

## **LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

Lima, 29 de Enero del 2013

### **DATOS GENERALES:**

#### **DEMANDANTE:**

CONSORCIO ML INGENIERÍA, PROVEEDORES Y SERVICIOS S.R.L- LEDCAL E.I.R.L.

#### **DEMANDADO:**

RED ASISTENCIAL CUSCO DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD.

#### **ARBITRO UNICO:**

LUIS ALFONSO DE LA TORRE ODAR

#### **SECRETARIO ARBITRAL:**

LUIS ALBERTO SANCHEZ CORONADO

#### **IDIOMA DEL ARBITRAJE:**

ESPAÑOL

#### **SEDE DE TRIBUNAL ARBITRAL:**

AV. LARCO 1150 OFICINA 502 MIRAFLORES CIUDAD DE LIMA

#### **TIPO DEL ARBITRAJE:**

AD- HOC

#### **CUESTION SOMETIDA A ARBITRAJE:**



El Consorcio ML Ingeniería, Proveedores y Servicios S.R.L. – Ledcal E.I.R.L deriva de la celebración de contrato de servicios celebrado entre Red Asistencial Cusco del Seguro Social de Salud y el Consorcio ML Ingeniería, Proveedores y Servicios S.R.L. – Ledcal E.I.R.L contrato N° 182- GRACU- ESSALUD-2010 consistente en le contratación de lavandería por el Hospital Nacional “ Adolfo Guevara Velasco”.

**DE LA DEMANDA DE CONSORCIO ML INGENIERÍA, PROVEEDORES Y SERVICIOS S.R.L-  
LEDCA E.I.R.L.**

Con fecha 27 de febrero del 2012 Consorcio M.L. Ingeniería Proveedores y Servicios SRL-Ledcal E.I.R.L. (en adelante El Consorcio, el demandante, el contratista o el actor) interpone demanda con las siguientes pretensiones:

**Primero:**

Declarar improcedente la obligación del cumplimiento del factor de evaluación: personal adicional, puesto que este factor no fue aprobado por el consorcio.

**Segunda:**

Que la Red Asistencial Cusco de Essalud efectué el devolución del importe asumido indebidamente por el Consorcio al asignar dos (02) personas adicionales lo cual asciende a S/. 22, 418.62 nuevos soles.

**Tercera:**

Dejar sin efecto y por consiguiente Nula la aplicación de la penalidad a que se contraen las cartas notariales N° 022-OA-GRACU-2009, carta notarial N° 014-GRACU-ESSALUD-2010 carta notarial N° 033 DA-GRACU-ESSALUD-2010 y carta notarial N° 001-GRACU-ESSALUD-2010 de fechas 04 de Octubre del 2010, 12 de Noviembre del 2010, 27 de Diciembre del 2010 y 06 de Enero de 2011.

**Cuarta:**

Que Essalud cumpla con la devolución de las penalidades aplicadas indebidamente las mismas que ascienden a S/. 11, 714.34 nuevos soles las mismas que se encuentran materializadas a través de las notas de debito N° 491-0001583, 0001607, 0001611 y 0001613.

**Quinta**

Determinar como indemnización por concepto de daños y perjuicios, lo que incluye lucro cesante, daño emergente y daño moral, el cual asciende a S/. 30,000.00 nuevos soles más los intereses y tributos aplicables.

**Sexta:**

Se ordene a Essalud se nos extienda la constancia de culminación de servicios por la prestación del servicio de lavandería para el Hospital nacional " Adolfo Guevara Velasco"

de la Red Asistencial Cusco por el periodo de doce meses la cual no debe señalar que no se ha incurrido ninguna penalidad.

**Sétima:**

Se ordene la devolución de los gastos, costos y costas relativas al proceso arbitral.

**FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA**

Que con fecha 5 de Octubre del 2010 Red Asistencial Cusco del Seguro Social de Salud y el Consorcio suscriben (el contrato N° 182- GRACU-ESSALUD-2010), denominado por las partes "Contratación del Servicio de Lavandería para el Hospital Nacional "Adolfo Guevara Velasco" por el periodo de doce meses.

**PRIMERO: Respecto a la primera pretensión:**

**El demandante señala:**

1.- Que mediante carta notarial N° 022-OA-GRACU-ESSALUD -2009 de fecha 04 de Octubre del 2010, la oficina de Administración de la Red Asistencial Cusco del Seguro Social de Salud, hace llegar observaciones respecto a la falta de medios físicos en su totalidad y los recursos humanos, faltando 04 personas, pues los presentados no cumplen el perfil ofertado por la empresa, en consecuencia ante el incumplimiento del contrato prevé la aplicación de penalidades, el CONSORCIO presenta sus descargos mediante Carta N° 102-2010-ACC de fecha 30 de setiembre del 2010 argumentando que solo corresponde asignar al servicio 13 (trece) personas debidamente acreditadas lo cual constituye el requisito técnico mínimo, que no corresponde asignar a 02 (dos) personas adicionales al servicio de lavandería puesto que este factor de evaluación no fue cumplido por la contratista; que se cumplió con acreditar a 02 (dos) personas adjuntado sus respectivos curriculums vitae con lo cual se regularizó la observaciones hechas inicialmente y que se cumplió con entregar el material e insumo realmente faltante.

