al demandado asumir el pago de las costas y costos del proceso arbitral, más los intereses hasta la fecha de cancelación

82. Siendo que las pretensiones que solicitan al Tribunal Arbitral son amparables, conforme a los fundamentos de hecho y derecho a lo pretendido en el proceso arbitral, corresponde que la Entidad cumpla con asumir el pago de las costas y costos del presente proceso.

b) Contestación de demanda y reconvención

Mediante escrito presentado el 23 de enero de 2014, el Ministerio contesta la demanda, a la vez de formular reconvención contra la misma, sobre la base de los siguientes fundamentos:

Contestación de demanda

83. Mediante Orden de Compra, el Ministerio contrató con la empresa Talexca la adquisición de 442 CPU CORE I3 marca Lenovo, Modelo M71E con número de parte 3176B3S, por la suma de S/. 842,329.83 Nuevos Soles, los cuales debían ser entregados en el plazo de 45 días al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Ejército, Marina de Guerra del Perú y Fuerza Aérea del Perú.
84. A través de la Carta Notarial signada como Oficio N° 1898-2013-MINDEF/VRD/C, el Director General de Administración del Ministerio de Defensa dio respuesta a la Carta s/n de fecha 18 de setiembre 2013 remitida por la accionante señalando lo siguiente:
- a) Que el artículo 97° del Reglamento señala que el Catálogo Electrónico de Convenios Marco administrado por el OSCE contiene las fichas que incluyen las condiciones de la contratación, con las características de precios, lugares de entrega y demás condiciones de los bienes y servicios que son ofertados bajo la modalidad de Convenio Marco.
 - b) Asimismo, el numeral 8.4.8.4 de la Directiva, señala que la orden de compra publicada a través de los catálogos electrónicos, constituye un documento válido y suficiente para acreditar las obligaciones y derechos de las partes; por lo que, cuando una Entidad efectúa una compra a través del Catálogo Electrónico de Convenio Marco, adjudicándole la contratación a determinado proveedor, mediante la Orden de Compra surge la obligación de este de entregar los bienes contratados cumpliendo las características y condiciones que motivaron su selección.
 - c) De otro lado, el numeral 7 del artículo 98° del Reglamento indica que los proveedores adjudicatarios deberán mantener las condiciones ofertadas en virtud de la cual suscribieron el Acuerdo de Convenio Marco; no obstante, tiene la posibilidad de registrar o proponer mejoras a dichas condiciones, de acuerdo a lo dispuesto por la Directiva.
85. Con Carta Notarial signada como Oficio N° 2068-2013-MINDEF/VRD/C del 11 de octubre del 2013, el Director General de Administración del Ministerio de Defensa, le informó a la accionante que pese haber vencido el plazo para la entrega de los

bienes no había cumplido con entregarlos, motivo por el cual de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 40° de la Ley y los artículos 168° y 169° de su Reglamento, le requirió que cumpliera con la entrega de los mismos en el plazo de dos días de recibida la Carta Notarial bajo apercibimiento de resolver y anular posteriormente la Orden de Compra.

86. Mediante Carta Notarial signada como Oficio N° 2241-2013-MINDEF/VRD/C del 29 octubre de 2013, el Director General de Administración del Ministerio de Defensa le informó a la accionante que, a pesar que se habían internado en los almacenes del servicio de informática de la Fuerza Aérea del Perú los equipos de cómputo, éstos no cumplían con las características técnicas establecidas en la Orden de Compra; asimismo, que los equipos internados en los almacenes del SCOME del Ejército del Perú tampoco cumplían con las características técnicas consignadas en la orden de servicio mencionada, por lo que le comunicó que no se emitiría la conformidad de entrega de los bienes, debido a que no tenían las especificaciones técnicas pactadas y, al amparo de lo dispuesto en el artículo 176° del Reglamento, le otorgó 2 días calendario, contados desde la recepción del Oficio antes mencionado, para que subsane las observaciones advertidas bajo apercibimiento de resolver y anular posteriormente la orden de compra.
87. A través de la Carta Notarial signada como Oficio N° 2324-2013-MINDEF/VRD/C del 05 de noviembre de 2013, el Director General de Administración del Ministerio informó a la demandante que había vencido el plazo concedido sin haber entregado los bienes con las especificaciones técnicas consignadas en la orden de compra, motivo por el cual, se resolvió el contrato contenido en la Orden de Compra.
88. Con Carta Notarial signada como Oficio N° 2443-2013-MINDEF/VRD/C, del 15 de noviembre del 2013, el Director General de Administración del Ministerio le informó a la demandante lo siguiente:
 - a) Es improcedente la resolución del contrato comunicada al Ministerio con fecha 11 de noviembre del 2013 debido a que ésta ya se había efectuado por el Ministerio con fecha 06 noviembre del 2013.
 - b) Se respetó el procedimiento formal establecido en la Ley, por ello se le requirió la subsanación de las observaciones de los bienes entregados y, al no hacerlo se procedió a dar por resuelto el contrato, apercibimientos y acciones que fueron notificados vía notarial.
 - c) Al haberse resuelto el contrato por causas imputables a la accionante no corresponde efectuar pago alguno a su favor, motivo por el cual se cumple con devolver la factura original.
 - d) Habiéndose resuelto el contrato corresponde que se efectúe el retiro de los bienes internados, debiendo efectuar para tal efecto las coordinaciones con las instituciones armadas respectivas.
89. En relación a la primera pretensión principal de la demanda, señala que Talexca solicita se declare la nulidad y/o ineficacia del acto administrativo contenido en el Oficio N° 2324-2013-MINDEF/VRD/C, mediante el cual el Ministerio resolvió el contrato contenido en la Orden de Compra por causas imputables al contratista; con lo cual –arguye- la misma accionante reconoce que el contrato fue resuelto por causas imputables a ella, pero además, no ha tenido en cuenta lo dispuesto por el artículo 167° del Reglamento, por lo que, no habiendo el proveedor entregado los bienes en el plazo estipulado en las especificaciones técnicas pactadas, a pesar de haber sido requerido bajo apercibimiento de resolverse el contrato, el Ministerio estaba en todo su derecho de hacerlo; asimismo, se debe tener en cuenta el artículo 168°, inciso 1° y artículo 40° del Reglamento establecen que la Entidad podrá resolver el contrato cuando el proveedor incumpla injustificadamente sus

obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido, tal y como sucedió en el presente caso.

90. En relación a la segunda pretensión principal, sostiene que la accionante no ha tenido en cuenta lo dispuesto por el inciso 7 del artículo 98 del Reglamento que señala que los proveedores adjudicatarios deberán mantener las condiciones ofertadas en virtud a las cuales suscribieron el respectivo acuerdo de Convenio Marco; tampoco ha tenido en cuenta lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 142° del dispositivo antes mencionado que señala que el contrato es obligatorio para las partes; asimismo, no ha tenido en cuenta lo dispuesto por la cláusula novena del Acuerdo del Convenio Marco de Computadoras de Escritorio/Portátiles, Proyector y Escáneres-Licitación Pública N° 002-2012/OSCE-CM que señala que el proveedor adjudicatario deberá atender las órdenes de compra generadas a través del módulo de Convenio Marco por cualquier entidad contratante, de conformidad con las especificaciones técnicas, condiciones comerciales, precios, archivo-propuesta, reglas de negocio de las bases integradas del proceso de selección y demás documentos que creen o precisen las obligaciones asumidas por éste; en conclusión, y conforme a los dispositivos antes mencionados, y a que el proveedor adjudicatario nunca entregó los bienes con las especificaciones técnicas pactadas, ha quedado debidamente acreditado que no cumplió con su obligación, por lo tanto, bajo ningún concepto podría declararse que no incurrió en incumplimiento de las estipulaciones del contrato.
91. Respecto a la Tercera Pretensión Principal, sostiene que la accionante no ha tenido en cuenta lo dispuesto por el artículo 1969° del Código Civil, conforme al cual la indemnización por daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el perjudicado para exigir del causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado la reparación del mal causado; en ese sentido, en el presente caso la accionante es la causante del daño ya que ella es la que no efectuó la entrega de los bienes en el plazo pactado y con las especificaciones técnicas establecidas, por lo tanto –arguye– cómo podría indemnizarse por un daño o perjuicio que ella le ha causado a otro, en este caso al Ministerio; asimismo, menciona que Talexca no ha tenido en cuenta lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 44° de la Ley que señala que cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados, por lo que, siendo la demandante quien dio origen a la resolución del contrato por incumplir sus obligaciones, es ella quien debe indemnizar al Ministerio y no al contrario. Finalmente, sostiene que en caso se fije una indemnización, ésta no puede ser objeto de intereses porque la indemnización en sí ya es una compensación por el daño causado y si a ella le incluimos intereses estaríamos ordenando la ejecución de un doble pago compensatorio.
92. En cuanto a la cuarta pretensión principal, el Ministerio aclara que, siendo la accionante la responsable del surgimiento de la presente controversia, por no efectuar la entrega de los bienes en el plazo pactado y con las especificaciones técnicas consignadas en la orden de servicio, quien tiene la obligación de asumir las costas y costos del proceso arbitral es la demandante.
93. En sustento adicional de su posición conjunta, agrega que, según lo dispuesto en el ítem 7.1 de las Disposiciones Generales de la Resolución N° 089-2012-OSCE/PRE, que aprueba la Directiva N° 002-2012/OSCE-CD - Directiva de Convenio Marco, los Convenios Marco son una modalidad por la cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las entidades deberán contratar los bienes y/o servicios que requieran y que son ofertados a través de los catálogos Electrónicos de Convenios Marco; asimismo, menciona que, de acuerdo a lo dispuesto en la

cláusula vigésima quinta del Acuerdo del Convenio Marco de Computadoras de Escritorio/Portátiles, Proyector y Escáneres-Licitación Pública N° 002-2012/OSCE-CM, el proveedor adjudicatario estará facultado a registrar sin limitación alguna reducciones o ampliaciones de existencias (Stock) de las fichas-productos, directamente en los catálogos a través del módulo de Convenio Marco; es decir, que los proveedores adjudicatarios deben ofertar bienes que tienen en stock porque es a través del catálogo que las entidades seleccionan al proveedor de acuerdo al bien que ofertan en él, de lo contrario, el proveedor estaría actuando de mala fe ofertando productos que no posee en su poder como sucedió en el presente caso.

94. Así, continúa señalando que, según lo dispuesto por el artículo 143° del Reglamento, durante la ejecución del Contrato, el contratista puede ofrecer bienes o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios y, la Entidad, previa evaluación, podrá modificar el contrato, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan sus necesidades, y siempre y cuando las modificaciones no varíen en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista.
95. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo antes mencionado, el Ministerio concluye señalando que tiene la potestad, no la obligación, de aceptar o rechazar los bienes con iguales o mejores características técnicas, y que esa decisión se debe amparar en si la mejora ofrecida satisface sus necesidades y además si esta no se contrapone a lo dispuesto por la Resolución Ministerial N° 1281-2012 DE/SG de fecha 14 noviembre 2012, que aprobó las especificaciones técnicas estandarizadas del Sector Defensa aprobadas por la Comisión Superior Logística (COSULOG) para equipos de cómputo, debiendo las Unidades Ejecutoras y Órganos del Ministerio, que realicen procesos de contratación, cuyo objeto sea la adquisición de equipos de cómputo, entre otros, emplear las especificaciones técnicas estandarizadas que se aprueban mediante la Resolución antes mencionada; es decir, que para aprobar la adquisición de algún bien referido a equipos de cómputo se deberá hacer teniendo en cuenta que las especificaciones técnicas de los mismos deben haber sido aprobadas mediante la Resolución antes mencionada.
96. Precisa además que, mediante Acta de Reunión de Trabajo con Representantes del Ministerio de Defensa y las Unidades Ejecutoras del Sector Defensa, para verificar el Modelo y Marca de las Computadoras a adquirir mediante Convenio Marco, al amparo de las Especificaciones Técnicas aprobadas según Resolución Ministerial N° 1281 DE/SG de fecha 14 de noviembre del 2012, se seleccionó –entre otros- al siguiente: CORE I3, marca Lenovo, Modelo M71E, N° de Parte 3176B3S.
97. Del mismo modo, mediante Acta de Ampliación para sustentar la Elección de Modelo y Marca de las Computadoras a adquirir mediante Convenio Marco, se hizo lo siguiente: i) se revisaron las especificaciones técnicas aprobadas por Resolución Ministerial N° 1281 DE/SG, las mismas que servirían de guía para aprobar las características mínimas a tomar en cuenta para la compra corporativa de los equipos de cómputo bajo la modalidad de Convenio Marco, ii) se estandarizó el requerimiento técnico mínimo para los equipos de cómputo en base al uso y tecnología empleada en cada Instituto, iii) se verificó en el SEACE las fichas técnicas del Catálogo Electrónico para seleccionar modelos, marcas y los números de partes, iv) se determinó que se adquiriera entre otras, el producto CORE I3, marca Lenovo, modelo M71E, N° 3176B3S.
98. Por lo tanto, sostiene el Ministerio que el rechazo de la propuesta del proveedor para aceptar bienes con especificaciones técnicas modificadas no se debió a un capricho sino a que dichos bienes no satisfacían las necesidades de la Entidad, por

lo tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 8.4.8.4. sobre la validez de la orden de compra o servicio publicada en el Catálogo Electrónico de la Directiva N° 017-2012-OSCE/CD – Directiva de Convenio Marco que señala que "la orden de compra o servicio publicada a través de los Catálogos Electrónicos, se constituye en un documento válido y suficiente para acreditar las obligaciones y derechos de las partes", el proveedor debió entregar los bienes con las especificaciones técnicas señaladas en la Orden de Compra en el plazo previsto.

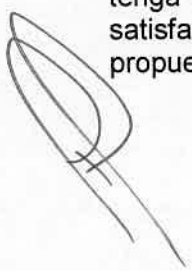
99. A pesar de ello la demandante equivocadamente sostiene en su demanda que mediante Carta N° 010-Talexca-2013 comunicó el incumplimiento por parte del Ministerio debido a que no cumplió con cancelar los bienes, sin tener en cuenta que los mismos no han sido recepcionados porque no cumplían con las especificaciones técnicas pactadas, por lo tanto el Ministerio no tenía obligación de recibir ni cancelar los mismos, más aún cuando había dado por resuelto el contrato por incumplimiento de las obligaciones por parte del proveedor.
100. Además la accionante señala en su demanda que la Entidad no ha cumplido con dar su conformidad de la prestación ni ha cancelado la factura, sin tener en cuenta que el contrato ha sido resuelto porque no entregó los bienes con las especificaciones técnicas mencionadas en la Orden de Compra y que incluso se le ha solicitado a la empresa demandante que recoja los equipos dejados por no cumplir con las condiciones establecidas en la mencionada Orden debido a que los mismos no se iban a recepcionar, hechos que han sido corroborados por la accionante en su escrito de demanda.
101. Sobre la base del numeral 8.5.5 de la Directiva N° 017-2012-OSCE/CD – Directiva de Convenio Marco sostiene que las Entidades, al adquirir un producto, que está siendo ofertado en el catálogo, entiende que el mismo está en stock, por lo que no se le ocurriría imaginar que le están ofertando un producto que el proveedor le va a informar que es obsoleto y ya no se fabrica, después de emitir la orden de compra, como sucedió en el presente caso, haciendo que el contrato fuera inejecutable por causas imputables al proveedor.
102. Adiciona que, sobre la base del artículo 143° del Reglamento es potestad de la Entidad aceptar o no las mejoras de los bienes; sin embargo, el proveedor quiere que el Tribunal comprenda la no aceptación del Ministerio como un incumplimiento de sus obligaciones, lo cual está totalmente alejado de la realidad y del espíritu de la norma antes mencionada.
103. Teniendo en cuenta los dispositivos antes mencionados concluye afirmando que si bien el proveedor puede ofrecer bienes de mejores características técnicas, esto no significa que la Entidad tenga la obligación de aceptarlos, ya que esto dependerá de la evaluación que la Entidad dé a dicha propuesta, a fin de determinar si dicho cambio satisface sus necesidades, en caso contrario, como el presente, rechazará la misma.
104. Por otro lado, refiere que la indemnización de daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el perjudicado para exigir del causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado la reparación del mal causado; sin embargo, hay que tener en cuenta que en el presente proceso el perjudicado ha sido el Ministerio, motivo por el cual queda acreditado que no se le ha causado daño alguno al accionante.
105. Asimismo, agrega que las indemnizaciones por daños y perjuicios se clasifican en dos clases, en función de su procedencia: contractuales, que debe pagar un deudor en caso de incumplir una obligación contractual, con el fin de resarcir al acreedor por su incumplimiento y; extracontractuales, que no proceden de un contrato, sino a una acción dolosa o culpable que provoca un daño a otras personas; en el presente

caso, respecto al Ministerio estaríamos hablando de una indemnización contractual, debido a que la demandante incumplió sus obligaciones derivadas del Contrato plasmado en la Orden de Compra, lo cual le ocasionó perjuicios al Ministerio porque sus unidades ejecutoras no han podido obtener los equipos necesarios para cumplir con sus metas y labores diarias encomendadas.

106. Del mismo modo, indica que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción 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. En el presente caso no existe esa relación de causalidad porque el Ministerio no le ha causado daño alguno al accionante, sino más bien es éste quien le ha causado un perjuicio al Ministerio al no entregar los bienes en las condiciones, especificaciones técnicas y plazo pactado.
107. Precisa además que el daño emergente es el daño o pérdida sufrida por el acreedor y el lucro cesante la ganancia dejada de obtener a consecuencia del incumplimiento contractual o de la acción u omisión generadora de la responsabilidad extracontractual, los cuales no se configuran en el presente caso ya que quien ha sido el responsable del incumplimiento es la accionante, no habiéndose acreditado tampoco con ninguno de los medios probatorios que adjunta la accionante a su demanda.
108. Advierte que, tampoco ha acreditado el proveedor los supuestos daños causados a la imagen de su empresa con ninguno de los medios probatorios ofrecidos con su demanda, y que, en caso de haber sufrido algún daño en su imagen institucional, sería a consecuencia de sus propias acciones, por lo que no correspondería que el Ministerio tuviera que pagarle indemnización alguna.
109. Finalmente, refiere que la probanza del supuesto hecho doloso o culposos incumbe al perjudicado, es decir, que la carga de la prueba de su existencia y cuantía corresponde al accionante; sin embargo, éste no ha probado con ninguno de sus medios probatorios que el Ministerio le haya causado algún daño o perjuicio, más bien ha acreditado que es el proveedor el que ha ocasionado un perjuicio al Ministerio al no haber entregado los bienes con las características y en el plazo pactados.
110. Por lo expuesto, solicita se declare infundada la demanda en todos sus extremos.