Las observaciones formuladas en el Acta de Instalación del Servicio de Lavandería del 27 de Setiembre del año 2010 fueron contestados con la Carta N° 100-2010-ACC-CONSORCIO- ML INGEPROVISER Y LEDCAL EIRL de fecha 30 de setiembre del 2010, además que respecto a las observaciones realizadas por Red Asistencial Cusco del Seguro Social de Salud mediante la Carta N° 101-ACC-CONSORCIO ML INGEPROVISER Y LEDCAL EIRL- 2010 de fecha 05 de Octubre del 2010 el Consorcio presenta los files del personal observado; cumpliendo así con el numero requerido como personal técnico mínimo para la prestación del servicio; mediante Carta N° 110-ACC- CONSORCIO ML INGEPROVISER Y LEDCAL EIRL- 2010 de fecha 19 de octubre de 2010 el Consorcio cumple con entregar los

bastidores y planchas observadas, solicitando además que reconsideren al personal acreditado adjuntado para ello los files del personal cumpliendo con el número de personal requerido como mínimo para la prestación del servicio.

2.- Que, con el fin de aclarar estos hechos controvertidos respecto al "cumplimiento del factor de evaluación personal técnico adicional" y de la aplicación de penalidades se presentó la Carta N° 111-ACC-CONSORCIO ML INGEPROVISER Y LEDCAL EIRL-2010 de fecha 19 de octubre del 2010 de la cual se concluye en lo siguiente:

a) Que, al no haberse acreditado correctamente el factor de evaluación personal (técnico) adicional por parte del Consorcio, la interpretación correcta; que se debe hacer, es que la obligación propuesta no se ha generado o establecido al no haber sido aceptada; por lo que no forma parte o no se ha comprendido dentro del contrato.

b) En el supuesto de que la prestación a cargo del contratista haya sido cumplida de manera defectuosa, Red Asistencial Cusco del Seguro Social de Salud tiene la potestad de establecer un plazo, para que las observaciones sean subsanadas en la oportunidad debida, durante el cual no procede la aplicación de penalidades.

c) Para efectos de cumplir con sus obligaciones se puede cubrir el servicio contratado mediante la asignación de personal distinto al ofertado con características iguales y/ o similares a las de aquel.

3.- Que, mediante Carta Notarial N° 014- GRACU-ESSALUD-2010 de fecha 12 de noviembre de 2010 recepcionada el 19 de noviembre del 2010 la gerencia de Red Asistencial Cusco del Seguro Social de Salud se pronuncia sobre las cartas N° 100, 110 y 111 ACC-CONSORCIO ML INGEPROVISER Y LEDCAL EIRL- 2010 desestimándolas sustentándose en lo siguiente:

1) Que el Consorcio debe cumplir con su ofrecimiento voluntario efectuado mediante su propuesta técnica para asignar 02 (dos) técnico como personal adicional a parte de los 13 (trece) que constituyen el requerimiento mínimo de trabajadores para cubrir la prestación del servicio de lavandería.

2) La penalidad por mora en la prestación del servicio es aplicable porque; durante 14 (catorce) días la atención al público interno ha sido parcial; porque desde el día 27 de setiembre del 2010 no se ha habilitado el turno tarde en el servicio de lavandería, perjudicando el normal funcionamiento del servicio porque se ha estado otorgando la prestación con solo 11 (once) de los 13 (trece) trabajadores

considerados como personal mínimo requerido en las bases de la adjudicación, para el funcionamiento del servicio de lavandería.

- 3) También está pendiente el cumplimiento y por consiguiente es pasible de aplicación de la penalidad por mora en la prestación del servicio, la falta de adjudicación por parte de vuestra empresa de los 02 (dos) técnicos ofrecidos como personal adicional en la propuesta técnica.

Que, por Carta Notarial N° 001-GRACU-ESSALUD-2011 de fecha 06 de enero del 2011 recepcionada el 10 de enero del 2011, Red Asistencial Cusco del Seguro Social de Salud comunica la aplicación de multa prevista en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado por el incumplimiento de la provisión de 02 (dos) técnicos ofrecidos como personal adicional, en aplicación del principio de equidad y proporcionalidad antes de resolver el contrato. Asimismo, en tanto el Consorcio mediante Carta Notarial N° 005-ACC-2011-ML INGEPROVISER SRL Y LEDCAL EIRL de fecha 11 de enero del 2011 expresa su disconformidad con la aplicación de penalidades reiterando su fundamentación de la no obligación de asignar 02 (dos) técnicos como personal adicional para la prestación del servicio de lavandería, y que a pesar de su disconformidad de asignar dicho personal el Consorcio lo haría siempre y cuando no se aplicara penalidad alguna.