Reconvención:

111. Mediante el primer otrosí del escrito de contestación de demanda, el Ministerio interpone reconvención invocando la siguiente pretensión:
Que la empresa Talexca S.A.C. abone la suma de S/. 1'000,000.00 por concepto de indemnización más costas y costos arbitrales teniendo en cuenta que la suma de S/. 842,329.83 sería lo equivalente al daño emergente; y, la suma de S/. 157,670.17 es lo equivalente al lucro cesante.
112. En sustento de la reconvención, sostiene que mediante Orden de Compra, el Ministerio contrató con Talexca la adquisición de 442 CPU CORE I3 marca Lenovo, Modelo M71E y con parte 3176B3S, por la suma de S/. 842,329.83 Nuevos Soles, los cuales debían ser entregados en el plazo de 45 días al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea del Perú.
113. Invocando el artículo 143° del Reglamento, afirma que si bien el proveedor puede ofrecer bienes de mejores características técnicas, esto no significa que la Entidad tenga la obligación de aceptarlos, ya que deberá de evaluar si dicho cambio satisface sus necesidades, en caso contrario, como el presente, rechazará la propuesta.



114. Por otro lado, agrega que la indemnización de daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el perjudicado para exigir del causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado la reparación del mal causado, teniendo en cuenta, sin embargo, que en el presente proceso el perjudicado ha sido el Ministerio, tal y como lo acreditaría con el propio dicho de la accionante en sus fundamentos de hecho de su escrito de demanda y los medios probatorios ofrecidos en ella.
115. Invocando el artículo 1969° del Código Civil, sostiene que ha sido Talexca la que ha causado daños al Ministerio debido a que tanto la Fuerza Aérea como el Ejército del Perú nunca pudieron hacer uso de los bienes consignados en la Orden de Servicio, porque estos no fueron entregados con las especificaciones técnicas consignadas en la Orden de Compra.
116. Siendo ello así, el daño emergente es el daño o pérdida sufrida por el acreedor, en este caso, los S/. 842,329.83, debido que a pesar de haber sido destinado presupuestalmente para la adquisición de los bienes, no pudieron adquirirse los mismos por causas imputables a Talexca porque pretendió entregar bienes con especificaciones técnicas distintas a las requeridas por las áreas usuarias, hecho que ocasionó que su personal no contara con el equipo de cómputo necesario para desarrollar sus actividades y funciones diarias al servicio del Estado; asimismo, el lucro cesante es la ganancia dejada de obtener a consecuencia del incumplimiento contractual, que en este caso sería la suma de S/. 157,670.17, que viene a ser la suma aproximada que el Ministerio habría ahorrado en comprar los equipos de cómputo, ya que a la fecha el monto consignado en la Orden de Compra no alcanza para adquirir los bienes requeridos debido al tiempo transcurrido; además, teniendo en cuenta que la tecnología cambia constantemente, ya no se podrán obtener los equipos requeridos, porque a la fecha ya han sido reemplazados por otros de última generación; y, se debe tener en cuenta además que el Sector Defensa no puede comprar equipos de cómputo a su antojo ya que debe seguir los lineamientos otorgados por la Resolución Ministerial N° 1281-2012 DE/SG de fecha 14.11.12, la misma que señala las especificaciones técnicas estandarizadas para la adquisición de equipos de cómputo.
117. Del mismo modo sostiene que la probanza del supuesto hecho doloso o culposo incumbe al perjudicado, el cual debe probar el nexo de causalidad entre el hecho y el daño producido, es decir, que la carga de la prueba de su existencia y cuantía corresponde al accionante; en el presente caso, está acreditado con los medios probatorios ofrecidos por el accionante en su escrito de demanda y con los ofrecidos en la contestación de demanda, que el accionante nunca entregó los bienes ofertados con las especificaciones técnicas consignadas en la orden de compra, lo que ocasionó que ni la Fuerza Aérea ni el Ejército del Perú pudieran satisfacer su necesidad de obtener equipos de cómputo para efectuar una mejor prestación de sus obligaciones.
118. A su vez menciona que el daño es entendido como todo menoscabo o detrimento a un interés, estando acreditado el daño causado por la accionante al Ministerio mediante los medios probatorios ofrecidos por el accionante en su escrito de demanda y por el Ministerio en su escrito de Contestación de Demanda.
119. Por tal motivo, la relación de causalidad entre el hecho producido y el daño generado está debidamente acreditado, teniendo en cuenta que la accionante era la obligada a proporcionar los bienes y no cumplió con entregar los mismos en el plazo y forma pactados, tal y como se acredita con la Orden de Compra.
120. Así, afirma que los daños están debidamente acreditados, así como la responsabilidad del proveedor, por lo que la empresa Talexca debe cancelar la

suma de S/. 1'000,000.00 al Ministerio por concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

121. El Ministerio concluye sosteniendo que ampara su pretensión en lo dispuesto por los numerales 8.4.8.4 de la Directiva N° 017-2012-OSCE/CD – Directiva de Convenio Marco; artículos 40° y 44° de la Ley de Contrataciones del Estado; Artículos 93°, 98°, 142°, 143°, 167°, 168°, 169° y 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; artículo 1969° y 200° del Código Civil; Disposiciones Generales Resolución N° 089-2012-OSCE/PRE; Convenio Marco-Licitación Pública N° 002-2012/OSCE-CM.

c) Absolución y contestación de reconvención por parte de Talexca

Mediante escrito presentado el 03 de marzo de 2014, Talexca absuelve la contestación de la demanda y reconvención, sobre la base de los argumentos que se detallan a continuación.

122. Como primer punto del escrito, sostiene que la Entidad no toma en cuenta que los bienes presentados por Talexca contienen mejores condiciones a las establecidas en la Orden de Compra del Convenio Marco, materia de controversia.
123. Al respecto, sostiene que ha tenido la intención de cumplir con lo requerido por el Ministerio en las especificaciones técnicas contenidas en la Orden de Compra N° 000674, no obstante, la empresa Lenovo informó a Talexca que el modelo M71e ya no se fabrica en sus plantas a nivel mundial, ofreciendo en su defecto el modelo superior M72e que generaría un mayor beneficio al Ministerio.
124. Menciona que, su empresa evaluó el nuevo modelo presentado dejando constancia que el modelo M72e señalado por Lenovo es una versión superior y con mejores características a la solicitada por el Ministerio, por lo que procedieron a indicar la imposibilidad de cumplir con la prestación en el extremo que el modelo requerido se encontraba obsoleto y desfasado, pero que era posible cumplir con la referida prestación a una proyección mucho mayor a la que ha tenido el Ministerio si se observa y se adquiere los equipos con el modelo superior tecnológicamente al requerido, esto es, el modelo M72e.
125. Adicionalmente, según carta notarial de fecha 17 de octubre de 2013, emitida por el Jefe del Servicio de Comunicaciones del Ejército, se aprecia que existió una imposición por parte del Ministerio de Defensa, mediante Fax N° 364-2013-MINDEF/VRD/C, del 03 de octubre del 2013. Así, en el referido documento se expresa lo siguiente:

“Esta acción es en cumplimiento al documento de la referencia “d”, donde el MINDEF comunica que no se reciba ningún equipo de cómputo que no coincida con las características técnicas detalladas en la orden de compra de la referencia”

126. Señala que la Dirección General de Administración del Ministerio manifestó la disposición de que no se recibieran los productos, pese a que su empresa ha cumplido y superado las especificaciones técnicas descritas en la Orden de Compra N° 674, siendo que, a través de dicha acción, el Ministerio ha Incumplido lo descrito en el segundo párrafo del Artículo N° 176 del Reglamento.
127. En ese sentido, sostiene que el Ministerio no cumplió con emitir un informe técnicamente válido, indicando el cumplimiento y superación de las características técnicas de los equipos entregados, pese a que Talexca emitió la Carta N° 011-TALEXCA-2013, del 18 de octubre de 2013. En dicho documento, Talexca emitió

una descripción técnica de los equipos entregados, explicando al detalle en un cuadro que las características solicitadas en la Orden de Compra, son cumplidas y superadas.

128. Reitera la necesidad de mejorar las condiciones técnicas requeridas puesto que el modelo solicitado se encontraba obsoleto, situación que la Entidad no ha tenido en consideración al momento de efectuar pronunciamiento sobre la recepción de los referidos bienes.
129. Le resulta extraño e incomprensible que la Entidad no acepte bienes de mejores condiciones y especificaciones, que no han generado mayores costos al referido Ministerio, por lo que les parece poco razonable la actitud de la Entidad de no aceptar equipos con mejores condiciones a las establecidas en la Orden de Compra.
130. Indican que según información proporcionada por el Ministerio, pudo comprobar que el Ministerio adquirió bajo la modalidad de convenio marco equipos de cómputo Core i3, según Orden de Compra N° 001100-2013, emitida el día 13 de noviembre de 2013.
131. Menciona que, en dicha orden de compra se puede comprobar que las características técnicas descritas del equipo solicitado es idéntico a las características técnicas presentadas como mejoras por Talexca, con la diferencia que tienen un costo mayor, es decir, que la entidad pagó S/. 132.8444 más por cada equipo con las mismas características que Talexca ofertó como mejora. Es decir, la entidad pagó S/. 9,963.33 adicionales por la orden de compra N° 1100-2013, por 75 equipos de cómputo, sólo para el Ejército Peruano. En este caso, el área usuaria sí menciona que las especificaciones técnicas son cumplidas, según el acta de recepción del bien, pese a que su oferta técnica fue igual.
132. No obstante sus argumentos, manifiestan que existe contradicción en los argumentos de defensa presentados por el Ministerio, debido a que la mencionada Entidad hace referencia a la Resolución Ministerial N° 1281-2012- DE/S, del 14 de noviembre de 2012, que aprueba las especificaciones técnicas estandarizadas del Sector Defensa para equipos de cómputo, debiendo las Unidades Ejecutoras y Órganos del Ministerio que realicen procesos de contratación, cuyo objeto sea la adquisición de equipos de cómputo, entre otros.
133. Sostiene que la referida Entidad, fuera de lo que plantean en su contestación de demanda, solicitó opinión técnica al área usuaria para la validación de las especificaciones técnicas, para luego comprar otra característica y, finalmente, según Orden de Compra N° 1100-2013 les dieron la razón al adquirir equipos de cómputo con las características técnicas que Talexca ofertó como mejora, pero a un precio mayor. Es decir, tampoco acatan lo dispuesto por una resolución Ministerial de la misma entidad.
134. Señala, además, que la Carta Notarial enviada por el Ministerio el 30 de octubre de 2013, en el que solicita a su empresa el recojo de los equipos contenidos en la Orden de Compra N° 000674, resulta extemporánea, ya que, en la fecha ya expresada, han transcurrido veintisiete (27) días después de haber entregado la mercadería, teniendo la entidad diez (10) días calendario para emitir la conformidad o, en su defecto, efectuar las observaciones necesarias.
135. Asimismo, manifiesta que el Ministerio, mediante Licitación Pública Internacional N° PNUD/LPI N° 028-2012, adquirió ochenta y siete (87) equipos de cómputo Lenovo M82, con las mismas características que los equipos presentados como mejoras técnicas por Talexca. Dicha adquisición se perfeccionó con Orden de Compra N° 171-2013 – Exp. SIAF 981, de fecha 15 de marzo de 2013, a la empresa PCLink Sociedad Anónima Cerrada.

136. Como tercer punto del escrito, sostiene que mediante comunicaciones internas la Entidad ha tenido en cuenta su pedido respecto a la necesidad de mejorar las condiciones técnicas de los bienes materia de controversia.
137. Así, señala que mediante Oficio N° 1513-2013-MINDEF/VRD/C, de fecha 25 de julio de 2013, el Director General de Administración del Ministerio de Defensa, solicitó a la Oficina General de Telecomunicaciones, Informática y Estadística del Ministerio la validación de las Especificaciones Técnicas de Equipos de Cómputo que se adquirirían mediante la modalidad de Convenio Marco.
138. En la misma fecha, la Oficina General de Telecomunicaciones, Informática y Estadísticas del Ministerio, mediante Oficio N° 284-2013-SG/B/04, señaló al Director General de Administración de la referida Entidad que la adquisición de los equipos de cómputo para las entidades públicas, por convenio marco, mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), realizó la validación en el catálogo electrónico de las características técnicas para las estaciones de trabajo, las cuales son: Tipo "1-CORE I3", sustentadas en el modelo M72E de la marca Lenovo (procesador Intel CORE i3. 3.3 GHZ, RAM 4GB DDBR3, Disco Duro 500 GB, Conectividad LAN, USB, Video VGA, WINDOWS 7-64bits o superior, Unidad de Lectora, Teclado, Mouse).
139. Observa además que la Entidad ha tenido como base que el modelo para los equipos de cómputo era el M72E, por lo que resulta incomprensible e irrazonable el actuar poco fundamentado de la Entidad, que ha generado la resolución de la obligación, la no recepción de los equipos presentados y el daño a su empresa por la actitud negligente de la Entidad.
140. Mencionan que, fuera de los documentos probatorios que han presentado para acreditar el daño a la imagen, precisan que, en el caso del daño a la imagen de su empresa, debe entenderse el mismo como un daño moral por el cual el Tribunal Arbitral, que resolverá la presente controversia deberá efectuar criterios de valor que permitan determinar el daño a la imagen de su empresa así como el documento determinante que ha generado que su empresa se vea afectada en su imagen y prestigio.
141. Por otro lado, respecto a la reconvencción formulada, sostiene que en su escrito de demanda han expresado los elementos de la responsabilidad civil que deben determinarse para amparar una indemnización por daños y perjuicio.
142. Refieren que, conforme lo expresa la doctrina, el daño debe encontrarse debidamente acreditado, no sólo al momento de determinar el nexo causal entre el hecho generador del daño y el daño propiamente dicho sino que el recurrente de la indemnización tiene que cumplir con acreditar la cuantía que ampara el monto indemnizatorio.
143. En ese sentido, sostiene que, en el presente caso, han determinado que su empresa ha cumplido en demasía con las condiciones requeridas por la Entidad, lo que le permite indicar que la indemnización solicitada por el demandado no tiene asidero jurídico ni fáctico, ya que en el presente proceso se ha generado un perjuicio a su empresa y no al Ministerio, como quiere hacer creer al Tribunal que procederá a resolver las controversias.
144. Agrega además, que el Ministerio no ha cumplido con presentar documentación que acredite el daño supuestamente generado a la Entidad en lo que se refiere al monto solicitado.



d) Absolución por parte del Ministerio

Mediante escrito presentado el 26 de marzo del 2014, el Ministerio absolvió el escrito presentado por Talexca el 03 de marzo de 2014, en los términos que siguen.

145. El Ministerio sostiene que Talexca olvida que lo que plantea en su demanda es la nulidad y/o ineficacia del acto administrativo contenido en el Oficio N°2324-2013-MINDEF/VRD/C de 05 de noviembre del 2013, que resuelve el contrato contenido en la Orden de Compra, mas no si los bienes ofrecidos por ella contienen mejores condiciones establecidas en la Orden de Compra del convenio marco o no.
146. Señala que la demandante acepta en su escrito de fecha 28 de febrero del 2014 que tuvo la intención de cumplir con lo requerido por el Ministerio en las especificaciones técnicas contenidas en la orden de Compra, pero que no pudo hacerlo porque la empresa proveedora Lenovo le informó que ya no fabricaba los mismos.
147. De igual forma agrega que la accionante reconoce que no podía cumplir su obligación de acuerdo a las especificaciones técnicas contenidas en la orden de compra; es decir, que no dio cumplimiento a las estipulaciones de la Orden de Compra.
148. Refiere que lo que está en discusión en el presente proceso no es si los bienes que la accionante pretendió entregar superaban las especificaciones técnicas ofrecidas sino si eran los que había contratado y pactado con el Ministerio, y que la accionante debía entregarle, contenidos en la orden de compra.
149. Reitera que el artículo 143° del Reglamento da al contratista la facultad de ofrecer bienes o servicios con iguales o mejores características, de calidad y de precios y a la entidad de aceptarlos o no, teniendo en cuenta si dichos bienes y/o servicios satisfacen sus necesidades; es decir la Entidad no estaba obligada a aceptar la propuesta de la accionante; motivo por el cual no se le puede obligar a recibir los bienes ofrecidos y con distintas especificaciones técnicas a las señaladas en la Orden de Compra.
150. Acota que la accionante incurre en error al señalar que la carta que remitió al Ministerio solicitándole que recoja los equipos era extemporánea, debido a que no ha tenido en cuenta que mediante Carta Notarial signada con Oficio N° 2324-2013-MINDEF/VRD/C, del 05 de noviembre del 2013, se resolvió el contrato contenido en la Orden de Compra, por lo tanto ya no había nada más que observar o cuestionar a los bienes porque era claro que los que se pretendían entregar no eran los pactados y consignados en la Orden de Compra.
151. Manifiesta que el OSCE en su página Web ofrece al público, proveedores y contratistas el procedimiento de Renovación del Acuerdo – Convenio Marco de Computadoras de Escritorio, Portátiles, Proyector y Escáneres de fecha 12 de febrero del 2014, en el cual en el segundo párrafo del literal a del numeral 4.3 del punto 4. Otras disposiciones señalan que el proveedor adjudicatario, no podrá entregar a la Entidad contratante otro bien que no sea el detallado en la Orden de Compra.
152. Menciona asimismo que se debe tener en cuenta que las compras de equipos que efectúa el Ministerio a nombre de las distintas unidades usuarias responden a las necesidades de cada una de ellas; por lo tanto, las adquisiciones se efectúan dentro de dichos parámetros y dando cumplimiento a las especificaciones técnicas estandarizadas del Sector Defensa para la realización de procesos de contratación, cuyo objeto sea la adquisición de equipos de cómputo entre otros.
153. En cuanto a los daños que se han causado, no basta con que se enumere sino que debe probar y acreditar los mismos, lo cual no ha hecho con ninguno de los medios probatorios ofrecidos en su escrito de demanda; tampoco ha acreditado la

existencia de ningún daño causado en su contra, o que el Ministerio sea el causante de los mismos; es decir, no existe relación de causalidad entre supuesto daño y que el supuesto causante; y menos que este sea el Ministerio.

154. En cuanto al daño a la imagen de Talexca, sostiene que el daño moral implica una reducción del nivel de las aptitudes personales e íntimas de las personas, que ni el dinero, ni los bienes intercambiables pueden reparar; por ejemplo, la pérdida de un ser querido. Se trata de un daño que causa deterioro a la persona en su integridad armonía psíquica, emocional, afectiva o autoestima, estando integrado por todas aquellas manifestaciones psicológicas, afectivas, emocionales o íntimas que sufre el ser humano a consecuencia de un acto efectuado en su contra; es decir, es el deterioro de los elementos psíquicos y espirituales que inciden en el normal desarrollo cognitivo o emotivo del ser humano, pudiendo afectarlo en su dignidad, honorabilidad, integridad física o cualquier elemento que pudiere alterar la normalidad de las facultades mentales o espirituales de una persona. Se traduce en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual y los padecimientos provocados a una persona por un evento dañoso.
- Invoca el artículo 1984° del Código Civil, y concluye señalando que el daño moral es aquél que se ocasiona a las personas naturales; y, por lo tanto, la demandante incurre en error al pretender cuantificar un supuesto daño que es aplicable a las personas naturales más no a las jurídicas.
155. Asimismo, sostiene que la demandante no ha podido acreditar la existencia de algún daño que hubiera podido ocasionarle el Ministerio.
156. Agrega que, Talexca incurre en error al señalar que el Ministerio no ha acreditado la cuantía del monto indemnizado, debido a que éste se encuentra debidamente acreditado con los medios probatorios ofrecidos por ellos e incluso por los ofrecidos por Talexca; en conclusión, afirma, que al no entregarse los bienes contratados en el plazo señalado ello acredita que ésta le causó un perjuicio al Ministerio.

e) Contestación de Talexca a la absolución del Ministerio

157. Mediante escrito presentado el 27 de mayo del 2014, Talexca menciona que la Entidad contradice sus argumentos de defensa al no tener en cuenta que el área de informática del Ministerio ha concluido y recomendado la compra de los bienes con las mejores condiciones presentadas por Talexca.
158. Menciona que, a tenor de lo referido por el Ministerio en el punto 8 del escrito del 26 de marzo de 2014, puede observarse que la Entidad acepta los bienes de acuerdo a las necesidades que van a atenderse por cada área usuaria del Ministerio, situación contradictoria a lo que ha señalado en el presente arbitraje puesto que, como bien lo han expresado y acreditado, la Oficina encargada de la fiscalización de los bienes presentados por Talexca concluyó y recomendó la recepción de los bienes con las mejores condiciones expresadas.
159. Sostiene que, muy a pesar de lo referido por la Entidad, no aceptó los bienes con mejores condiciones por parte de Talexca, subrayando que se observe la situación extraña y nada comprensible que ha generado la Entidad, pues no es que su empresa no haya tenido la intención de no entregar los bienes con las especificaciones contenidas en el Convenio Marco, sino que la empresa proveedora no fabrica los bienes solicitados por el Ministerio. En ese sentido, recalca que ha cumplido de la mejor manera el requerimiento con bienes de mejor calidad.
160. Precisa además que resulta inimaginable que el Ministerio no esté de acuerdo con la entrega de bienes con mejores condiciones a las requeridas, caso contrario sería

que Talexca hubiera presentado bienes que no contengan las mejoras técnicas presentadas y de una calidad baja.

161. Sostiene que la relación contractual entre el Ministerio y Talexca se encuentra regulado por el Acuerdo del Convenio Marco de Computadoras de Escritorio, Portátiles, Proyector y Escáneres y no por el Procedimiento de Renovación del Acuerdo, como equivocadamente señala el Ministerio.
162. Agrega que, el Ministerio intenta hacer incurrir en error al Árbitro Único debido a que el Procedimiento de Renovación ha entrado en vigencia a partir de 12 de febrero de 2014 y la Orden de Compra que generó las obligaciones fue emitida el 19 de agosto de 2013, esto es, antes de la vigencia del referido Procedimiento de Renovación. Agrega que la Orden de Compra que generó sus obligaciones se encuentra regulada por el Acuerdo de Convenio Marco de Computadoras de Escritorio, Portátiles, Proyector y Escáneres y no por el Procedimiento de Renovación expresado por el Ministerio.
163. Precisa además que el referido Acuerdo no prohíbe la entrega, a la entidad contratante, de otros bienes que no sean los detallados en la Orden de Compra, lo cual concuerda y está relacionado con el Artículo 143° del Reglamento.

f) Escrito presentado por el Ministerio por el cual absuelve el escrito de Talexca

Mediante escrito presentado el 25 de junio del 2014, el Ministerio absolvió el escrito presentado por Talexca el 27 de mayo de 2014, en los términos que siguen.

164. El Ministerio señala que no existe ninguna situación contradictoria en lo afirmado por ellos en el punto 8 de su escrito de fecha 26 de marzo del 2014 que hace referencia Talexca, ya que en él solo se afirma lo que es factible en todo proceso de adquisición; es decir, que las compras de equipos que realiza el Ministerio, las efectúa a nombre de las distintas áreas usuarias de acuerdo a sus necesidades, y, de conformidad con las especificaciones técnicas estandarizadas del Sector Defensa para la realización de los procesos de contratación; pero en ningún momento se señala, que se deba aceptar el cambio de equipos o que se haya pronunciado por la conveniencia de recibir los bienes ofrecidos por Talexca con mejores condiciones técnicas.
165. Se pregunta si es factible que Talexca ofrezca productos obsoletos mediante procesos de contratación de Convenio Marco, y, sabiendo que eran obsoletos, postulara al proceso de selección para venderle al Ministerio los mismos.
166. Sostiene que si la empresa proveedora ya no fabricaba los bienes que ella ofrecía, no es ilógico que los ofreciera, teniendo conocimiento que eran obsoletos, porque siendo una empresa que se dedica a la venta de equipos debe estar informada de ello.
167. La demandante reconoce que el artículo 143° del Reglamento determina que el contratista puede ofrecer bienes con mejores características y que la Entidad tiene la potestad de modificar el contrato, siempre que los referidos bienes satisfagan la necesidad técnica requerida; es decir, no existe obligación alguna por parte del Ministerio de aceptar los mismos.
168. Manifiesta que la copia del Convenio Marco de Computadoras de Escritorio, Portátiles, Proyector y Escáneres de fecha 12 de febrero del 2014 que adjuntaron a su escrito de fecha 26 de marzo del 2014, no fue con la intención de confundir al juzgado, de haber pretendido ello no hubieran puesto en el mismo escrito la fecha del Convenio, fue con la única intención de hacerle ver que ya existe pronunciamiento al respecto por parte del OSCE.

169. El Ministerio concluye que Talexca reconoce que la misma ley les da la facultad, mas no los obliga a recibir bienes distintos a los solicitados.

g) Alegatos de Talexca

Mediante escrito presentado el 20 de agosto del 2014, Talexca presentó sus alegatos, los cuales reproducen en esencia lo manifestado en su escrito de demanda y demás presentados en el proceso, cuyo detalle se puede apreciar en párrafos precedentes.

h) Alegatos del Ministerio

Mediante escritos presentados el 27 de agosto y 08 de setiembre del 2014, el Ministerio presentó sus alegatos, reproduciendo en parte los mismos argumentos vertidos en su escrito de contestación de demanda y reconvención, así como los demás presentados en el proceso, los cuales han sido detalladas en párrafos anteriores, sin perjuicio de lo cual, ha invocado a su vez los siguientes nuevos argumentos.

170. Menciona que, para los efectos que se dé amparo legal a la pretensión de que se declare nulo el oficio que resuelve la Orden de Compra, debe necesariamente haberse incurrido en las causales de nulidad previstos en el artículo 10° de la Ley Nro.27444; siendo el caso que de dicho acto, cuya nulidad se solicita, parece que ha sido expedido teniéndose en cuenta los parámetros establecidos por las normas legales aplicables a dicho caso y en estricta defensa de los derechos del Ministerio ante el incumplimiento del contrato por parte de Talexca.
171. Sostiene que de acuerdo a lo anterior, el acto administrativo materia de nulidad (el Oficio) ha sido emitida teniéndose en cuenta el marco legal aplicable a dicho acto, en estricto ejercicio y uso de las atribuciones que le confiere la ley al suscribiente y en aplicación de lo que establece el contrato suscrito por Talexca, teniéndose en cuenta que dicho acto administrativo es completamente válido porque el mismo ha sido expedido conforme lo prevé el ordenamiento jurídico aplicable a dicho caso y por autoridad competente, en estricto ejercicio de sus facultades y atribuciones con un objeto lícito que emana de un proceso regular, es decir, cumpliendo previamente con todos los requisitos que la ley contempla y previniendo de funcionarios públicos competentes observado las formalidades, con declaración de voluntad y sujeto al ordenamiento legal y contiene la presunción de validez; es decir, sostiene que el acto administrativo cuestionado es válido porque ha sido dictado conforme al ordenamiento jurídico aplicable a dicho caso.
172. En cuanto al segundo punto controvertido, el Ministerio precisa que Talexca en su condición de proveedor adjudicatario no entregó los bienes con las especificaciones técnicas pactadas, siendo de aplicación al presente caso lo que dispone el artículo 142° de Reglamento que establece que el contrato es obligatorio para las partes, por lo que el argumento de la parte actora respecto a este punto controvertido no resulta amparable.
173. En cuanto a la tercera pretensión, manifiesta que la demanda resulta ambigua e insostenible, puesto que la parte actora no ha establecido claramente qué tipo de daño se ha causado, si este es de índole patrimonial o extra patrimonial, en este sentido, rechazan que el Ministerio haya causado daños a Talexca de índole patrimonial o extra patrimonial derivado de una conducta dañosa; sostienen además que Talexca tampoco ha precisado si los daños son de naturaleza contractual o extracontractual, para establecerse, conforme al derecho de daños, los requisitos

comunes a la responsabilidad civil, que son: antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución.

174. Agrega que la demandante no acredita en forma fehaciente cuál es el daño que le ha causado el Ministerio en forma directa o indirecta, por lo que ha expresado imputaciones falsas, imaginarias, con temeridad y mala fe, pretendiendo sorprender al reclamar se le indemnice por posibles daños que se le pudiera haber ocasionado.
175. Sostiene que, para que una conducta sea causa adecuada de un daño es necesario que concurren dos factores o aspectos: Un Factor In Concreto Y Un Factor In Abstracto. El primero de ellos, debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, lo que significa que en los hechos la conducta debe de haber causado el daño, es decir, el daño causado debe de ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor. Sin embargo no basta la existencia de este factor, pues necesario la concurrencia del factor in abstracto para que exista una relación de causalidad adecuada. Este segundo factor debe entenderse en los términos siguientes: La conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y cotidiano de los acontecimientos debe de ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta es negativa, no existiría una relación causal, aun cuando se hubiera cumplido con el factor in concreto. Es pues necesario la concurrencia de ambos factores para que se configure una relación de causalidad adecuada
176. Agrega que, resulta aclarar el sentido de la noción de causa adecuada de aplicación obligatoria para todos los casos de responsabilidad extracontractual en el sistema legal peruano, por haber sido consagrado expresamente y en forma imperativa en el artículo 1985° del Código Civil. No basta con establecer si una conducta ha causado un daño, pues es necesario también determinar si esa conducta abstractamente considerada es capaz de producir ese daño de acuerdo al curso ordinario y normal de los acontecimientos.
177. Señala que, el actor no ha acreditado la existencia de los probables daños que se le pudieran haber causado conforme a los fundamentos expuestos en su demanda que solicita se le indemnice por daño emergente, lucro cesante y daños causados a la empresa. Sin embargo la parte demandante no ha acreditado la existencia ni padecimiento de los mencionados daños; por lo que la demanda debe ser desestimada por improbad.
178. Finalmente sostiene, que respecto al cuarto punto controvertido, que corresponde a la reconvención formulada por el Ministerio a fin de que la demandante cumpla con pagar la suma de S/. 1000,000.00, por concepto de daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato suscrito entre las partes: El Ministerio se vio perjudicado al no poder adquirir los bienes al que se refiere el contrato suscrito por causa imputable a la demandante porque pretendió entregar bienes con especificaciones distintas a lo pactado en el contrato respectivo, por lo que el personal del Ministerio no contará con el equipo de cómputo necesario para desarrollar sus actividades lo que ocasionó diversos perjuicios al no poder el personal asumir sus obligaciones a favor del Estado Peruano, representado por el Ministerio, conforme se encuentra debidamente acreditado.

i) Alegatos complementarios de Talexca

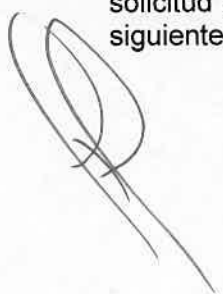
179. Mediante escrito presentado el 12 de setiembre del 2014, Talexca presentó sus alegatos dentro del plazo establecido en la Audiencia de Informes Orales, el cual se dio en los términos que siguen.



180. La demandante señala las comparaciones de las características técnicas del equipo de cómputo ofertado como mejora frente a lo descrito en la orden de compra N° 674 y la recomendación de la Oficina General de Telecomunicaciones Informática y Estadística, mediante Oficio N° 284-2013-SG-/B/04 de fecha 25 de julio de 2013, que se encuentra como medio probatorio anexado a su escrito de fecha 27 de marzo de 2014.

Especificaciones Técnicas - Orden De Compra N°674	Recomendación De La Oficina General De Telecomunicaciones Informática Y Estadística - Oficio N° 284-2013-SG-/B/04 Del 25.07.2013	Especificaciones Técnicas Ofertada Como Mejora
Marca: Lenovo	Marca: Lenovo	Marca: Lenovo
Modelo: M71e	Modelo: M72e	Modelo: M72e
Procesador Intel Core i3 2120 3.3Ghz	Procesador Core i3 3220 3.3 GHz	Procesador Core i3 3220 3.3 GHz
RAM: 4GB DDR3 1333 MHz	RAM: 4GB DDR3	RAM: 4GB DDR3 1600 MHz
Almacenamiento: 500 GB 7200 RPM	Almacenamiento: 500 GB	Almacenamiento: 500 GB 7200 RPM
Conectividad (Lan/Waln/Usb): S/N/S	Conectividad (Lan/Waln/Usb): S/N/S	Conectividad (Lan/Waln/Usb): S/N/S
Video (VGA/HDMI): S/N	Video (VGA/HDMI): S/N	Video (VGA/HDMI/DVI-D): S/N/S
Sistema Operativo: Windows 7 Profesional 64 bits	Sistema Operativo: Windows 7 Profesional 64 bits o superior	Sistema Operativo: Licencia de Windows 8 Profesional de 64 bits OEM con Downgrade instalado de Windows 7 Profesional 64 bits en español
Adicionales: Unidad Óptica/Teclado/Ratón: S/S/S	Adicionales: Unidad Óptica/Teclado/Ratón: S/S/S	Adicionales: Unidad Óptica/Teclado/Ratón: S/S/S

181. Sostiene que, de acuerdo al cuadro precedente, la Oficina General de Telecomunicaciones Informática y Estadística del Ministerio de Defensa, recomendó que se adquieran equipos Core i3 con procesadores de tercera generación, especificando el modelo M72e de la marca Lenovo. Modelo que fue entregado por Talexca como mejora técnica, desvirtuándose lo manifestado en la audiencia del Informe Oral por la Procuraduría del Ministerio de Defensa, en donde señalaron que la elección del equipo descrito en la Orden de Compra se debía a especificaciones técnicas que tenían un tipo de filtro que se emplea para la defensa nacional, sosteniendo que esta afirmación es completamente falsa.
182. Asimismo, la demandante menciona las principales características del equipo que fueron entregados como mejora técnica y que coinciden con la recomendación del área especializada en informática del Ministerio, informe que fue realizado a solicitud del Director General de Administración del MINDEF, que se resume en el siguiente cuadro:



Característica	Procesador Intel Core i3 2120 3.3Ghz	Procesador Intel Core i3 3220 Intel 3.3 GHz	Observación
Puntaje de rendimiento según Benchmarks	3876	4224	Core i3 3220 obtiene un mayor puntaje por tener mejor performance
fecha de lanzamiento	Q1 – 2011	Q3 - 2012	Core i3 3220 es un procesador de tecnología mas reciente (tercera generación)
tipos de memoria soportado	DDR3-1066/1333	DDR3-1333/1600	Core i3 3220 - procesador que soporta memoria DDR3 con mayor velocidad de transferencia (hasta 1600 MHz)
Máximo de ancho de banda de memoria	21 GB/s	25,6 GB/s	Core i3 3220 - procesador que soporta un mayor ancho de banda de memoria
Litografía	32 nm	22 nm	Core i3 3220 - con semiconductores más pequeños que permite menor uso de energía eléctrica, entre otros.
Máximo de TDP	65 W	55 W	Core i3 3220 - procesador con menor consumo de energía eléctrica, menor emisión de calor.

Memoria: Con respecto a la memoria Talexca fue de memoria del tipo DDR3 1600 MHz, la misma que ofrece una mayor velocidad de transferencia con la relación a lo descrito en la Orden de Compra (DDR3 1333 MHz).

Sistema operativo: La propuesta de Talexca de mejora técnica con respecto al sistema operativo consistió en ofertar Windows 8 Pro de 64 bits en español, con la opción de retroceso del Windows 7 Pro de 64 bits en español. Asimismo indica que la Oficina General de Telecomunicaciones Informática y Estadística mediante Oficio N°284-2013-SG-/B/04 del 25.07.2013, recomienda que el equipo deberá tener el Windows 7 pro 64 bits o superior, por lo cual su propuesta satisface las necesidades de la entidad.