Respecto si correspondía al Consorcio estaba en la obligación de asignar a 02 (dos) técnicos como personal adicional al servicio de lavandería, se debe decir que el Consorcio con la finalidad de obtener un mejor puntaje dentro del proceso de selección presento dentro de su propuesta técnica una declaración donde señala que se asignara a 02 (dos) técnicos adicionales bajo la modalidad de contratación a plazo fijo.

Que este hecho antes descrito el Consorcio no lo acredito debidamente y motivó que se le restara dicho puntaje asignado indebidamente lo cual genero una indebida interpretación de las obligaciones reales contenidas en el Contrato. Al haberse revaluado la propuesta técnica del Consorcio y determinar Red Asistencial Cusco del Seguro Social de Salud a través de la Resolución que resuelve el Recurso de apelación que el Consorcio no acredito debidamente el factor de evaluación personal (técnico) adicional, **LA OBLIGACION FACULTATIVA PRESENTADA (PERSONAL TECNICO ADICIONAL) NO SURTE EFECTO YA QUE LA ENTIDAD NO LA ACEPTO Y POR ENDE NO SE GENERO LA OBLIGACION.**

En conclusión refiriéndose a la primera pretensión: Al no haberse acreditado correctamente el factor de evaluación personal (técnico) adicional por parte del Consorcio, la interpretación correcta que se debe hacer es que la obligación propuesta no



se ha generado o establecido, al no haber sido aceptada por la entidad el referido factor de evaluación, por lo que dicho factor de evaluación no forma parte o se haya comprendido dentro de las obligaciones del contrato y por ende resulto y resulta improcedente lo requerido por Essalud.

#### **Segundo: Respecto a la Segunda Pretensión**

Al haberse declarado improcedente la obligación de parte del Consorcio de asignar a 02 (dos) personal (técnico) adicionales a la prestación del servicio de lavandería, corresponde a Red Asistencial Cusco del Seguro Social de Salud que efectúe la devolución de los gastos incurridos en la asignación de los mismo; ya que por la presión y coacción de verse perjudicados el Consorcio se tuvo que asignar este citado personal cuyo desembolso asciende a S/. 22,418.62 nuevos soles, lo cuales corresponden al periodo del contrato principal a los cual se debe agregar los intereses legales que correspondan.

#### **Tercero: Respecto a la Tercera Pretensión**

Según se señala en la primera pretensión la CARTA NOTARIAL N° 022-OA-GRACU-ESSALUD-2009 la cual fue remitida por la Oficina de Administración hace llegar diversas observaciones al servicio prestado, a lo que señala: " ... habiéndose constatado que su representada no ha cumplido con los medios físicos en su totalidad ni los recursos humanos faltando 04 personas pues las presentadas no cumplen el perfil ofertado por su empresa, en consecuencia el incumplimiento a las bases y contrato suscrito amerita la aplicación de las penalidades por cada día de incumplimiento a esta, a partir de la recepción de la presente..."

Que, como se ve, se señala la aplicación de penalidades al Consorcio por incumplimiento al contrato, situación muy distinta a una penalidad por mora en la ejecución de la prestación según lo observado en las bases administrativas numeral 3.6 y en la Cláusula Novena del contrato.

Sobre el particular, se debe indicar que la penalidad por mora, la cual es regulada en el artículo 165 del Reglamento tiene por finalidad disuadir el retraso o demora en la ejecución de las prestaciones y asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por los contratistas (en este caso el servicio de lavado para el Hospital Nacional Adolfo Guevara Velazco) de ello se deduce que no cualquier incumplimiento será sancionado con dicha penalidad; en este caso las bases administrativas como el contrato suscrito solo han establecido la aplicación de penalidades por retraso injustificado en la atención del servicio.

El consorcio argumenta que los criterios señalados por la división de ingeniería hospitalaria y servicios generales y que constituyen causal de penalidad, ESTO ES INCUMPLIR CON LA PROPUESTA HECHA REFERENTE A RECURSOS HUMANOS Y EN ALGUNOS MATERIALES E INSUMOS, NO SE ENCUENTRAN RELACIONADO CON EL INCUMPLIMIENTO OPORTUNO DE LA OBLIGACIONES; en esa medida los supuestos de hechos señalados por la referida división no constituyen causales de aplicación de penalidad. Que por otro lado, respecto de que la prestación haya sido cumplida de manera defectuosa como en el presente caso, la normativa precisa que en el plazo que se observa y se implementa en la observación NO CORRESPONDE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES, EN TAL CASO LA ENTIDAD TIENE LA POTESTAD DE ESTABLECER UN PLAZO PARA QUE LAS OBSERVACIONES SEAN SUBSANADAS EN LA OPORTUNIDAD DEBIDA, DURANTE EL CUAL NO PROCEDE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES.

Tanto en la Carta Notarial N° 014-GRACU-ESSALUD-2010, Carta Notarial N° 033-OA-GRACU-2010 Y Carta Notarial N° 001-GRACU-ESSALUD-2011, reiteran al consorcio las penalidades aplicadas que se fundamentan en:

- a) Incumplimiento de la provisión de 02 (dos) técnicos adicionales aparte de los 13 (trece) que constituyen requerimiento mínimo de trabajadores, y
- b) La penalidad por mora en el prestación del servicio es aplicable porque durante 14 (catorce) días la atención al público interno ha sido parcial porque desde el día 27 de Setiembre del 2010 no se ha habilitado el turno tarde en el Servicio de Lavandería, perjudicando el normal funcionamiento del servicio, porque ha estado otorgando la prestación con solo 11 (once) de los 13 (trece) trabajadores considerados como personal mínimo requerido en las Bases de la Adjudicación para el funcionamiento del Servicio de Lavandería.
- c) La aplicación de multa prevista en el artículo 165 del Reglamento por el incumplimiento de la provisión de 02 ( dos) técnicos ofrecidos como Personal Adicional, aplicándose el mismo en aplicación del Principio de Equidad y Proporcionalidad antes de resolver el contrato.



Conformen se observa los supuestos invocados están referidos al presunto incumplimiento de obligaciones contractuales (asignar personal adicional) o por no haberse implementado el turno tarde en el Servicio de Lavandería o por último la aplicación de la multa es en sustitución para no resolver el contrato, CONSTITUYEN FORMULAS NO CONTEMPLADAS EN LAS BASES ADMINISTRATIVAS NI EN EL CONTRATO.

Es más dichos supuestos fueron establecidos de manera unilateral por dicha Red Asistencial, transgrediendo abiertamente lo preceptuado por la normativa de contrataciones.

Asimismo, y luego de haber cumplido con implementar las observaciones efectuadas al servicio de lavandería y quedado fundamentado la improcedencia de asignar 02 (dos) personal (técnico) adicional al servicio que prestado por el Consorcio a Red Asistencial Cusco del Seguro Social de Salud el cual es confirmado en la Carta Notarial N° 001-GRACU-ESSALUD-2011, nos comunica la aplicación de penalidades, coaccionándonos a tener que asignar el personal adicional o la aplicación de penalidad por cada día de atraso, el mismo que asciende a S/. 11,714.34. Dejando evidenciado que: la aplicación de la penalidad materializada a través de la notas de débito N° 491-0001583, 0001607, 0001611 y 0001613 están fundamentadas en los supuestos de hecho invocados no están contempladas en las bases administrativas ni en el contrato suscrito entre las partes.

Si bien es cierto **HUBO CIERTO INCUMPLIMIENTO** por parte el demandante situación que se fue corregida oportunamente, NO DA LUGAR A QUE LA ENTIDAD EN USO DEL PODER SANCIONADOR, NO RESPETE EL DEBIDO PROCEDIMIENTO, LA LEGALIDAD Y LA TIPICIDAD QUE RIGEN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, máxime cuando tienen habilitada las vías sancionadoras y/o penalizadoras conferidas por las Bases Administrativas y el Contrato que el Ley entre las partes.

En este orden de ideas, la CARTA NOTARIAL N° 022-OA-GRACU-2009, CARTA NOTARIAL N° 014-GRACU-ESSALUD-2010, CARTA NOTARIAL N° 033 DA-GRACU-ESSALUD-2010 Y CARTA NOTARIAL N° 001-GRACU-ESSALUD-2010, devienen en **NULAS**, al haber establecido y aplicado penalidades no arregladas a derecho.

#### **Cuarto: Respecto a la Cuarta Pretensión:**

Que al haberse DECLARADO NULA LA CARTA NOTARIAL N° 022--OA-GRACU-2009, CARTA NOTARIAL N° 014-GRACU-ESSALUD-2010, CARTA NOTARIAL N° 033 DA-GRACU-ESSALUD-2010 Y CARTA NOTARIAL N° 001-GRACU-ESSALUD-2010, solicitan que se disponga la devolución que la penalidad indebidamente aplicada ascendente a S/. 11,714.34 conforme se acredita en las Notas de Debito N° 491-0001583, 0001607, 0001611 y 0001613

#### **Quinto: Respecto a la Quinta Pretensión:**

Que se ordene el pago de la indemnización por concepto de daños y perjuicios, incluyendo daño emergente y daño moral ascendente a S/. 30,000.00 más los intereses y tributos, puesto que la imposición de la penalidad no arreglada a derecho ha causado al Consorcio



un perjuicio económico por su descuento indebido, además de haberse ocasionado al Consorcio un daño moral el desmedro de nuestra imagen como también asimismo, de haberlos afectado al momento de pretender participar en procesos convocados por otras entidades.