183. Finalmente sostiene que la referida Entidad, según Orden de Compra N° 1100-2013, les da razón al adquirir equipos de cómputo con las características técnicas que ofertaron como mejora, pero a un precio mayor. Dicha documentación se encuentra adjunta a su escrito presentado el 03 de marzo de 2014.

III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA OPOSICION A LOS MEDIOS PROBATORIOS FORMULADA POR EL MINISTERIO DE DEFENSA

184. Mediante el primer otrosí del escrito presentado por Talexca el 20 de agosto de 2014, el mismo manifestó que en la Audiencia realizada el 13 de agosto de 2014 no

se consideró admitir los medios probatorios señalados en su escrito de fecha 03 de marzo de 2014, adjuntando en calidad de medios probatorios parte de los documentos remitidos en el escrito del 03 de marzo de 2014, a saber:

- Carta Notarial de fecha 17 de octubre de 2013
- Oficio N°4211/T-11.g.1 de fecha 30 de octubre de 2013
- Carta Notarial de fecha 18 de octubre de 2013
- Solicitud de acceso a la información pública por el que se obtuvo la Orden de Compra N°1100-2013, así como la conformidad de la referida Orden de Compra como su correspondiente pago.

185. Frente a ello, mediante el primer otrosí del escrito presentado por el Ministerio, el 08 de setiembre de 2014, manifestó que tales documentos habían sido ofrecidos en forma extemporánea, por lo que debían ser rechazados. Asimismo, que ya había pasado el plazo para ofrecerlos y, finalmente, que no habían sido puestos en su conocimiento por lo que atentaban contra su derecho de defensa, debiendo ser rechazados por inadmisibles.
186. Mediante Resolución N° 08, y sobre la base de lo establecido en el último párrafo del artículo 29° del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, se dispuso emitir pronunciamiento sobre dicha oposición al momento de laudar.
187. En relación a los medios probatorios presentados por Talexca, es preciso citar a Sergio Villamayor Alemán, el cual señala lo siguiente:

"Normalmente los reglamentos generales suelen admitir la presentación de documentos en cualquier etapa del proceso, debiendo los árbitros, en tal caso, asegurar siempre el derecho de defensa de la contraparte y, también, evitar la presentación injustificada y escalonada de documentos que tenga como finalidad demorar la marcha del arbitraje.

Asimismo, dichos reglamentos prevén la facultad de los árbitros de requerir a las partes, en cualquier momento del proceso, la exhibición de documentos en su poder. La falta de presentación generará una presunción en contra del renuente.
(...)

Puede ocurrir que el proceso mismo, en función de las argumentaciones dadas en su transcurso y de las pruebas producidas, genere la necesidad de obtener algún elemento de juicio adicional que sea dirimente. Cuando ello ocurre e, incluso, cuando justificadamente no se pudo ofrecer oportunamente una prueba, los árbitros deben admitir la prueba en cuestión – o incluso disponerla de oficio- utilizando la flexibilidad y la falta de rigor formal propias del arbitraje".¹

188. Al respecto, y conforme ya ha sido señalado durante el presente proceso arbitral, el artículo 46° del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, establece que los árbitros dirigen las audiencias y tienen las facultades para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de los medios probatorios.
189. Por su parte, el artículo 43° de la Ley de Arbitraje establece que el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

1 Villamayor Alemán Sergio. En: www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id14/la-prueba-en-el-arbitraje.pdf

190. Asimismo, y según se desprende del artículo 229° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, las partes tienen derecho a presentar las pruebas que consideren pertinentes y que coadyuven a la solución de las controversias presentadas, hasta que el Árbitro Único declare la conclusión de la etapa probatoria e, incluso, con posterioridad a ello, si es que, de manera excepcional, el Árbitro Único considera la necesidad de actuar nuevos probatorios, propuestos por las partes u ordenados de oficio por el mismo.
191. Siendo ello así, el Arbitro Único tiene la plena facultad para determinar, a su discreción, la admisión de los medios probatorios presentados por las partes en el proceso.
192. Por otro lado, es de advertirse que las pruebas cuestionadas han sido presentadas incluso antes de la Audiencia de Instalación del presente proceso arbitral, mediante escrito del 03 de marzo de 2014, habiendo sido remitidas nuevamente mediante el escrito de fecha 20 de agosto de 2014, objeto de oposición.
193. En tal sentido, desconocer la presentación de tales medios probatorios constituiría una afectación al derecho de defensa de la demandante.
194. Es importante advertir asimismo, que mediante la Resolución N° 05 se han admitido medios probatorios presentados por el Ministerio, cuestionados por la demandante, bajo la premisa que el Árbitro Único es proclive a admitir todo medio probatorio o documento que se encuentre vinculado al proceso y que coadyuve en el análisis y solución del caso, no debiendo existir limitaciones ni restricciones a la actividad probatoria, dado el carácter flexible del arbitraje.
195. De esta manera, el sustento de extemporaneidad invocado por el demandado carece de sustento.
196. Asimismo, el sustento de que tales medios probatorios no han sido puestos en conocimiento del Ministerio carece igualmente de sustento toda vez que, el escrito presentado por Talexca el 03 de marzo de 2014, por el que presenta por vez primera los medios probatorios cuestionados, fue notificado al Ministerio mediante Cédula de Notificación N° 1758-2014, siendo prueba plena de dicho conocimiento el propio cuestionamiento realizado por el Ministerio mediante su escrito presentado el 26 de marzo de 2014.
197. Siendo ello así, no existe afectación alguna al derecho de defensa alegado por el Ministerio.
198. Por tales consideraciones, la oposición formulada por el Ministerio debe ser declarada infundada.

IV. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia del acto administrativo contenido en el Oficio N° 2324-2013-MINDEF/V/VRD/C de fecha 05 de noviembre de 2013

199. De acuerdo a lo expresado por las partes mediante sus respectivos escritos, la controversia derivada de este primer punto controvertido consiste en determinar si la resolución del contrato, dispuesta por la Entidad mediante el Oficio N° 2324-2013-MINDEF/V/VRD/C, se encuentra o no acorde o conforme a lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento o si, por el contrario, corresponde se declare su nulidad y/o ineficacia, para cuyo efecto, corresponde analizar, en primer lugar, las disposiciones de la normativa de contrataciones públicas referidas a la resolución del contrato.

200. Conforme es de apreciarse de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, parte del artículo 40° de la primera, como el artículo 169° del segundo, regulan el procedimiento a seguir para la declaración de la resolución del contrato, mientras que, el propio artículo 40° de la Ley y artículo 168° del Reglamento, regulan las causales o supuestos para que proceda la resolución contractual.
201. Al respecto, el literal c) del artículo 40° de la Ley establece en general, sobre la resolución del contrato, lo siguiente:

"Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

- c) *Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento."*

202. Por su parte, el artículo 168° del Reglamento establece sobre las causales de resolución, lo siguiente:

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1 Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2 Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3 Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°."

203. Finalmente, el artículo 169° del Reglamento establece sobre el procedimiento de resolución del contrato, lo siguiente:

"Artículo 169°.- Procedimiento de resolución de Contrato



Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento."

204. El siguiente cuadro resume el tratamiento de la resolución contractual prevista en la normativa de contrataciones públicas para los casos de bienes y servicios:

CAUSAL DE RESOLUCION	PROCEDIMIENTO DE RESOLUCION
<ul style="list-style-type: none">• Incumplir injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias• Paralizar o reducir injustificadamente la ejecución de la prestación	<ol style="list-style-type: none">1. Requerimiento notarial previo exigiendo cumplimiento de obligaciones en un plazo no mayor a cinco días.2. Resolución del contrato vía notarial
<ul style="list-style-type: none">• Acumular el monto máximo de la penalidad por mora o por otras penalidades	<ol style="list-style-type: none">1. Resolución del contrato vía notarial

205. De acuerdo con el cuadro precedente, las causales de incumplimiento de obligaciones y paralización injustificada deben seguir el procedimiento consistente en i) el requerimiento notarial previo y ii) la comunicación notarial de la resolución, mientras que la causal de acumulación máxima de penalidad únicamente prevé como procedimiento la de la comunicación notarial directa de la resolución del contrato, no siendo necesario el requerimiento notarial previo.
206. En el presente caso, y de la revisión de los actuados, se advierte que la Entidad ha invocado como causal de resolución la del incumplimiento de las obligaciones contractuales, por lo que el procedimiento a seguir es el contemplado en la primera parte del párrafo precedente.
207. En consecuencia, corresponde analizar a continuación si la causal de resolución contractual, invocada por el Ministerio, consistente en el incumplimiento de obligaciones por parte de Talexca, se adecúa o no a lo contemplado en la Ley y su Reglamento, así como en las demás normas que resulten aplicables.

208. Sobre el particular, y antes de analizar el tema referido, es importante señalar que, conforme al artículo 1° de la Ley, la normativa de contrataciones públicas contiene las disposiciones a ser tomadas en cuenta por las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras, siendo el objeto o finalidad de dichas normas –en realidad, del Sistema de Contrataciones Públicas en su conjunto- el de maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones realizadas, efectuándose en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, conforme a lo establecido en el artículo 2° de la Ley.
209. Así, y para el cumplimiento de la finalidad antes señalada, la normativa de contrataciones públicas prevé, durante la etapa del proceso de selección, una serie de mecanismos, procesos y modalidades, conducentes a identificar la oferta más favorable en cuanto a calidad y precio.
210. Ahora bien, e independientemente del mecanismo o modalidad utilizado, lo relevante es que todo proceso de contratación se encuentra sujeto a los principios y disposiciones generales contempladas en la normativa de contrataciones públicas, no siendo una excepción el de las compras por Convenio Marco.
211. En relación al presente caso, es de advertirse que mediante la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 0000674, del 19 de agosto de 2013, la Entidad contrató con Talexca S.A.C. la adquisición de 442 computadoras, marca Lenovo, modelo M71e, cuyas demás características figuran en dicho documento.
212. Encontrándose dentro del plazo contractual, Talexca remitió la Carta s/n del 18 de setiembre de 2013, por la que comunicó al Ministerio que la empresa fabricante de las computadoras objeto del contrato (Lenovo) ya no fabricaba el modelo M71e contratado, el cual había sido reemplazado por el modelo M72e, por lo que, al amparo del artículo 143° del Reglamento solicitó la modificación de las especificaciones técnicas contenidas en la citada Orden de Compra, a fin de que se admitan los bienes bajo el modelo M72e.
213. En respuesta, el Ministerio manifestó mediante Oficio N° 1898-2013-MINDEF/VRD/C, del 20 de setiembre de 2013, sobre la base de los artículos 97 y 98 del Reglamento, y numeral 8.4.8.4 de la Directiva de Convenio Marco N° 017-2012-OSCE/CD, que de no contarse con los equipos Talexca debió solicitar al OSCE su exclusión de la ficha-producto y la incorporación del nuevo producto, a la vez de señalar que si no contaba con tales productos no debió colocar la respectiva oferta de stock en el catálogo electrónico. De otro lado, sobre la mejora tecnológica invocada por Talexca decidió no aceptarla pues conforme al artículo 148° la modificación procede siempre que la misma no varíe las condiciones originales que motivaron la selección del contratista, supuesto que no se cumplió en este caso toda vez que para la selección de la oferta de Talexca se tuvo en consideración las características de su ficha-producto que fue determinante para motivar su adjudicación.
214. Si bien mediante cartas y escritos posteriores, remitidos antes y durante el presente proceso arbitral, ambas partes han invocado mayores argumentos para sustentar sus posiciones, los cuales analizaremos también más adelante, lo cierto es que la Carta s/n de Talexca, del 18 de setiembre de 2013, y el Oficio N° 1898-2013-MINDEF/VRD/C del Ministerio, del 20 de setiembre de 2013, resumen, en esencia, la controversia objeto del primer punto controvertido: por un lado, la imposibilidad de entrega de los equipos contratados por tratarse de productos discontinuados y la solicitud de modificación contractual invocados por Talexca y, de otro lado, la exigencia de que se cumpla con entregar los bienes contratados y la negativa a la modificación del contrato, invocados por la Entidad.

215. En primer lugar, es importante advertir, citando a DROMI, que, como toda relación contractual, *"las relaciones contractuales administrativas se fundan en el principio pacta sunt servanda, es decir, que el contrato administrativo obliga tanto al contratista como a la Administración Pública."*²
216. Precisamente, el principio invocado se encuentra recogido en el artículo 49° de la Ley, conforme al cual:

"Artículo 49.- Cumplimiento de lo pactado

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, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774 del Código Civil."

217. De manera complementaria, el artículo 142° del Reglamento, establece lo siguiente:

"Artículo 142.- Contenido del Contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado."

218. En el ámbito privado, el citado principio tiene su correlato en el artículo 1361° del Código Civil, según el cual, *"los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos."*
219. En buena cuenta, una vez suscrito un contrato, la regla general es que las partes se encuentran obligadas a cumplir las obligaciones emanadas de los mismos, en los términos allí pactados.
220. Sin embargo, frente a la regla general de la fuerza vinculante de un contrato, pueden ocurrir circunstancias excepcionales, ajenas al control de las partes, que pueden derivar en la inejecución de las obligaciones pactadas, sin responsabilidad para las mismas.
221. Sobre el particular, el primer párrafo del artículo 44° de la Ley establece expresamente lo siguiente:

"Artículo 44.- Resolución de los contratos

*Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.
(...)"*

222. Fuera de los artículos citados³, ni la normativa de contrataciones públicas⁴ ni el Derecho Público en general, arrojan más luces en torno al contenido o alcances de

² DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1ra Ed Peruana, 2005, t.I, pag. 546

³ El artículo 167° del Reglamento hace también alusión al tema, al permitir a cualquiera de las partes poner fin al contrato por un hecho sobreviniente al mismo, siempre que se encuentre expresamente previsto en el contrato.

la ejecución de obligaciones o a su inejecución por causas ajenas a las partes, por lo que, en aplicación del segundo párrafo del artículo 142° del Reglamento, antes citado, así como del artículo 5° de la Ley, procederemos a citar las disposiciones del Código Civil que tratan este tema.

223. En primer lugar, tenemos al artículo 1314° del Código Civil que contempla la regla general de la inimputabilidad por inejecución de obligaciones, a saber:

“Inimputabilidad por diligencia ordinaria

Artículo 1314.- *Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”*

224. De acuerdo con la norma citada, la inejecución de la obligación por parte del deudor únicamente lo libera de responsabilidad si es que éste ha actuado con la diligencia ordinaria requerida.
225. Sobre el particular, Osterling y Castillo sostienen en relación a la diligencia ordinaria lo siguiente:

“Nuestro ordenamiento exige diligencia ordinaria en el cumplimiento de las obligaciones. En caso contrario el deudor incurre en responsabilidad. (...)”

La diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento (...) que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor, es decir, el deber del deudor consiste en la ejecución de la prestación debida. El carácter subjetivo de nuestro ordenamiento está marcado, pues, por este requisito de “diligencia ordinaria”, ya que de lo contrario, si tan solo importase el resultado (...) sería irrelevante que el deudor hubiese actuado diligente o negligentemente, puesto que solo se evaluaría dicho resultado(...)”⁵

226. Por su parte, Fernández Cruz sostiene la necesidad de interpretar el artículo 1314° del Código Civil conjuntamente con los artículos 1315° y 1316°, cuyos textos son los siguientes:

“Caso fortuito o fuerza mayor

Artículo 1315.- *Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”*

“Extinción de la obligación por causas no imputables al deudor

Artículo 1316.- *La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.*

Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o

⁴ Más adelante haremos referencia particular a la disposición contenida en el numeral 8.5.1.1.2 de la Directiva de Convenio Marco que trata sobre la causal de exclusión de las fichas-producto de los Catálogos Electrónicos consistente en el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Tratado de las Obligaciones, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2003, t. XI, pag. 577

hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere."

227. De esta manera, si bien Fernández Cruz principia por definir a la prestación *"como el instrumento de cooperación a través de cual se procura al acreedor el resultado útil esperado"*⁶, sin embargo, agrega que *"el concepto de diligencia no puede estar limitado a la medida del deber de prestación sino que, por el contrario, está referido más bien al deber de protección"*⁷ entendida esta última como *"el esfuerzo que se le exige al deudor para superar obstáculos al cumplimiento"*⁸.
228. En ese sentido, para Fernández Cruz *"la irresponsabilidad del deudor se presenta donde termina el deber de diligencia y comienza la imposibilidad"*⁹, lo cual se traduce para este autor en que la conducta diligente del deudor debe ser entendida de manera objetiva, de manera que, en todos los casos, su actuar diligente devendrá necesariamente en el cumplimiento de la obligación, no pudiendo existir otro desenlace, salvo que se presente un caso de imposibilidad por caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo caso queda relevado de su deber cumplimiento o, no es imputable por su cumplimiento tardío.
229. En conclusión, para el citado autor, el artículo 1314° impone un deber objetivo de cumplimiento, derivado de un actuar diligente, y cuyo límite o frontera viene dado por una situación externa que imponga una imposibilidad de cumplir al deudor, recogida en el artículo 1315°, derivando en este último caso en un supuesto de irresponsabilidad por la demora del evento fortuito o de fuerza mayor, en caso sea temporal, o en la extinción de la obligación si el evento es permanente, tal como lo establece el artículo 1316°¹⁰.
230. De manera similar, Vega Mere sostiene que *"la diligencia (...) no debe entenderse como un simple despliegue de energías o como el recurso a los medios técnicos y de otra índole para el cumplimiento de la obligación sin miras a un cierto objetivo"*¹¹, sino que, por el contrario, *"la actividad que desarrolle debe, cuando menos, arbitrar al acreedor los medios o instrumentos con los cuales éste pueda alcanzar una cierta finalidad"*¹²; así *"la actuación diligente se mide con la satisfacción de ese interés instrumental que puede ser entendido como un interés secundario del acreedor, pero no privado de vinculación con el objetivo final"*¹³.
231. Siguiendo al mismo autor, éste sostiene que *"para que el deudor se libere del incumplimiento o de la imposibilidad sobreviniente de la prestación, no basta la prueba de la diligencia (sino que) es necesario que el deudor demuestre no ser responsable del impedimento que determinó la imposibilidad acreditando que dicha*

⁶ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Inimputabilidad en la Ejecución de Obligaciones, en: Código Civil Comentado, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, t. VI, pag. 636.