**Sexto: Respecto a la Sexta Pretensión:**

Al haberse declarado nulas LA CARTA NOTARIAL N° 022--OA-GRACU-2009, CARTA NOTARIAL N° 014-GRACU-ESSALUD-2010, CARTA NOTARIAL N° 033 DA-GRACU-ESSALUD-2010 Y CARTA NOTARIAL N° 001-GRACU-ESSALUD-2010, y por consiguiente sin efecto la penalidad aplicada ascendente a S/. /. 11,714.34 se ordene a Red Asistencial Cusco del Seguro Social de Salud extienda al Consorcio la Constancia de Culminación del Servicios por la prestación del servicio de lavandería para el Hospital Nacional "Adolfo Guevara Velasco" de la Red Asistencial Cusco", por el periodo de doce meses, en la que se señale que no se ha incurrido en penalidad.

**Séptimo: Respecto a la Séptima Pretensión:**

Que se ordene la devolución de costas y costos del presente proceso arbitral así como también se ordene la devolución de los honorarios profesionales contratados por el Consorcio para asumir la defensa en el presente proceso.

**FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE SUSTENTA SUS PRETENSIONES**

Que el CONSORCIO fundamenta sus pretensiones en los diversos artículos de la Constitución Política del Perú de 1993, la Ley de Procedimiento Administrativo General-Ley 27444, la Ley de contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Legislativo 1017) y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, las Bases Administrativas de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0913800031, Contrato N° 182-GRACU-ESSALUD-2010 y Resolución de Gerencia General N° 888-GG-ESSALUD-2010.

**CONTESTACION DE LA DEMANDA DE RED ASISTENCIAL CUSCO DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD**

Dentro del término de ley, Red Asistencial Cusco del Seguro Social de Salud (en adelante Essalud, la demandada o la contratante) contesto la demanda rechazando los argumentos de hecho y derecho invocados por la parte demandante con los siguientes fundamentos:

**ANTECEDENTES:**

1.- El día 17 de Agosto del 2010 el comité Especial designado con Resolución de la Oficina de Administración N° 137-OA-GRACU-ESSALUD-2010 en cumplimiento de la resolución de

la gerencia general N° 888-GG-ESSALUD-2010 procede a otorgar la buena pro al CONSORCIO ML INGEPROVISER SRL/ LEDCAL EIRL.

2.- Con fecha 05 de Octubre del 2010 se suscribió el Contrato N° 182-GRACU-ESSALUD-2010 con el CONSORCIO ML INGEPROVISER SRL/ LEDCAL EIRL (El Consorcio) para contratación del servicio de Lavandería para el Hospital Nacional Adolfo Guevara de la Red Asistencial Cusco, por el periodo de doce (12) meses a partir del 26 de setiembre del 2010 al 25 de setiembre del 2011.

3.- Con fecha 27 de Setiembre del 2010 se levanto el Acta de Instalación de Servicios de Lavandería mediante la cual se llega a la conclusión de que el Consorcio ha incumplido con la propuesta técnica referente a recursos humanos, materiales e insumos, llegando a la conclusión de que se le debía aplicar las penalidades conforma a las bases y contrato, firmando dicha acta tanto Essalud como el Consorcio en señal de conformidad.

4.- Con Carta N° 102- 2010-ACC-CONSORCIO ML INGEPROVISER SRL/ LEDCAL EIRL, informa que no procede la aplicación de penalidades por cuanto esta cumplido con lo establecido en el contrato y lo ofrecido en si propuesta técnica.

5.- La oficina de administración de la cursa la Carta Notarial N° 022-OA-GRACU-ESSALUD-2009 en fecha 04 de Octubre del 2010, manifestando que el Consorcio no ha cumplido con presentar los medios físicos en su totalidad ni los recursos humanos puesto que faltan cuatro personas debido a que las presentadas no cumplen con el perfil ofertado por la empresa, en consecuencia del incumplimiento de las bases y el contrato, amerita la aplicación de penalidades por cada día de incumplimiento.

6.- El 12 de noviembre del 2010 el Despacho Gerencial emite la Carta Notarial N° 014-GRACU-ESSALUD-2010 señalando que la carta de levantamiento de observaciones ha sido desestimada y reitera la dotación de los dos trabajadores faltantes.

7.- En fecha 15 de diciembre del 2010 la División de Ingeniería Hospitalaria y Servicios mediante Carta N° 1878-DIHS-OA-GRACU-ESSALUD-2010 comunica a la oficina administrativa de la Red Asistencial Essalud Cusco que las deficiencias continúan.

8.- En fecha 27 de diciembre del 2010 la Oficina Administrativa remite la Carta Notarial N° 033-OA-GRACU-ESSALUD-2010 reiterando el cumplimiento del contrato y la oferta de personal adicional.

9.- A través de la Carta Notarial N° 001-GRACU-ESSALUD-2011 en fecha 06 de enero del 2011 la Gerencia de Red Asistencial Señala la Aplicación de penalidades y reitera la

provisión de los dos (02) técnicos ofrecidos como PERSONAL ADICIONAL en su propuesta técnica.

10.- Se ha producido la aplicación de penalidad prevista en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado por el retraso injustificado en el ejecución de las prestaciones objeto del contrato, dicha norma tiene por finalidad disuadir el retraso o demora en el ejecución de las prestaciones y asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por el contratista.

#### **FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO**

1.- Sostiene que el primer punto controvertido es la OBLIGACION DEL CONSORCIO de cumplir con lo ofrecido conforme a su propuesta técnica de asignar 02 (dos) técnico como personal adicional además de los 13 (trece) que constituyen el requerimiento mínimo de trabajadores para cubrir la prestación del servicio de lavandería, esto en conformidad del artículo 49 de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Además el artículo 142 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que la oferta realizada por el consorcio en su expediente técnico al momento de postular es también de obligatorio cumplimiento durante la etapa de ejecución contractual; esto es que en forma independiente de la decisión tomada por ESSALUD mediante la Resolución de Gerencia General N° 888-GG-ESSALUD-2010 de no otorgarle puntaje alguno por su propuesta de personal adicional, la cual fue presentada en etapa de convocatoria de la ADS, porque los trabajadores presentados no contaban con capacitación de Bioseguridad; pero este hecho de no otorgarle puntaje por el rubro personal adicional no significa que se haya desestimado su oferta, por cuanto este ofrecimiento mantiene vigencia actual y no se le puede eximir de su cumplimiento, porque se trata de una manifestación propia de la voluntad del contratista.

2.- Sobre el segundo punto el cual se refiere al pedido de devolución de la remuneración el personal adicional por el monto de S/. 22,418.62 nuevos soles resultan improcedentes por los fundamentos expuestos en el numeral anterior.

3.- En la tercera pretensión Essalud se ratifica en la procedencia de la penalidad por mora en la prestación del servicio porque durante 14 (catorce) días la atención al público interno ha sido parcial desde el día 27 de setiembre del 2010 no se ha habilitado el turno tarde en el servicio de lavandería, perjudicando el normal funcionamiento del servicio porque se ha estado otorgando la presentación con solo 11 (once) de los 13 (trece) trabajadores considerados como personal mínimo requerido en las bases de la adjudicación, para el funcionamiento del servicio de lavandería lo cual es verificable en el registro de asistencia del personal del consorcio.

Recién en fecha 11 de noviembre del 2010 se presentan 02 (dos) trabajadores más los cuales son evaluados por ESSALUD completando recién el cuadro mínimo de personal requerido. Esta falla constituye incumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato y por lo tanto correspondería aplicar la RESOLUCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO de conformidad con la CLAUSULA DECIMA del Contrato N° 182-GRACU-ESSALUD- 2010 el mismo que constituye la aplicación del inciso c. del artículo 40 de LA LEY empero ESSALUD en aplicación del principio de equidad y proporcionalidad antes de resolver el contrato ha optado por la aplicación de una sanción menos grave y drástica la cual consiste en la penalidad por mora en el cumplimiento de la prestación y de esta forma evitar los trámites administrativos de adjudicación al segundo postor que sigue en el Cuadro de Meritos y la probable demora y paralización del Servicio de Lavandería que produciría un daño irreparable en la atención a los pacientes asegurados. Para este efecto se debe tener en cuenta el artículo 165 del Reglamento el cual establece que las entidades aplicaran a los contratistas una penalidad en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, dicha norma tiene por finalidad disuadir el retraso o demora en la ejecución de las prestaciones y asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por el contratista. En este entender en la aplicación de la formula de penalidad diaria se ha considerado 14 (catorce) días como periodo de mora en el cumplimiento de la atención en un turno por falta de personal.

También se aplicó al CONSORCIO penalidad por mora en la prestación del servicio por la falta de provisión de los (02) ofrecidos como personal adicional en su propuesta técnica y siendo que una vez emitida y entregada su propuesta a la Entidad, no tienen la posibilidad de retracto; además que la propuesta no se puede desestimar por el hecho de no haberle otorgado puntaje alguno porque el personal propuesto no había sido capacitado en bioseguridad.

4.- La cuarta pretensión también Essalud considera que resulta improcedente desde que no es posible dejar sin efecto la aplicación de las penalidades aplicadas.

5.- La quinta pretensión para que se pague indemnización por supuestos daños y perjuicios inexistentes, Essalud considera que tampoco es amparable porque el consorcio es la parte que ha incumplido los términos contractuales.

6.- La sexta pretensión para otorgar la constancia de culminación del servicio sin penalidades tampoco es procedente porque las penalidades efectivamente han sido impuestas y no es posible certificar su inexistencia.

7.- La sétima pretensión referida a los costos y costas del proceso arbitral estará a cargo de la parte vencida en el proceso arbitral.

## **AUDIENCIA DE CONCILIACION, FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS**

### **Fundamentos de Derecho**

Con fecha 18 de mayo del año 2012 se citó a las partes para la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, posteriormente el Arbitro Único conforme a lo establecido en el numeral 18 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral declaro saneado el proceso lo cual se dejo constancia en el Acta de esta audiencia.

Además conforme al numeral 38 del Acta de Instalación se exhorto a las partes a llegar a una conciliación dejando constancia que las partes no llegaron a conciliación alguna.