⁷ Op. Cit., pag. 637

⁸ Op. Cit., pag. 637

⁹ Op. Cit. pag. 637

¹⁰ Op. Cit., pag. 643

¹¹ VEGA MERE, Yuri. Imposibilidad sobreviniente, en: Código Civil Comentado, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, t. VI, pag. 660

¹² Op.cit., pag. 660

¹³ Op. Cit., pag. 660

*imposibilidad no se debió a un hecho que le sea imputable*¹⁴. Así, agrega, “*será necesario que además de la prueba de la diligencia del deudor evidencie las razones por las cuales, pese a su diligencia, no pudo cumplir*”¹⁵.

232. En el presente caso, si bien Talexca asumió la obligación de proveer 446 computadoras, marca Lenovo, modelo M71e, sin embargo, ocurrió un hecho sobreviniente a la celebración del contrato (Orden de Compra), consistente en la discontinuación de la fabricación del referido producto por parte del fabricante Lenovo, hecho que ha quedado corroborado mediante la Carta s/n, de fecha 16 de setiembre de 2013, remitida por el representante del fabricante Lenovo al distribuidor Talexca, por la que le manifiesta tal circunstancia.
233. Sobre el particular, el Ministerio invoca los artículos 97 y 98 del Reglamento, y numeral 8.4.8.4 de la Directiva de Convenio Marco N° 017-2012-OSCE/CD para sustentar la obligación de Talexca de cumplir con entregar las computadoras originalmente contratadas.
234. Al respecto, y siguiendo a los juristas citados en párrafos precedentes, es de advertirse que el deber de diligencia de Talexca consistía en realizar sus máximos esfuerzos a fin de procurar la satisfacción o utilidad del Ministerio mediante la entrega de las computadoras contratadas.
235. Sin embargo, en opinión del Árbitro Único, y siguiendo lo señalado por Fernández Cruz y Vega Mere, el actuar diligente de Talexca en la entrega de los bienes originalmente contratados, tenía como límite la ocurrencia de un hecho sobreviniente que, de manera objetiva, hiciera imposible el cumplimiento de entrega de los mismos, sin culpa de Talexca, evento que se acreditó con la Carta s/n del 16 de setiembre de 2013, por la que el fabricante Lenovo hizo de conocimiento del distribuidor Talexca la discontinuación del producto, hecho que, a todas luces, escapa del control del contratista, y que por tanto lo hacía inimputable por la inejecución de su obligación primigenia.
236. Adicionalmente, manifiesta el Ministerio que los proveedores adjudicatarios deben ofertar bienes que tienen en stock pues, de lo contrario, estarían ofertando productos que no poseen en su poder, como habría ocurrido en el presente caso.
237. Sobre el particular, es importante advertir que nos encontramos frente a productos (computadoras), cuyas características principales son las de tener una evolución tecnológica acelerada, así como una obsolescencia programada. Al respecto, RODRIGUEZ MARTÍN sostiene que:

“el producto queda obsoleto dado a que su tecnología está desfasada. Podemos, mayoritariamente ver este tipo de obsolescencia en productos electrónicos, como televisores, equipos de sonido o teléfonos celulares móviles. Este tipo de obsolescencia también es programada por sus diseñadores, dado que en casi todos los casos, los fabricantes racionan los avances tecnológicos que sacan del mercado programada. (...)”

La obsolescencia programada es también, consecuencia directa de las actividades de investigación y desarrollo que permiten en tiempo relativamente breve fabricar y construir equipos mejorados con capacidades superiores a las de los precedentes.

¹⁴ Op. Cit., pag. 664

¹⁵ Op. Cit., pag. 665

El paradigma, en este caso, lo constituyen los equipos informáticos capaces de multiplicar su potencia en cuestión de meses”¹⁶.

238. En ese sentido, pretender que un distribuidor de este tipo de productos, mantenga en stock bienes de las características señaladas, y en un número significativo (como el que es materia del caso), resultaría económica y comercialmente ineficiente e inviable, dado el riesgo de rápida obsolescencia que tendría que asumir, sin considerar además los gastos de almacenamiento y riesgo cambiario.
239. Por tanto –insistimos– no debe perderse de vista que, a diferencia de mercados de otros productos, nos encontramos en un mercado de bienes tecnológicos, con las particularidades especiales antes indicadas.
240. Por otro lado, invoca el Ministerio el último párrafo del numeral 4.3 de la Renovación del Acuerdo del Convenio Marco de Computadoras de Escritorio, Portátiles, Proyector y Escáneres, del 12 de febrero de 2014, conforme al cual “el Proveedor Adjudicatario no podrá entregar a la Entidad Contratante otros bienes que no sean los detallados en la O/C” (Orden de Compra).
241. Independientemente que la cita invocada es a un documento emitido con posterioridad a los hechos ocurridos, es importante advertir que la misma obedece al precepto de identidad de los bienes contratados respecto de los bienes entregados, recogido en el artículo 49° de la Ley, precepto que, como toda regla general, admite excepciones, siendo una de ellas la establecida en el artículo 143° del Reglamento, el cual analizaremos más adelante.
242. Ahora bien, y sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es importante advertir que Talexca, frente a la situación de imposibilidad sobreviniente al contrato, consistente en la discontinuación de fabricación de la computadora Lenovo, modelo M71e, no se limitó a invocar o solicitar la extinción de la relación contractual, conforme lo habilitaba el artículo 44° de la Ley, respaldado a su vez en el artículo 1316° del Código Civil, sino que, por el contrario, persistió en su cumplimiento a través del ofrecimiento de entrega del modelo M72e, que había reemplazado al producto discontinuado, modelo M71e, por el mismo precio originalmente contratado, para cuyo efecto invocó la modificación del contrato bajo los alcances del artículo 143° del Reglamento.
243. A criterio del Árbitro Único, el ofrecimiento de Talexca constituiría la manifestación de un actuar plenamente diligente de su parte, toda vez que, al decir de Fernández Cruz, significaría un “esfuerzo (...) para superar obstáculos al cumplimiento”, según citamos anteriormente.
244. Asimismo, y aplicando lo manifestado por Vega Mere, la conducta de Talexca habría permitido “arbitrar al acreedor los medios o instrumentos con los cuales éste pueda alcanzar una cierta finalidad”, esto es, contar con las computadoras contratadas, solo que, en este caso, con mejores prestaciones, por tratarse de la versión mejorada del modelo M71e.
245. Sobre el particular, el Ministerio ha manifestado que, conforme al artículo 143° del Reglamento, el mismo tiene la potestad, no la obligación, de aceptar o rechazar bienes con iguales o mejores características, decisión que se debe amparar en si la mejora ofrecida satisface sus necesidades y además si no se contrapone a la Resolución Ministerial N° 1281-2012 DE/SG.

¹⁶ RODRÍGUEZ MARTÍN, Espartaco. Análisis del impacto de la obsolescencia programada en el consumidor venezolano de teléfonos inteligentes. pág. 12-14. En Sitio web: <http://www.comunaactiva.org.ve/wp-content/uploads/2014/08/Tesis-PDF.pdf> .Visto el día 11 de noviembre de 2014.

246. Agrega que, mediante Acta de Reunión de Trabajo con los representantes del Ministerio y Unidades Ejecutoras del Sector Defensa, para implementar la Resolución Ministerial N° 1281-2012 DE/SG, se estandarizaron los requerimientos técnicos mínimos para los equipos de cómputo, identificando al modelo M71e. En ese sentido, sostiene que el rechazo del modelo M72e, no se habría debido a un capricho, sino a que no satisfacían las necesidades de la Entidad.
247. A fin de absolver la posición del Ministerio, es preciso analizar el artículo 143° del Reglamento, así como aquéllos artículos de la normativa de contrataciones públicas que tienen incidencia en la interpretación de dicho artículo, siendo el tenor del artículo 143° el siguiente:

"Artículo 143.- Modificación en el Contrato

Durante la ejecución del contrato, en caso el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios, la Entidad, previa evaluación, podrá modificar el contrato, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan su necesidad. Tales modificaciones no deberán variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista."

248. Como bien manifiesta el Ministerio, la modificación del contrato establecida en el citado artículo 143° contempla una actividad discrecional de la Entidad plasmada en la facultad de modificar el contrato, en tanto los bienes ofrecidos satisfagan su necesidad; sin embargo, y como veremos a continuación, tal actividad discrecional tiene límites en su ejercicio.
249. Al respecto, es importante señalar en primer lugar que, por regla general, la actividad de la Administración Pública es reglada, es decir, que todas las decisiones y actividades de la misma deben realizarse conforme a una norma positiva que así lo establezca, lo cual se encuentra basado a su vez en el Principio de Legalidad.
250. El primer párrafo del artículo 46° de la Ley contempla la actividad reglada de las Entidades sujetas a la misma, al establecer lo siguiente:

"Artículo 46.- De las responsabilidades y sanciones

*Los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, son responsables del cumplimiento de la presente norma y su Reglamento.
(...)"*

251. Sin perjuicio de lo señalado, y sólo de manera excepcional, la Administración Pública goza a su vez de facultades discrecionales para el cumplimiento de sus fines y siempre teniendo como objetivo el interés público. Esta facultad se encuentra reconocida en el segundo párrafo del artículo 46° de la Ley, cuyo texto es el siguiente:

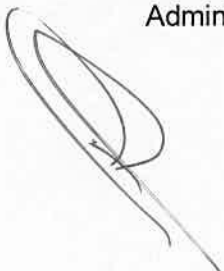
"Artículo 46.- De las responsabilidades y sanciones

(...)

En caso que las normas permitan márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de acuerdo a los principios establecidos en el artículo 4 del presente Decreto Legislativo.

(...)"

252. Sobre el particular, Sánchez Gutiérrez justifica la facultad discrecional de la Administración al sostener que:



"ante la imposibilidad por parte del legislador de prever todas las circunstancias que en la realidad puede presentarse, necesariamente debe investir a la administración pública de poder o facultad para determinar el sentido de su acción, so pena de paralizarla haciéndola perder la razón de su existencia.

Sin embargo, y no obstante la libertad que la ley confiere a la autoridad para actuar, ello no implica que dicha libertad sea absoluta, es decir que la administración pueda tomar una decisión arbitraria, en todos los casos, la administración debe actuar conforme a un debido proceso de razonabilidad, investigando, comprobando, verificando, apreciando y juzgando los motivos causantes de su decisión".¹⁷

253. De manera complementaria, sostiene Mahaluf Pinto lo siguiente:

"la discrecionalidad no puede ser una potestad ilimitada de la Administración Pública, apareciendo el Estado de Derecho que controlará cualquier posibilidad de la existencia de un acto caprichoso nacido con el pretexto del ejercicio de una facultad discrecional. Dicho Estado de derecho se valdrá de la Vía administrativa y Judicial para que dicho acto administrativo discrecional se sujete a los límites que la ley y la doctrina dominante toman como necesarios, para que el acto administrativo discrecional se desenvuelva dentro de un contexto de juridicidad.

Dentro de los límites que nos señala un Estado de Derecho podemos establecer tanto la Constitución Política como la misma ley, ya que ellas establecen los lineamientos a los que se ha de sujetar la autoridad.

Un límite también importante es la satisfacción de la mejor manera del interés público, ya que éste es un límite infranqueable al cual debe sujetarse el acto administrativo discrecional como un tipo de acto administrativo de los que contempla el ejercicio de la administración pública.

Otro límite es por tanto la finalidad a que debe responder la emisión del acto, ya que como bien se ha dicho, no existe la facultad discrecional en cuanto a la finalidad del acto. Y es que el fin sin lugar a dudas será siempre de carácter reglado, dándonos cuenta que el fin necesariamente estará expresamente o implícitamente señalado en la ley, pero que en el último caso el fin de la actividad administrativa se conducirá hacia el bien común."¹⁸

254. Como se puede apreciar, la actividad discrecional de la Administración Pública, ejercida a través de sus funcionarios y servidores, no es irrestricta ni arbitraria, sino que debe adecuarse y respetar las disposiciones legales que la rigen; en nuestro caso particular, tales disposiciones serían las de la normativa de contrataciones públicas, incluidos los principios establecidos en el artículo 4° de la Ley, como parámetro o limitante al ejercicio de dichas facultades excepcionales.
255. Precisamente, algunos de los principios recogidos en la Ley resultan especialmente aplicables al presente caso, a saber:

¹⁷ SANCHEZ GUTIERREZ, José Humberto. El acto discrecional: Principios que lo rigen y su jerarquía. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2396/24.pdf>, pag. 354

¹⁸ MAHALUF PINTO, Luis Felipe. Alcances y Límites de la Discrecionalidad Administrativa. En: <http://www.upv.cl/admision/pdf/7.%20Luis%20Felipe%20Mahaluf.pdf>, pags. 8 y 9

"Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones"

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

(...)

e) *Principio de Razonabilidad:* En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado.

f) *Principio de Eficiencia:* Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.

(...)

i) *Principio de Economía:* En toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos.

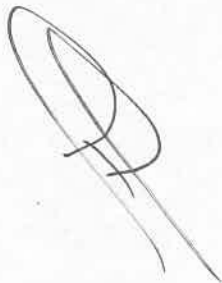
j) *Principio de Vigencia Tecnológica:* Los bienes, servicios o la ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos."

256. Asimismo, resulta especialmente aplicable como limitante a la actividad discrecional el artículo 2° de la Ley, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 2.- Objeto"

El objeto del presente Decreto Legislativo es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4 de la presente norma."

257. En ese sentido, la facultad discrecional de la Administración, contemplada en el artículo 143° del Reglamento, debe interpretarse en estricta observancia tanto de los principios como del artículo 2° antes citados, siendo el interés público la finalidad última que debe cautelar y perseguir la actuación de la función pública.
258. En el presente caso, y frente a la imposibilidad de proveer las computadoras, con modelo M71e, por tratarse de producto discontinuado, el contratista, invocando el artículo 143° del Reglamento, ofreció proveer el producto bajo la versión mejorada, modelo M72e, cuyas características en comparación a la versión discontinuada se pueden apreciar a continuación:



	ORDEN DE COMPRA 000674	CARTA LENOVO 16.09.13
MARCA	LENOVO	LENOVO
MODELO	M71E	M72E
NUMERO DE PARTE	3176B3S	3660-3B8
PROCESADOR	INTEL CORE I3 2120 3.3 GHZ	INTEL CORE I3 3220 (2 CORES, 3.3GHZ, 3MB CACHE)
RAM	4GB DDR3 1333MHZ	4GB DDR3 1600MHZ (MAX 16GB, 2X8GB)
ALMACENAMIENTO	500GB 7200 RPM	500GB SATA II 7200 RPM
CONECTIVIDAD	S/N/S	4 PUERTOS USB 2.0 POSTERIORES / 2 PUERTOS USB 2.0 DELANTEROS
VIDEO	S/N	VGA + DVI-D
SISTEMA OPERATIVO	WINDOWS 7 PROFESIONAL 64 BITS ESPAÑOL	WINDOWS 8 PROFESIONAL 64 BITS. DOWNGRADE INSTALADO DE WINDOWS 7 PROFESIONAL 64 BITS ESPAÑOL

259. En respuesta a la propuesta de modificación del contrato planteada por el contratista, el Ministerio se limitó a sostener que aquél debía cumplir con entregar los bienes originalmente contratados, pese a haber quedado demostrado que el cumplimiento de dicha prestación había devenido en imposible, por tratarse de un producto discontinuado, lo que hacía inimputable al contratista.
260. En sustento adicional de su negativa, la Entidad sostuvo que la insistencia en exigir el modelo original obedecía al cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución Ministerial N° 1281 DE/SG del 14 de noviembre de 2012; sin embargo, de la revisión del mismo no se advierte ninguna disposición, justificación o sustento técnico que evidencie la imperiosa necesidad de adquirir exclusivamente el modelo original en defecto de la versión mejorada. Lo único que hace la Resolución Ministerial es identificar un determinado modelo de computadora, sin especificar para qué fines específicos será utilizado, o la exclusividad del mismo.
261. En ese sentido, la manifestación adicional de la Entidad respecto a que el modelo M72e ofrecido no satisfacía las necesidades de la Entidad, debía venir acompañado de un mayor sustento, en particular, de un respaldo técnico y/o económico, en la medida que se estaba rechazando una propuesta por la que la Entidad habría adquirido equipos de mayor tecnología por el mismo precio que los de unos equipos de una generación precedente.
262. Actuar sin mayor argumentación, equivale en los hechos a una actuación arbitraria, tal como se desprende de lo sostenido por Sánchez Gutiérrez, al precisar que la actividad discrecional de la Administración tiene que corresponder a un *"debido proceso de razonabilidad, investigando, comprobando, verificando, apreciando y juzgando los motivos causantes de su decisión"*, todo lo cual debe quedar pormenorizadamente plasmado en el documento por el que se emite dicha decisión.