Luego de esto, teniendo en cuenta las pretensiones expuestas en la demanda y contestación de la demanda, el tribunal arbitral procedió a establecer los siguientes puntos controvertidos:

PRIMERO: Declarar improcedente la obligación del cumplimiento del factor de evaluación: personal adicional, por no haber sido aprobado por el demandante.

SEGUNDO: Que la demandada efectuó la devolución del importe asumido indebidamente por la demandante al asignar a dos (02) personales adicionales monto que asciende a S/. 22,418.62 nuevos soles.

TERCERO: Dejar sin efecto el acto jurídico y por consiguiente nula la aplicación de la penalidad a que se contrae en la Carta Notarial N° 022-OA-GRACU-2009 de fecha 04 de octubre del 2010, Carta Notarial N° 014-GRACU-ESSALUD-2010 de fecha 12 de noviembre del 2010, Carta Notarial N° 033-DA-GRACU-ESSALUD 27 de noviembre del 2010 y Carta Notarial N° 001-GRACU-ESSALUD-2010 de fecha 06 de enero del 2011.

CUARTO: Que la Red Asistencial Cusco de ESSALUD cumpla con la devolución de las penalidades aplicadas indebidamente la misma que asciende a S/. 11,714.34 nuevos soles (Once mil setecientos catorce y 34/100 nuevos soles), las mismas que se encuentran materializadas a través de las notas de debito N° 491-0001583, 0001599, 0001611 y 0001613.

QUINTO: Determinar con indemnización por concepto de daños y perjuicios, incluyendo lucro cesante, daño emergente y daño moral, ascendente a S/. 30,000 nuevos soles (Treinta mil y 00/100 nuevos soles) más los intereses y tributos aplicables.



SEXTO: "Se ordene a la Red Asistencial Cusco de Essalud, se nos extienda la constancia de culminación de servicio por la prestación del servicio de lavandería para el Hospital Nacional "Adolfo Guevara Velasco" de la Red Asistencial Cusco por el periodo de doce meses, en el que se señale que no se ha incurrido en penalidad".

SEPTIMO: "Se ordene la devolución de los gastos, costos y costas relativas al proceso arbitral, así como los honorarios de los profesionales contratados en el presente proceso".

#### **ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS**

El Árbitro Único atendiendo a los puntos controvertidos establecidos en el numeral precedente y a los escritos presentados por las partes, procede a admitir los siguientes medios probatorios:

Medios probatorios ofrecidos en la demanda por el Consorcio y por Essalud:

##### **Por parte del Consorcio:**

Se admiten el mérito de los documentos ofrecidos en exhibición en los numerales 4.A al 4.L de la demanda presentada en fecha 27 de febrero del 2012.

##### **Por parte de Essalud:**

Se admiten el mérito de los documentos contenidos en exhibición del 1 al 7 contenidos en la contestación de la demanda presentada en fecha 28 de marzo del 2012.

El Árbitro Único se reserva el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere pertinente para mejor resolver la presente causa.

#### **ALEGATOS ESCRITOS**

Mediante Resolución N° 5 se da por concluida la etapa probatoria y se otorga el correspondiente plazo para que presente sus alegatos.

Ambas partes presentan sus alegatos siendo ESSALUD la que solicita el uso de la palabra por lo que se fijo fecha para la Informes Orales.

#### **AUDIENCIA DE INFORMES ORALES**

Con fecha 5 de Octubre del 2012 se llevo a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia del representante del Consorcio y Essalud. Luego de haber escuchado a ambas partes el Árbitro Único procedió a realizar preguntas las cuales fueron absueltas.

## ANALISIS DEL ÁRBITRO UNICO

### 1.- Determinar si corresponde declarar improcedente la obligación del cumplimiento del factor de evaluación de personal adicional.

De lo actuado en el proceso se infiere inequívocamente que el demandante ofreció (02) dos técnicos como personal adicional, además de los 13 (trece) que constituyen el requerimiento mínimo de trabajadores para la prestación del servicio de lavandería, a la Red Asistencial del Cuzco del Seguro Social de Salud, antes del otorgamiento de la Buena Pro; constituyendo esta una oferta a la contratante y por consiguiente; no puede retrotraerse a una manifestación unilateral de voluntad que por ser una oferta lo obliga pretendiendo después restarle eficacia jurídica a su propuesta que es de obligatorio cumplimiento según lo dispone el Art. 49 de la Ley de Contrataciones del Estado, D.L. 1017 aduciendo una interpretación de que su propuesta no se hallaba comprendida dentro del contrato; para añadir que fue un ofrecimiento voluntario ignorando que la manifestación de voluntad unilateral obliga, más aún si es por escrito, aunque sea esta una liberalidad del contratante, como lo afirma en la demanda: "con la finalidad de obtener la Buena Pro" ( sic págs. 00015, 00016, 00019, 00020 de la demanda).