263. En este punto, es preciso señalar que, durante la Audiencia de Informes Orales se solicitó al Ministerio precisar de qué forma las características particulares que fueron mejoradas por el modelo M72e no satisfacían las necesidades de la Entidad, no obteniéndose respuesta convincente al respecto, concediéndose al mismo la oportunidad de que lo hiciera mediante escrito complementario.
264. Sin embargo, y conforme es de apreciarse del escrito presentado el 12 de setiembre de 2014, la Entidad se limitó a señalar que *"la entidad tiene la facultad de aceptar bienes distintos con presuntas especificaciones técnicas mejoradas, según lo dispuesto por el artículo 143° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pero no tiene la obligación de ofrecer ningún informe técnico que sustente su posición para rechazar dicha propuesta."*
265. Como se puede apreciar, la Entidad ha sido renuente a invocar los argumentos técnicos y/o económicos, en virtud de los cuales rechazó la propuesta de la Entidad, limitándose a señalar, de manera reiterada, que la modificación del contrato prevista en el artículo 143° del Reglamento correspondía a una potestad suya, más no a una obligación, así como que su actuar estaba basado en la Resolución Ministerial N° 1281 DE/SG.
266. Al respecto, insistimos en sostener que la facultad discrecional de la Administración no es irrestricta sino que se encuentra sujeta a las limitaciones que le imponen las demás normas del ordenamiento jurídico; en nuestro caso particular, las de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, empezando por los principios antes detallados.
267. Así, por el principio de razonabilidad, y no existiendo argumentos que lo hayan desvirtuado, era razonable proceder a adquirir los equipos del modelo M72e, en vez de los del modelo M71e, en la medida que por el mismo precio se habrían adquirido productos de una generación avanzada, lo cual supone una mejora cualitativa y cuantitativa en la decisión.
268. Respecto al principio de eficiencia, este principio establece que las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse –entre otras- bajo las mejores condiciones de calidad y precio, siendo claro en el presente caso que la adquisición del modelo M72e hubiera representado para la Entidad una mejora en cuanto a condiciones de calidad y precio.
269. En cuanto al principio de economía, la contratación del modelo M72e habría permitido evitar el inicio y desarrollo de un nuevo proceso de contratación, bajo la aplicación de criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos.
270. Finalmente, y tal vez el más importante, bajo el principio de Vigencia Tecnológica las Entidades deben procurar que los bienes reúnan las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos, preceptos que se cumplían con el modelo M72e.
271. En relación a los principios señalados, es importante traer a colación lo manifestado por la propia Entidad en su escrito de reconvención, a saber:

"(...) el lucro cesante es la ganancia dejada de obtener a consecuencia del incumplimiento contractual, que en este caso sería la suma de S/. 157,670.17, que viene a ser la suma aproximada que el Ministerio habría ahorrado en comprar los equipos de cómputo, ya que a la fecha el monto consignado en la Orden de Compra no alcanza para adquirir los bienes requeridos debido al tiempo

transcurrido; además, teniendo en cuenta que la tecnología cambia constantemente, ya no se podrán obtener los equipos requeridos, porque a la fecha ya han sido reemplazados por otros de última generación (...)"

272. Si bien el tema indemnizatorio reclamado en la reconvencción será analizado en su oportunidad más adelante, resulta importante apreciar esta cita en la medida que evidencia la propia preocupación de la Entidad respecto a la inevitable necesidad de adquirir equipos de nueva tecnología por un precio mayor, sin reparar que fue ella misma quien por su propia negativa no contó con tales equipos por el mismo precio del contrato original, ofrecidos por el contratista, situación que atenta contra los principios de razonabilidad, eficiencia, economía y vigencia tecnológica antes señalados.
273. En consecuencia, la negativa de la Entidad de no modificar el contrato, constituiría un acto discrecional carente de sustento o justificación, frente al cual, sin embargo, el Árbitro Único se encuentra limitado para subrogarse en su posición, a fin de decidir lo contrario, modificando el contrato, ya que ello escapa de su competencia.
274. Ahora bien, y tal como fuera señalado en su oportunidad, de conformidad con el artículo 168° del Reglamento, las causales por las que la Entidad puede implementar el procedimiento de resolución contractual, únicamente se verifican en caso el contratista: i) incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; ii) haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o ii) paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.
275. En el presente caso, y conforme es de apreciarse del Oficio N° 1898-2013-MINDEF/VRD/C, así como del Oficio N° 2324-2013-MINDEF/VRD/C, la causal invocada por la Entidad para la implementación del procedimiento de resolución del contrato, fue la del incumplimiento injustificado de obligaciones, basado en la no entrega de los bienes contratados dentro del plazo pactado.
276. Al respecto, y conforme al análisis realizado en párrafos precedentes, se ha llegado a la convicción que el contratista Talexca actuó con la debida diligencia a fin de procurar el cumplimiento de sus obligaciones asumidas en mérito a la Orden de Compra N° 000674, al haber realizado las siguientes actuaciones: i) frente a la imposibilidad sobreviniente de proveer el modelo M71e, por discontinuación de fabricación del producto, ofreció proveer el modelo M72e, al mismo precio originalmente pactado, ii) se apersonó a cada una de las locaciones establecidas en el Contrato a fin de hacer entrega de los nuevos equipos ofrecidos, internando en algunos casos parte de tales equipos y siendo negada, en otras, su recepción.
277. En consecuencia, queda demostrado que el contratista Talexca procuró en todo momento cumplir con su obligación, pese a lo cual, fue la Entidad la que se rehusó a permitir que se concretara dicho cumplimiento, no sólo mediante la negativa a la modificación del contrato, la cual, como se ha demostrado, no ha sido debidamente sustentada por la Entidad, sino que además, no permitió la recepción ni permanencia en sus almacenes de los nuevos equipos ofrecidos.
278. Siendo ello así, en el presente caso no se ha presentado la causal de incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, establecido en el numeral 1 del artículo 168° del Reglamento, sino que, por el contrario, se habría presentado el supuesto del artículo 1314° del Código Civil, aplicable al presente caso vía supletoria, en la medida que Talexca habría actuado con la diligencia ordinaria requerida, no siendo imputable por la inejecución de la obligación.

279. A tales efectos, resulta de aplicación al presente caso el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, que establece lo siguiente:

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
2. *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*
3. *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.*

(...)”

280. En relación al primer supuesto, MORON sostiene que *“ninguna autoridad puede pretender sobrepasar los límites legales o actuar al margen de ella”*.¹⁹

281. Respecto al segundo supuesto, el mismo autor señala que uno de los vicios comprendidos en el mismo es el de los vicios en el objeto o contenido, cuando contraría el ordenamiento jurídico o cuando contiene un imposible jurídico. Así, sostiene el autor:

“La nulidad del acto administrativo deviene de la transgresión de las normas jurídicas con las cuales más bien debiera encontrar conformidad, cuyas principales manifestaciones son los vicios por la actuación contra legem, en una falsa aplicación de la ley o en una falsa valoración de los hechos.

Según la calificación de la doctrina, los vicios de ilicitud pueden presentarse bajo una de las siguientes formas:

- *Contenido ilícito (inconstitucional, contrario a reglamentos, a sentencias firmes, y actos constitutivos de delitos)*
(...)
- *Contradicción inmediata entre los objetos perseguidos por el acto administrativo y la norma (infracción directa contra legem de la norma jurídica)*
(...)
- *Contenido físicamente imposible*
- *Vicio en la motivación jurídica del acto*
- *Fundamentarse en un criterio jurídico inexistente (deficiente base legal), insuficiente, contradictoria e ilícita*
- *Fundamentarse en una incorrecta interpretación de la norma (error de derecho)*
- *Fundamentarse en una falsa valoración de los hechos*
- *No fundamentar decisiones*
- *Desvío de poder (uso abusivo de la potestad discrecional y falta de prudencia en su empleo)”*²⁰

¹⁹ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ed Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pag. 158.

²⁰ Op cit., pags. 158-159.

282. En el mismo sentido se pronuncia GUZMAN, al sostener que son vicios específicos de los actos administrativos *"cuando se incurre en vicios graves respecto de los procedimientos que deben seguirse o cuando hay falta absoluta de forma exigida para la exteriorización del acto."*²¹
283. Por su parte, DROMI señala que *"el acto administrativo tiene que (...) producirse con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo"*, y agrega que *"el acto viciado es el que aparece en el mundo jurídico por no haber cumplido los requisitos esenciales que atañen a su existencia, validez o eficacia."* Finalmente, el mismo autor señala que *"(...) el acto administrativo tiene un vicio grave cuando (...) incumple deberes impuestos por normas constitucionales, legales o sentencias judiciales."*²²
284. En el presente caso, ha quedado evidenciado que el procedimiento de resolución contractual implementado por el Ministerio, que culminó con la notificación del Oficio N° 2324-2013-MINDEF/VRD/C, por el que resolvió el contrato representado por la Orden de Compra N° 000674, ha contravenido los artículos 40° de la Ley y 168° y 169° del Reglamento, al no haberse sustentado en una causal válida de resolución contractual, toda vez que ha quedado acreditado que el contratista actuó con la diligencia ordinaria debida, exigida por ley, pese a haberse presentado incluso un supuesto de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento, cuyo sólo hecho lo hacía inimputable por la inejecución de la obligación primigenia.
285. En este orden de ideas, el acto administrativo consistente en la decisión de resolución del contrato, contenido en el Oficio N° 2324-2013-MINDEF/VRD/C, contraviene en particular, y de manera simultánea, los numerales 1, 2 y 3 del artículo 10° de la Ley N° 27444, toda vez que ha contravenido leyes o normas reglamentarias, ha omitido requisitos para su validez y constituye un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico.
286. Como consecuencia de lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 10° de la Ley N° 27444, corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia del acto administrativo contenido en el Oficio N° 2324-2013-MINDEF/VRD/C, consistente en la resolución del contrato, representado por la O/C N° 000674.
287. Por lo tanto, la primera pretensión principal de la demanda, debe ser declarada fundada en todos sus extremos.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar que el contratista no ha incurrido en incumplimiento al momento de cumplir con la obligación contenida en la Orden de Compra N° 000674 de fecha 19 de agosto de 2013

288. La pretensión bajo análisis se centra en determinar si el contratista incurrió o no en incumplimiento respecto de las obligaciones contraídas en virtud a la Orden de Compra N° 000674.
289. Como se puede apreciar, la controversia bajo análisis tiene estrecha vinculación con lo desarrollado en el primer punto controvertido, sin perjuicio de lo cual, se procederá a analizar, en particular, los argumentos vertidos por el Ministerio para sustentar su posición, teniendo en cuenta lo decidido en el punto controvertido precedente.

²¹ GUZMAN NAPURI, Christian. La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General, Página Blanca Editores, Lima, 2004, pag. 199.

²² DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T.I, pags. 372 – 377.

290. En primer lugar, reitera el Ministerio que el inciso 7 del artículo 98° del Reglamento señala que los proveedores adjudicatarios deberán mantener las condiciones ofertadas en virtud a las cuales suscribieron el respectivo contrato; de manera complementaria, invoca el segundo párrafo del artículo 142° del Reglamento según el cual el contrato es obligatorio para las partes y, finalmente, la cláusula novena del Acuerdo del Convenio Marco de Computadoras de Escritorio/Portátiles, Proyector y Escáneres-Licitación Pública N° 002-2012/OSCE-CM, según el cual el proveedor adjudicatario deberá atender las órdenes de compra generadas a través del Módulo de Convenio Marco, de conformidad con las especificaciones técnicas, condiciones comerciales, precios, archivo-propuesta, reglas de negocio de las bases integradas y demás documentos que creen o precisen las obligaciones asumidas por éste.
291. Sobre la base de los dispositivos señalados, concluye la Entidad indicando que el contratista no habría cumplido con las obligaciones contraídas en virtud a la Orden de Compra N° 000674.
292. Sobre el particular, ya hemos mencionado en párrafos precedentes que, en efecto, las obligaciones contraídas en virtud a un contrato deben ser cumplidas en sus propios términos, bajo el principio Pacta Sunt Servanda.
293. En ese sentido, los dispositivos señalados se encuentran plenamente respaldados por el artículo 49° de la Ley (Cumplimiento de lo pactado), así como, de manera supletoria, por la regla general contenida en el artículo 1361° del Código Civil, según el cual los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.
294. Al respecto, vimos en párrafos precedentes que no está en duda, en principio, la fuerza vinculante que tiene todo contrato, como es el caso de la Orden de Compra N° 000674, salvo que se presenten situaciones excepcionales que impidan el cumplimiento de las obligaciones, por causas ajenas a las partes, perjudicando la continuación del contrato.
295. En particular, pueden presentarse situaciones que escapen al control y dominio del deudor, que le impidan cumplir objetivamente sus obligaciones en los términos inicialmente pactados, en cuyo caso resulta inimputable.
296. Tal circunstancia excepcional se encuentra recogida por ejemplo en el artículo 44° de la Ley, cuando se presenta el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que imposibilita la continuación del contrato sin responsabilidad para las partes.
297. De manera más precisa, y vía supletoria, tenemos al artículo 1314° del Código Civil, conforme al cual quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación, pudiendo incluso llegar a extinguirse la obligación, conforme lo dispone el artículo 1316° del Código Civil, según mencionáramos al analizar el primer punto controvertido.
298. En este punto, traemos a colación lo manifestado por Fernández Cruz, para quien la frontera del actuar diligente del deudor está delimitada por la imposibilidad de cumplimiento, siendo ésta última de carácter relativa, esto es, en función del caso concreto; a la vez de objetiva, es decir, que no pueda ser cumplida por ninguna persona que se coloque en la posición del deudor²³.
299. Bajo dichas premisas, ya se ha visto en párrafos precedentes que luego de la recepción de la Orden de Compra N° 000674, sobrevino un hecho que escapaba al control del contratista, consistente en la discontinuación de la fabricación del modelo M71e, por parte de su fabricante.
300. Siendo ello así, y por aplicación de las normas señaladas, el contratista quedaba relevado de responsabilidad frente al contrato por causa no imputable al mismo.

²³ FERNANDEZ CRUZ, Gastón, op. cit., pag. 638

301. Sin perjuicio de ello, advertimos también que, pese a la situación de imposibilidad sobreviniente, el contratista persistió en el cumplimiento de sus obligaciones mediante el ofrecimiento de una versión mejorada del producto originalmente contratado, siendo rechazada por la Entidad sin sustento sólido.
302. Por otro lado, sostiene la Entidad que de conformidad con la cláusula vigésimo quinta del Acuerdo del Convenio Marco de Computadoras de Escritorio/Portátiles, Projectores y Escáneres-Licitación Pública N° 002-2012/OSCE-CM, el proveedor adjudicatario estaba facultado a registrar sin limitación alguna reducciones o ampliaciones de existencias (Stock) de las fichas-productos, directamente en los catálogos a través del módulo de Convenio Marco, de lo que deduce que los proveedores adjudicatarios deben ofertar bienes que tienen en stock, dado que es a través del catálogo que las entidades seleccionan al proveedor de acuerdo al bien que ofertan en él, de lo contrario –sostiene– el proveedor estaría actuando de mala fe ofertando productos que no posee en su poder.
303. De acuerdo con la afirmación de la Entidad, se desprendería que el proveedor tendría que mantener en sus almacenes, de manera física, los bienes ofertados a fin de asegurar el cumplimiento de su obligación de provisión y que si por alguna razón hubiera una disminución de dicho stock tendría que registrarlo en el catálogo del módulo de Convenio Marco, siendo contraria a la buena fe todo comportamiento distinto al mencionado.
304. Sobre el particular, la referencia a “existencias” o “stock” a que se refieren las disposiciones del Convenio Marco, no implican necesariamente que el contratista deba mantener en sus almacenes, de manera física, un contingente o dotación de los bienes ofrecidos, en espera de que éstos sean requeridos mediante órdenes de compra específicos.
305. Así, la referencia a “existencia” o “stock” contenida en la ficha-producto estaría referida a la cantidad máxima de bienes o productos hasta por los cuales el contratista adjudicatario está obligado a proveer o atender al Estado, a través de las respectivas órdenes de compra que se presenten.
306. La inferencia indicada se deriva del hecho que ninguna norma o disposición que rige al Convenio Marco establece de manera expresa que deban mantenerse stocks físicos del producto, sino que tan sólo estaría referido a la cantidad o número mínimo de bienes que deben proveerse al Estado, pudiendo este número ser reducido en la medida que se vaya atendiendo a distintas entidades.
307. Asimismo, sostener lo contrario significaría que los proveedores adjudicatarios deban mantener en físico, desde el mismo momento que suscriben el Acuerdo de Convenio Marco, la cantidad ofrecida, a la espera de que reciban requerimientos a través de Órdenes de Compra. La pregunta que surge es, ¿qué ocurriría si no reciben ningún pedido dentro de la vigencia del Acuerdo, o éste resulta muy ínfimo para la cantidad almacenada?, el resultado sería totalmente ineficiente y a la larga perjudicial para el Estado, ya que ningún proveedor querría incurrir en un riesgo de tal magnitud, pudiendo generar incluso que quede en desuso el mecanismo de Convenio Marco.
308. Lo mencionado cobra especial particularidad en la provisión de equipos tecnológicos cuyas principales características –según vimos anteriormente– son los de la evolución tecnológica y obsolescencia programada, así como el de requerir espacios acondicionados especialmente para su almacenamiento, todo lo cual hace inviable sostener la obligatoriedad del proveedor adjudicatario de tener que mantener existencias físicas de bienes como el señalado, máxime si en el mercado peruano las marcas fabricantes de este tipo de bienes participan en su mayoría de manera indirecta a través de distribuidores, como ocurre en el presente caso,

debiendo importarlos o adquirirlos de sus fabricantes, como ocurre en el presente caso.

309. Por otro lado, sostiene el Ministerio que no se le ocurre imaginar que le estén ofertando un producto del que luego el proveedor le informe que es obsoleto y que ya no se fabrica después de emitir la orden de compra, en cuyo caso el contrato sería inejecutable por causas imputables al proveedor.
310. Sobre el particular, es de advertirse que el Ministerio estaría atribuyendo al contratista responsabilidad por haber ofertado productos obsoletos que ya no se fabrican, afirmación que debe venir acompañada de las pruebas correspondientes, toda vez que, en materia probatoria, rige el principio de la carga de la prueba, según la cual quien alega un hecho debe probarlo.
311. Así, si el Ministerio alega que el contratista ha sido el causante de que el contrato sea inejecutable, al ofertar bienes, a sabiendas que ya no se fabricaban, tenía la carga de demostrar tal afirmación, en la medida que lo único que obra en autos es la carta del fabricante Lenovo de fecha 16 de setiembre de 2013, por el que se da cuenta de la discontinuación de la fabricación del modelo M71e, siendo esta carta posterior a la remisión de la Orden de Compra N° 000674.
312. De esta manera, y en la medida que no se ha presentado documento alguno que desvirtúe lo señalado en el párrafo precedente, carece de sustento la afirmación del Ministerio.
313. Por todas las consideraciones señaladas, se concluye que el contratista no ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Orden de Compra N° 000674, por lo que la pretensión bajo análisis debe ser declarada fundada en todos sus extremos.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar y ordenar el pago de S/ 500,000.00 y sus respectivos intereses, correspondientes a una indemnización por daños y perjuicios por concepto de lucro cesante, daño emergente y daño a la imagen de la empresa.

314. El punto controvertido bajo análisis tiene como finalidad identificar si se configuran y/o presentan en este caso los elementos o requisitos para atribuir responsabilidad a la Entidad por el supuesto incumplimiento de sus obligaciones y, como consecuencia de ello, si debe ser pasible de la obligación de pagar los respectivos daños y perjuicios a favor del contratista.
315. En particular, el contratista ha demandado la indemnización de daños y perjuicios por los conceptos de daño emergente, lucro cesante y daño a la imagen o daño moral, habiendo a su vez identificado los siguientes daños que se le habrían causado, y cuyo resarcimiento exige:

Nro.	Detalle	Importe S/.
1	Gastos Notariales	2,900.00
2	Gastos de transporte de mercadería	1,600.00
3	Utilidad dejada de percibir	100,000.00
4	Perjuicio y daño de imagen de la Empresa	350,000.00
5	Gastos arbitrales	45,500.00
		500,000.00

316. A continuación, procederemos en primer lugar a invocar los presupuestos y bases normativas y doctrinales de la responsabilidad contractual, aplicables al presente

caso, para luego proceder a analizar cada uno de los reclamos indemnizatorios exigidos por el contratista, detallados en el cuadro precedente, verificando si cumplen con los elementos o requisitos que permitan su reconocimiento.

317. En primer lugar, es importante advertir que la responsabilidad contractual, en materia de contrataciones públicas, se encuentra regulada, de manera general, en el segundo párrafo del artículo 44° de la Ley, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 44°.- Resolución de los contratos

(...)

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

(...)"

318. Por su parte, el primer y segundo párrafo del artículo 170° del Reglamento, señalan lo siguiente:

"Artículo 170°.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

(...)"

319. Como se puede apreciar, de acuerdo con la normativa de contrataciones públicas la resolución del contrato trae como correlato el reconocimiento de la respectiva indemnización de daños y perjuicios a cargo de la parte que incumple de manera injustificada. Fuera de lo señalado, no existen mayores referencias en relación a los conceptos que dan lugar a la indemnización, los elementos o requisitos para su reconocimiento o la manera de cuantificarla, por lo que, vía supletoria, corresponderá invocar los artículos del Código Civil que regulen tales circunstancias.
320. En primer término, el primer párrafo del artículo 1321° del Código Civil recoge la obligación general de indemnizar, bajo el siguiente precepto:

"Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable

Artículo 1321.- *Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

(...)"

321. Por su parte, el segundo párrafo del mismo artículo y el artículo 1322°, recogen los conceptos que dan lugar a indemnización, y que son materia del presente caso, esto es: i) daño emergente, ii) lucro cesante y iii) daño moral o a la imagen, conforme se puede apreciar a continuación:



"Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable"

Artículo 1321.-

(...)

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

(...)"

"Indemnización por daño moral"

Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento."

322. A nivel doctrinario, Taboada sostiene que si bien la responsabilidad civil es una sola, existen dos manifestaciones de responsabilidad, contractual y extracontractual, categorías que tienen en común la idea de antijuridicidad y el imperativo legal de indemnizar²⁴. Asimismo, y a efectos de distinguir ambos tipos de responsabilidad, agrega lo siguiente:

*"(...) La diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás"*²⁵.

323. Atendiendo a que la pretensión bajo análisis se sustenta en el incumplimiento de una obligación generada y/o derivada de un acuerdo contractual, queda claro que nos encontramos en el presente caso bajo un supuesto de responsabilidad civil contractual, la misma que es entendida como aquella obligación de reparar un daño que se origina en el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato.
324. En el mismo sentido se pronuncia Díez-Picazo, quien afirma que la responsabilidad civil contractual se caracteriza por lo siguiente:

*"(...) entre las partes siempre existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios"*²⁶.

325. Ahora bien, y en relación a los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual, y la correspondiente atribución de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados, conforme a Taboada, debe verificarse la concurrencia de los siguientes elementos²⁷:

- i) **Antijuridicidad del hecho**, según la cual, una conducta es considerada antijurídica *"(...) no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el*

²⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. "Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Editorial Grijley, 2003, Segunda Edición, p. 31.

²⁵ *Ibidem*, p. 31.

²⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. "Derecho de Daños". Madrid: Civitas Ediciones, 2009, Primera Edición, p. 268.

²⁷ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Op.cit., p. 32.

*sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico*²⁸.

Agrega Taboada que "(...) en el ámbito contractual, al estar tipificadas y predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación"²⁹.

De este modo, con el fin de determinar la responsabilidad del causante del hecho, deberá atenderse a la calificación de la conducta generadora del daño, ya sea como hecho antijurídico o como hecho que, a pesar de ser dañoso, no es considerado antijurídico.

El elemento antijuridicidad se encuentra regulada en el artículo 1321 ° del Código Civil, visto anteriormente, en los siguientes términos:

"Artículo 1321.-

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve."

- ii) **Daño**, entendido como "(...) *todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de tutela legal*"³⁰.

De acuerdo con León³¹, nuestro Código Civil se habría adscrito –aunque a medias, a decir del mismo- a la clasificación francesa de daños, conforme a la cual, "*están los daños materiales, que afectan a los bienes del individuo, y los daños inmateriales, o morales, que afectan todo lo que no puede considerarse en el campo anterior.*"

Por su parte, Pazos³² sostiene que los daños resarcibles serán aquellos que se generen como consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación, excluyéndose aquellos daños que sean consecuencia mediata.

En cuanto al daño moral, que es una de las materias de análisis en el presente caso, nuestro Código Civil se habría adscrito a una concepción amplia del mismo, "*abarcando todo tipo de daños extrapatrimoniales generados en el ámbito de la inejecución de obligaciones*"³³.

Finalmente, DE TRAZEGNIES, refiere que el daño debe ser probado, al señalar que "*rige respecto del daño el principio enunciado por Paulo que prescribe que el (...) el actor debe probar que el daño se produjo*"³⁴.

- iii) **Nexo o Relación causal**, el cual relaciona dos aspectos: a) la causalidad de hecho o fáctica, relativa a las características del evento lesivo, que permite la

²⁸ Ibidem, p. 32.

²⁹ Idem, p. 33.

³⁰ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Op.cit., p. 34.

³¹ LEON HILARIO, Leysser. Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el derecho civil peruano, en: <http://www.geocities.ws/leysser.rm/Schmerzensgeld.html>, pags. 9 y 20

³² PAZOS HAYASHIDA, Javier. Código Civil Comentado, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2da Ed., 2007, t. VI., pag 681.

³³ PAZOS HAYASHIDA, Javier. Op cit, pag 686.

³⁴ DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual, Fondo Editorial PUCP, 1990, Lima, t. II, pag. 21

reconstrucción del hecho a efectos de la imputación de responsabilidad y, b) la causalidad jurídica, aspecto que hace referencia al daño resarcible y permite determinar las consecuencias dañosas que el responsable debe resarcir³⁵.

Sobre el particular, Taboada afirma que si no existe una relación de causa a efecto entre la conducta y el daño producido al afectado, no habrá responsabilidad³⁶. En consecuencia, se considera que entre la conducta realizada por el causante y el daño debe existir una relación directa; es decir, es necesario que entre el incumplimiento y el perjuicio medie una relación de causalidad, de manera que el daño sea la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o del hecho dañoso.

Por tanto, debe existir una relación jurídica de causa y efecto entre la conducta antijurídica y el daño causado, de manera que éste último debe ser consecuencia de la conducta antijurídica, es decir, del incumplimiento del deudor.

- iv) **Factor de atribución**, conforme al cual, debe apreciarse si la conducta dañosa es imputable al causante del hecho dañoso por culpa, existiendo así responsabilidad. Para ello, y de acuerdo con nuestra legislación, debe determinarse si existió culpa en el agente dañoso, la misma que tiene tres grados o manifestaciones: dolo, culpa grave y culpa leve.

Sobre el particular, los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil, regulan este elemento y sus manifestaciones, configurándose el dolo cuando el causante deliberadamente no ejecuta la obligación³⁷.

Por otro lado, la culpa inexcusable se genera ante la inejecución de la obligación por negligencia grave, conforme lo indica el artículo 1319 del Código Civil y, finalmente, la culpa leve opera ante la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, según lo señala el artículo 1320 del Código Civil.

326. Sobre la base de las premisas precedentes, corresponde determinar, respecto de cada uno de los daños reclamados por el contratista, si se verifican los presupuestos establecidos en la normativa de contrataciones públicas, así como los elementos o requisitos para su procedencia, teniendo en consideración además el concepto reclamado.
327. En cuanto al presupuesto normativo de la Ley de Contrataciones del Estado para atribuir responsabilidad, que exige previamente el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales que deriven en la resolución del contrato, es de advertirse de los actuados que, mediante Carta N° 016-TALEXCA-2013, remitida vía notarial el 11 de noviembre de 2013, Talexca resolvió el contrato, esto es, la Orden de Compra N° 000674, por la falta de cumplimiento de pago del monto contractual.
328. De este modo, se advierte objetivamente que mediante Carta N° 016-TALEXCA-2013, Talexca resolvió el contrato, representado por la Orden de Compra N° 000674, no habiendo sido cuestionado por la Entidad vía reconvención en el presente proceso, ni manifestado ni demostrado que lo haya hecho mediante los mecanismos que la Ley le faculta, a través de otro proceso arbitral y/o conciliatorio, por lo que se trataría presuntamente de un acto consentido, de conformidad con el último párrafo del artículo 170° de Reglamento, salvo prueba en contrario, no obrante en autos.

³⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op., cit., p.131.

³⁶ TABOADA CORDOVA, Lizardo. Op.cit., p. 35.

³⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op., cit.,105

329. En consecuencia, corresponde ahora analizar cada uno de los daños exigidos por el contratista, sobre la base de los elementos señalados en párrafos precedentes.

Gastos notariales por la suma de S/. 2,900

330. En relación al reclamo de la suma de S/. 2,900, por gastos notariales, el mismo se encontraría bajo el concepto de daño emergente, en la medida que se invoca un daño concreto generado.
331. Así, las diligencias notariales identificadas en el presente proceso serían las siguientes:
- Constatación notarial del 02 de octubre de 2013, a cargo de la Notaria Gertrudes Sotero Villar
 - Acta Notarial del 03 de octubre de 2013, a cargo de Notario Rafael Enrique Rivero Castillo
 - Carta N° 011 –Talexca-2013, remitida vía notarial (Carta N° 020794), por el Notario W. Canelo Ramírez, de fecha 18 de octubre de 2013
 - Carta N° 013 –Talexca-2013, remitida vía notarial (Carta N° 020868), por el Notario W. Canelo Ramírez, de fecha 04 de noviembre de 2013
 - Carta N° 016 –Talexca-2013, remitida vía notarial (Carta N° 020892), por el Notario W. Canelo Ramírez, de fecha 08 de noviembre de 2013
332. Sin embargo, de la revisión del escrito de demanda y de su subsanación, así como de los demás escritos presentados por el contratista, no se advierte que haya presentado facturas, boletas de venta, recibos, ni ningún otro tipo de comprobante de pago emitido por Notaría alguna que acredite de manera fehaciente el *quantum* del daño, representado por los gastos notariales en los que habría incurrido el contratista.
333. En ese sentido, y en la medida que corresponde la carga de probar, no sólo el daño, sino también su cuantía, a la persona que los exige, máxime si se trata de este tipo de gastos, se advierte en el presente caso que el contratista no ha cumplido con la carga de probar la manera en que arriba a la suma que reclama por concepto de gastos notariales, no habiendo presentado los respectivos comprobantes de pago que los sustenten.
334. Cabe señalar que el propio contratista demandante comparte la opinión antes vertida, respecto a que los daños y su cuantía deben ser demostradas, al señalar lo siguiente:

"Como lo expresa la doctrina, el daño debe encontrarse debidamente acreditado no sólo al momento de determinar el nexo causal entre el hecho generador del daño y el daño propiamente dicho sino que el recurrente de la indemnización tiene que cumplir con acreditar la cuantía que ampara el monto indemnizatorio."³⁸ (el subrayado es nuestro).

335. Siendo ello así, no corresponde reconocer la suma exigida por este concepto.

³⁸ Segundo párrafo de la quinta página del escrito de Talexca, presentado el 03 de marzo de 2014.

Gastos de transporte de mercadería por la suma de S/. 1,600

336. En relación al daño bajo análisis, el mismo estaría constituido por los gastos de transporte en que habría incurrido el contratista para trasladar los bienes objeto de su prestación hasta los almacenes de la Entidad, invocados en su Carta s/n del 09 de octubre de 2013, reiterado mediante su Carta N° 010-Talexca-2013, a saber:

Día 02 de octubre de 2013:

- Traslado de 40 CPUs al local del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, los cuales no fueron recibidos o aceptados por la Entidad.
- Traslado de 46 CPUs al local del Ejército Peruano, según Guía de Remisión N° 140

Día 03 de octubre de 2013:

- Traslado de 131 CPUs al local de la Fuerza Aérea del Perú, según Guía de Remisión N° 142
- Traslado de 225 CPUs al local de la Marina de Guerra del Perú, los cuales no fueron recibidos o aceptados por la Entidad.

337. En relación a los referidos traslados, la Entidad no los ha desvirtuado, sino que, por el contrario, mediante Carta Notarial del 17 de octubre de 2013, reiterado por Oficio N° 4211/T-11.g.1, el Ejército del Perú reconoció las entregas realizadas a esa institución. Del mismo modo, mediante Oficio N° 2443-2013-MINDEF/VRD/C, del 15 de noviembre de 2013, el Ministerio de Defensa ha reconocido tales entregas.
338. Ahora bien, y al igual que en el caso anterior, de la revisión del escrito de demanda y de su subsanación, así como de los demás escritos presentados por el contratista, no se advierte que éste haya presentado facturas, boletas de venta, recibos, ni ningún otro tipo de comprobante de pago que acredite de manera fehaciente los gastos de transporte en los que habría incurrido, ni mucho menos la manera en la que ha arribado a la cifra que exige.
339. En ese sentido, y en la medida que –como ya se ha señalado, y lo reconoce el propio demandante– corresponde la carga de probar el daño a aquél que lo exige, así como su cuantía, se advierte en el presente caso que el contratista no ha cumplido con la carga de probar la suma que reclama por concepto de gastos de transporte.
340. Siendo ello así, no corresponde reconocer la suma exigida por este concepto.

Utilidad dejada de percibir por la suma de S/. 100,000

341. De acuerdo con Pazos³⁹, el lucro cesante está relacionado a la ganancia dejada de percibir, mientras que para De Trazegnies⁴⁰ *"comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino"*, asimismo, agrega que *"en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca legítimamente"*. Finalmente agrega este último autor que también para este caso *"el daño debe ser cierto: no son reparables las ganancias hipotéticas sino aquellas que se producirán con toda*

³⁹ PAZOS HAYASHIDA, Javier. Op.cit, pag. 681

⁴⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando, op.cit., pag. 37

certidumbre, que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino”.

342. En el presente caso, el contratista sustenta este puntual reclamo señalando que la Entidad le habría ocasionado un perjuicio económico, de manera tal que su actuar habría originado que su empresa deje de percibir ingresos.
343. Agrega asimismo que la indemnización de daños y perjuicios se encuentra amparada en el actuar negligente, irresponsable y nada coherente del Ministerio.
344. Sobre el particular, y tal como se ha señalado anteriormente, de cuyo parecer también es el propio demandante, es requisito indispensable para la procedencia del reconocimiento de daños por lucro cesante, la acreditación del daño ocurrido, esto es, que se trate de un daño cierto, específico, quedando descartados aquéllos de carácter hipotético, como también refiere De Trazegnies.
345. En el presente caso, y conforme es de advertirse de los actuados, el contratista se ha limitado a consignar la cifra de S/. 100,000, como el *quantum* indemnizatorio del concepto lucro cesante, al cual denomina como “utilidad dejada de percibir”; sin embargo, no ha cumplido con presentar documentos, tales como contratos, preacuerdos, compromisos, o cualquier otro que, de manera fehaciente, demuestre categóricamente la ganancia o utilidad que ha dejado o dejará de percibir el contratista como consecuencia de la conducta de la Entidad.
346. En tal sentido, no habiéndose acreditado el daño por lucro cesante reclamado, no corresponde reconocer el mismo, por los fundamentos señalados.

Perjuicio y daño a la imagen de la empresa por la suma de S/. 350,000

347. En relación al presente reclamo, el contratista demandante señala que la conducta del Ministerio habría menoscabado la calidad e imagen de su empresa, para cuyo efecto adjunta la Carta s/n de fecha 25 de noviembre de 2013, por la que esta empresa le advierte de la reevaluación de las líneas de crédito de Talexca debido a las devoluciones de la mercadería (computadoras).
348. En sustento adicional del reclamo precisan que en el caso particular del daño a la imagen el mismo debe entenderse como un daño moral, invocando al Árbitro Único efectuar criterios de valor que permitan determinar el daño a la imagen de la empresa, así como el documento determinante que ha generado que su empresa se vea afectada en su imagen y prestigio.
349. Como se puede apreciar, el reclamo por daño a la imagen invocado por el contratista estaría amparado en el genérico daño moral.
350. Sobre el particular, y al decir de Pazos⁴¹, la doctrina nacional se encontraría dividida en relación a si el daño moral engloba al daño a la persona o si es lo contrario, sin perjuicio de lo cual, ambas coincidirían en el hecho que en cualquier caso se trata de una afectación o daño de carácter extrapatrimonial, en contraposición al patrimonial o tangible que caracteriza al daño emergente y lucro cesante, vistos anteriormente.
351. Esta precisión es relevante en la medida que, por ser extrapatrimonial, este tipo de daños no resulta demostrable ni cuantificable de antemano, en la medida que no tienen carácter cierto; De Trazegnies los refiere como *“aquellos daños que, siendo económicos, son difícilmente valorizables; el demandante no puede probar su monto preciso.”*

⁴¹ PAZOS HAYASHIDA, Javier. Opc cit., pag. 683-684

352. Asimismo, tampoco existiría mayor reticencia a reconocer que esta afectación o daño a la persona comprendería no sólo a las personas naturales, sino también a las personas jurídicas, en la medida que, aun cuando estas últimas constituyen entes abstractos, son, al igual que las personas naturales, sujetos de derechos. Ríos y Silva⁴², grafican mejor lo señalado:

"Una vez instalada en parte de la doctrina civilista la idea de ver en las personas jurídicas sujetos de derecho suficientemente aptos para padecer daño moral, fácil resulto entender que algunas decisiones judiciales empezaran a reconocer su derecho a ser resarcidas por este capítulo. Incluso algunos han pretendido ir un poco más allá, sugiriendo –tal como en su momento ocurrió con las personas naturales– que no solo el delito y cuasidelito civil pueden ser fuente de daño moral para las personas jurídicas, sino que también el incumplimiento por parte de su co–contratante de las obligaciones nacidas de un contrato. Y es que, en ese orden de cosas, y por las mismas razones por las que se ha terminado respondiendo frente a una persona natural por los daños extrapatrimoniales en el ámbito contractual, no se avizoran motivos para excluir a la persona jurídica de esta resarcibilidad."

353. Ahora bien, el daño moral puede presentarse de formas diversas, siendo una de ellas la de la afectación a la imagen, honor, buen nombre o reputación de una persona jurídica, cuyo derecho fundamental ha sido reconocido incluso por nuestro Tribunal Constitucional mediante la Sentencia de Amparo de fecha 26 de mayo de 2010, expediente N° 04072-2009-PA/TC, conforme se puede apreciar en las siguientes citas:

"Titularidad del derecho a la buena reputación por las personas jurídicas de derecho privado

14. (...) aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra la "imagen" que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo.

Derecho a la imagen

15. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema en el Exp. N° 04611-2007-PA/TC, en el que se expresó que el derecho a la imagen involucra la tutela básicamente de "(...) la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido (...)", es decir, es el "(...) ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre; cualidades definitorias, inherentes e irreductibles de toda persona".

⁴² RÍOS ERAZO, Ignacio y RODRIGO SILVA GOÑI. Daño moral a las Personas Jurídicas ¿Qué ha dicho nuestra Jurisprudencia?, Revista de Estudios de la Justicia, N° 18, 2013, ISSN 0718 0783, pag. 113, en http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej18/RIOS_Y_SILVA.pdf

16. *En ese sentido, debe tenerse presente que el honor es un derecho único que engloba también la buena reputación, reconocida constitucionalmente. Así lo ha postulado también el Código Procesal Constitucional, que deja de mencionar la buena reputación. Y si bien tiene una base en la dignidad humana y, por lo tanto, se cuestionaría su reconocimiento a favor de la persona jurídica, el honor se ha entendido como "(...) la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación (...)". Protege a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades comunicativas, al significar un ataque injustificado a su contenido. Forma parte de la imagen humana (quizás por ello el equívoco de incluir en la demanda el cuestionamiento a la imagen).*
17. *A partir de los conceptos vertidos, este Colegiado retoma el tema relativo a la inclusión de la protección del honor a favor de las personas jurídicas. Es cierto que en jurisprudencia tal reconocimiento existe, pero se hace relacionándolo con la buena reputación; incluso es imposible desligar la dignidad humana de la protección del honor. Entonces, ¿cómo así una persona jurídica como la demandante puede tener derecho al honor? El honor, como concepto único, también es aplicable a las personas jurídicas. Si su capacidad para interactuar en la sociedad se ve mellada, debe originarse la defensa del honor."*
354. Como se puede apreciar, si bien hay un reconocimiento doctrinario y jurisprudencial de la protección a la imagen y reputación de una persona jurídica, sin embargo, es importante tomar en consideración criterios objetivos para el reconocimiento de los daños que se pudieran irrogar.
355. En ese sentido, la primera premisa a tener en cuenta es que para adquirir una determinada imagen y reputación en el mercado, cuyo término técnico es conocido como *goodwill*, lo primero que se requiere es tener cierta presencia en el mismo, lo cual se traduce en permanencia y antigüedad que permitan precisamente construir la imagen o reputación corporativa que la persona jurídica busca tutelar⁴³.
356. En el presente caso, y conforme es de advertirse de la información obtenida de la página web de la SUNAT, rubro Consulta RUC⁴⁴, la empresa Talexca S.A.C. registra

⁴³ "El Good Will es un anglicismo que significa o hace referencia al buen nombre de una empresa, producto, servicio, persona, etc.

El buen nombre o prestigio que tiene una empresa o establecimiento frente a terceros, es un activo de gran valor, puesto que ese buen nombre le permite obtener clientes, proveedores, créditos, etc.

El buen nombre, coloca a una empresa en posición ventajosa frente a la competencia, facilitándole su incursión o sostenimiento en el mercado. Permitiéndole también, mejores ventas y en muchos casos, a precios un poco más altos, puesto que el consumidor siempre está dispuesto pagar un poco más por tener un producto de "marca", lo que indudablemente le permite tener una mejor rentabilidad.

(...)

Existen dos tipos de Good Will que son el adquirido y el formado.

El Good Will formado, es el que toda empresa ha forjado con el transcurso de los años, el cual es más difícil de calcular, puesto que no se ha invertido dinero en forma directa para la formación del Good Will, sino que ha sido el producto, ha sido la consecuencia indirecta del trabajo de toda la empresa.

(...)

Muchas empresas sobreviven gracias a su buen nombre, a que su marca es recordada por los consumidores, tanto así que el consumidor llega a comprar un producto casi por inercia."

Tomado de <http://www.gerencie.com/good-will.html>

⁴⁴ <http://ww1.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/jcrS00Alias>

como Fecha de Inicio de Actividades el 01 de Marzo de 2012, es decir, seis (06) meses antes que se convocara a la Licitación Pública N° 002-2012/OSCE-CM; un año y cinco meses antes que se emitiera la Orden de Compra N° 000674, de fecha 18 de agosto de 2013, y un año y nueve meses antes que se suscitara las controversias que derivaron en la resolución contractual de la referida Orden de Compra, por ambas partes.

357. Así, y si bien no existe un tiempo mínimo o máximo de presencia en el mercado para que una empresa obtenga cierto grado de reputación o imagen en el mismo, a criterio del Árbitro Único sí resultaría manifiesto que en el presente caso el tiempo de permanencia del contratista en el mercado, desde que inició actividades, es muy limitado como para haber obtenido o forjado cierta reputación o nombre en el mismo, pues la misma se adquiere con la consolidación de la empresa, mas no en su etapa de crecimiento.
358. Ahora bien, invoca el contratista como prueba de la afectación a su imagen, la Carta de INTCOMEX PERU, de fecha 25 de Noviembre de 2013, por la que esta organización o entidad le indica que, debido a la devolución de la mercadería volverían a evaluar el otorgamiento de líneas de crédito otorgados a Talexca por los perjuicios generados, a la vez de requerirse la autorización de la Gerencia Comercial para que revise y evalúe los riesgos existentes.
359. Como se puede apreciar, las disposiciones adoptadas por la referida organización no han tenido como desenlace la eliminación de las líneas de crédito de Talexca, sino tan sólo su reevaluación, no habiéndose adjuntado pruebas que acrediten si el resultado de dichas evaluaciones fueron negativos, lo que hubiera significado un daño para Talexca.
360. Asimismo, es importante advertir que, en otro extremo de la referida carta, se menciona un incremento de las formalidades para la autorización de los proyectos formulados por Talexca (a cargo de la Gerencia Comercial), mas no su negación.
361. Finalmente, la misma carta hace referencia a la permanencia de operaciones futuras con Intcomex Perú, no a una cesación de las mismas, no habiéndose acreditado tampoco bajo qué *status* o condiciones se vienen desarrollando estas relaciones comerciales actualmente, es decir, de qué manera se han afectado con posterioridad a la emisión de la carta bajo análisis.
362. En suma, a criterio del Árbitro Único, no se ha acreditado de manera fehaciente una real, manifiesta y concreta afectación a la imagen de Talexca, no sólo porque la carta antes analizada no lo evidencie, sino porque la existencia o presencia en el mercado de Talexca resulta, a criterio del Árbitro Único, insuficiente como para haber desarrollado y adquirido una mínima imagen corporativa, que pueda ser objeto de afectación.
363. En tal sentido, tampoco se encuentra debidamente acreditada la afectación a la imagen de la empresa, invocada por Talexca.

Gastos arbitrales por la suma de S/. 45,500

364. Finalmente, en relación al último rubro reclamado, es de advertirse que el mismo está íntimamente vinculado al tema de las costas y costos del proceso arbitral, tema que será analizado y decidido bajo el Quinto Punto Controvertido.
365. Por tales consideraciones, la pretensión de indemnización de daños y perjuicios analizada debe ser declarada infundada en todos sus extremos, por las consideraciones antes señaladas.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar que la empresa TALEXCA S.A.C. abone la suma de S/. 1'000,000.00 nuevos soles por concepto de indemnización más costas y costos arbitrales, teniendo en cuenta que la suma de S/.842,329.83 nuevos soles sería lo equivalente al daño emergente y, la suma de S/. 157.670.17 nuevos soles, lo equivalente al lucro cesante.

366. En virtud al presente punto controvertido se dilucidará si el reclamo de la Entidad, respecto al pago de una indemnización de daños y perjuicios por la suma de S/. 1'000,000, a cargo del contratista, se adecúa o no a lo establecido en la normativa aplicable.
367. Sobre el particular, y como ya fuera mencionado en su oportunidad, uno de los efectos de la resolución del contrato es el reconocimiento de la respectiva indemnización a favor de la parte perjudicada, conforme lo establece de manera general el artículo 44° de la Ley, a saber:

"Artículo 44°.- Resolución de los contratos

(...)

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

(...)"

368. De manera complementaria, y cuando la parte perjudicada sea la Entidad, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 170° del Reglamento, a saber:

"Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados."

369. Como se puede apreciar, la sanción o atribución de indemnización de daños y perjuicios es consecuencia de la resolución del contrato, siendo la parte agravante o incumplidora la que debe asumir dicho pago; en el caso del contratista incumplidor, supone además la ejecución de sus cartas fianzas.
370. Ahora bien, y conforme fuera analizado en detalle y decidido en el primer punto controvertido del presente caso, la resolución del contrato (O/C N° 0000674) dispuesta por la Entidad mediante el Oficio N° 2324-2013-MINDEF/VRD/C, fue declara nula e ineficaz en todos sus extremos.
371. Siendo ello así, no se verifica la premisa exigida por los artículos 44° de la Ley, ni 170° del Reglamento, esto es, que para que se atribuya o imponga indemnización de daños y perjuicios a cargo de la contratista, debe previamente haberse resuelto el contrato por culpa y responsabilidad del mismo, circunstancias que no se presentan en este caso, conforme a lo analizado y decidido.
372. Por tales consideraciones, la pretensión de daños y perjuicios exigido por la Entidad debe ser declarada infundada en todos sus extremos.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar a quién corresponde asumir, y en qué porcentaje, las costas y costos del presente proceso arbitral

373. Corresponde en este punto determinar a quién corresponde asumir y en qué proporción el pago de las costas y costos generados o derivados del presente proceso arbitral.

374. Para ello, debe tenerse en consideración el artículo 59° del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 59.- Gastos del Arbitraje y Laudo

El Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, en caso contrario, previa liquidación de la Secretaría del SNCA-CONSUCODE, decidirá a su entera discreción quien debe asumirlos o en qué proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes.

Los gastos arbitrales comprenden los rubros detallados en el Artículo 66 así como cualquier multa o sanción que el Tribunal Arbitral haya aplicado u ordenado durante el transcurso de las actuaciones arbitrales."

375. De manera complementaria, y en relación a los rubros que integran los gastos arbitrales, el artículo 66° establece lo siguiente:

"Artículo 66. Gastos Arbitrales

Los gastos arbitrales comprenden los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del SNCACONSUCODE.

Los tasas por concepto de presentación de demanda y contestación respectivamente constituyen montos no reembolsables y se imputará a cuenta de los gastos administrativos que se determinen mediante las liquidaciones correspondientes.

Los gastos derivados de medios probatorios de oficio, servicios de filmación de las Audiencias, digitalización, teleconferencia y demás gastos no están incluidos en los gastos administrativos, de manera que deberán ser asumidos directamente por las partes según lo dispuesto por el Tribunal Arbitral."

376. Del primer párrafo del citado artículo 59 se desprende que para la imputación o distribución de los costos del arbitraje debe atenderse, en primer lugar, a lo acordado por las partes en el convenio arbitral; en caso contrario, lo decidirá el Tribunal Arbitral a su entera discreción. Asimismo, del citado artículo 66° se desprende que los gastos arbitrales comprenden únicamente los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del SNCA/CONSUCODE.
377. Así, y conforme fuera visto en su oportunidad, las partes no pactaron un Convenio Arbitral, en la medida que el Contrato estuvo representado por una Orden de Compra, de manera que, por disposición del artículo 216° del Reglamento se incorporó de pleno derecho el convenio modelo establecido en dicho artículo, el cual remite precisamente a las disposiciones del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, vistas anteriormente.
378. Siendo ello así, corresponde al Árbitro Único, a su entera discreción, emitir pronunciamiento sobre quién debe asumir los Gastos Arbitrales y en qué proporción deben dichos gastos distribuirse entre las partes.
379. Sobre el particular, y de acuerdo con el desarrollo del proceso arbitral, es de advertirse que, en relación a las pretensiones demandadas por el contratista, su primera y segunda pretensión fueron declaradas fundadas en todos sus extremos, mientras que la tercera pretensión, referida al reclamo de indemnización de daños y

perjuicios, fue declarada infundada sobre todo por falta de pruebas que acrediten el *quantum* del daño reclamado, aun cuando en su mayoría sí fue acreditado el daño.

380. A su vez, en relación a la única pretensión de la Entidad, canalizada a través de su reconvención, consistente en el reclamo o exigencia de pago de indemnización por daños y perjuicios, la misma fue declarada infundada en todos sus extremos, en la medida que, de conformidad con lo decidido respecto al primer punto controvertido, se declaró nula e ineficaz la resolución del contrato implementada por la Entidad, sustrato o premisa necesaria para la concesión del reclamo indemnizatorio exigido.
381. Siendo ello así, a criterio del Árbitro Único el contratista demandante se constituye de manera sustancial como la parte vencedora del presente proceso arbitral, por lo que considera pertinente que sea la Entidad quien asuma el íntegro de los Gastos Arbitrales generados en el presente proceso arbitral.
382. Ahora bien, mediante Liquidación de Gastos Arbitrales practicada por la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, de fecha 23 de abril de 2014, se establecieron los Gastos Arbitrales de manera separada o independiente, de la siguiente forma:

I. GASTOS ARBITRALES DEL CONTRATISTA:

Cuantía de la Demanda: S/. 500,000.00

Gastos Arbitrales del Contratista (Talexca S.A.C.)	
Honorarios del Árbitro Único	S/. 10,050.00 (monto neto)
Gastos administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE	S/. 5,971.27 (incluido IGV)

II. GASTOS ARBITRALES DE LA ENTIDAD:

Cuantía de la Reconvención: S/. 1'000,000.00

Gastos Arbitrales de la Entidad (Ministerio de Defensa)	
Honorarios del Árbitro Único	s/. 13,800.00 (monto neto)
Gastos administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE	S/. 7,741.27 (incluido IGV)

383. De los actuados se advierte que cada una de las partes asumió el íntegro de los anticipos de gastos arbitrales que le correspondían, por lo que, de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes, corresponde que la Entidad reembolse a Talexca las sumas de: i) S/. 10,050.00, monto neto abonado al Árbitro Único por concepto de Honorarios Arbitrales, más la suma de S/. 1,116.67, correspondiente a los impuestos retenidos y pagados a la SUNAT por el contratista y, ii) S/. 5,971.27, por concepto de gastos administrativos de la Secretaría del SNA-OSCE, que incluyen IGV. El total desembolsado por Talexca por Gastos Arbitrales asciende a la suma de S/. 17,137.94.

384. Finalmente, cabe precisar que la cifra de S/. 45,500.00, reclamada por el contratista como Gastos Arbitrales, canalizada a través de su tercera pretensión, debe ser declarada improcedente en la medida que no se ajusta a lo establecido en los párrafos precedentes, debiendo limitarse el reembolso de gastos arbitrales a la cifra establecida en el numeral precedente.
385. Por tales consideraciones, corresponde ordenar que los Gastos Arbitrales derivados del presente proceso arbitral sean asumidos íntegramente por el Ministerio de Defensa, siendo el monto total a reembolsar a favor de Talexca S.A.C. la suma de S/. 17,137.94.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- INFUNDADA la OPOSICION formulada por el Ministerio, mediante su escrito del 08 de setiembre de 2014, contra la admisión de los medios probatorios presentados por el demandante mediante escritos del 03 de marzo y 20 de agosto de 2014.

SEGUNDO: FUNDADA la primera pretensión de la demanda y, en consecuencia, nulo y/o ineficaz el acto administrativo contenido en el Oficio N° 2324-2013-MINDEF/VRD/C de fecha 05 de noviembre de 2013, recibido el 06 de noviembre de 2013, por el que el Ministerio resuelve el Contrato contenido en la Orden de Compra N° 000674, de fecha 19 de agosto de 2013.

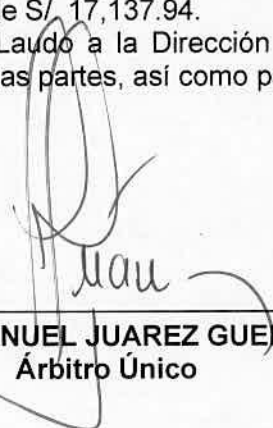
TERCERO.- FUNDADA la segunda pretensión de la demanda, por lo que se declara que el Contratista no ha incurrido en incumplimiento al momento de cumplir con la obligación contenida en la Orden de Compra N° 000674, de fecha 19 de agosto de 2013.

CUARTO.- INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda, por lo que no corresponde el pago de S/. 500,000.00, ni sus intereses, respecto de la indemnización por daños y perjuicios, por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño a la imagen de la empresa, exigidos por el contratista.

QUINTO.- INFUNDADA la única pretensión de la reconvención, por lo que no corresponde que la empresa Talexca S.A.C. abone la suma de S/. 1'000,000.00 por concepto de indemnización, exigidos por la Entidad.

SEXTO.- Declarar que los Gastos Arbitrales del presente proceso arbitral sean asumidos íntegramente por el Ministerio de Defensa, cuya cifra total a reembolsar a favor de Talexca S.A.C. asciende a la suma de S/. 17,137.94.

SETIMO.- REMÍTASE el presente Laudo a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE para su debida notificación a las partes, así como para su correspondiente archivo.



LUIS MANUEL JUAREZ GUERRA
Árbitro Único