Si bien en la relación contractual rige el principio de la autonomía de la voluntad a través de la cual las partes son libres de regular sus intereses, lo que ha sido recogido por la legislación nacional; suscrito el contrato, las cláusulas del mismo son obligatorios en cuanto se hallan expresado en ellas, empero además la Ley de Contrataciones del Estado precisa en su Art. 49° que "los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato ..."; el demandante no puede alegar excepción alguna ya que no cuenta con ningún elemento aleatorio, por consiguiente; sí ofertó 15 (quince) trabajadores, contrajo una ineludible obligación en ese sentido.

Si el contrato celebrado entre el demandante y la demandada fuera de naturaleza privada la oferta de una parte tendría que ser aceptada por la otra para que obligue de conformidad con el Art. 1359° del C.C. que señala que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria. "In sensu contrario" (hay contrato cuando existe conformidad de las partes en todas sus estipulaciones).

El D.L. 1017 y su reglamento el D.S.1084-2009-EF que norman las contrataciones del estado, tienen una naturaleza jurídica distinta; no solamente obligan: el contrato, sino además la denominada "obligación legal"; como ya se ha señalado: La oferta y la manifestación de la voluntad del contratista, son fuentes de obligaciones nacidas de la ley (Art. 49° y Art. 142° de las pre-notadas normas legales)

Es claro e inobjetable que la demandante acepta haber incumplido su oferta de proporcionar (02) dos técnicos como personal adicional. Sólo que pretende restarle obligatoriedad a su manifestación de voluntad, en razón de la falta de aceptación expresa de la otra parte por consiguiente; considero que el Consorcio ML- Ingeproviser- Ledcal E.I.R.L. ha incumplido con una obligación que genera una penalidad.

Para sostener su argumentación jurídico la demandante ha convertido su oferta de dos técnicos como personal adicional en una obligación facultativa, que es aquella "que teniendo como objeto una sola prestación da al deudor la facultad de sustituirla por otra obligación expresamente determinada".<sup>1</sup>

O como bien lo señala la doctrina "es aquella que concede al deudor el derecho de liberarse ejecutando una prestación distinta de las que efectivamente debe".<sup>2</sup>

De la lectura del Contrato; así como de la normatividad aplicable no se infiere que la demandante halla contraído una obligación facultativa contrariando además el principio, según la cual los contratos deben cumplirse fielmente conforme a lo pactado; por consiguiente, no están entregados al espontáneo, voluntario y potestativo u opcional cumplimiento de las partes. Es decir de acuerdo al antes mencionado Art. 49° del D.L. 1017, el Art. 142°, D.S. N°1084-2009-EF. del Reglamento de Contrataciones del Estado y la cláusula tercera del Contrato N°182-GRACU-ESSALUD-2010, que concretamente consagran la máxima jurídica del Pacto Sunt Servanda; en el sistema de la Contratación del Estado como; así lo reconoce también la demandante en la pg. (00017)

La afirmación contenida en la pretensión del demandante no enerva el sentido de oferta de su propuesta de asignar (2) dos personas técnicas adicional al servicio de prestación de lavandería de la Red Asistencial Cuzco – Essalud, de conformidad con los precitados Art. 49° del D.L. 1017, Art. 142° del D.S. N° 1084-2009-EF. el no haberle otorgado puntaje al personal adicional ofrecido por la demandante no significa que se halla desestimado o rehusado su oferta que constituye una manifestación de voluntad unilateral que la obliga,

<sup>1</sup> Diccionario de Derecho Usual, autor Guillermo Cabanellas, octava edición, Tm.3, pág. 85, editorial Heliasta Bs. As.

<sup>2</sup> Diccionario de Términos Jurídicos, autor Pedro Flores Polo, Tm. 2, pág.239, editorial Cuzco.

la única persona que podía haberle restado, eficacia y valor obligatorio a su oferta por su propia naturaleza jurídica era la propia oferente y antes de haber sido seleccionada y haber firmado el contrato.

Estando de por medio la seguridad jurídica como un principio fundamental en la contratación restarle valor y certeza a la oferta sería crear la inestabilidad en la ejecución de las obligaciones, dejándola al arbitrio de la voluntad de las partes y restándole eficacia jurídica a la oferta escrita.

Por consiguiente, considero en efecto no amparable la pretensión del demandante en el sentido que señala: "de que la interpretación correcta que se debe hacer es que la obligación propuesta no se ha generado o establecido al no haber sido aceptada por la Entidad el referido factor de evaluación, por lo que dicho factor de evaluación no forma parte o no se halla comprendido dentro de las obligaciones del contrato y por ende resultó y resulta improcedente lo requerido por la Red Asistencial Cuzco – Essalud".

**2.- Determinar si corresponde que la Red Asistencial Cusco de Essalud efectué la devolución del importe asumido indebidamente por el Consorcio al asignar dos (02) personales adicionales.**

Considero que por los fundamentos expuestos en la primera pretensión se infiere que no es amparable la segunda pretensión del demandante.

**3.- Determinar si se deja sin efecto y por consiguiente declarar nula la aplicación de la penalidad.**

Ya que la atención al público fue por 14 días parcial al no haberse habilitado el turno tarde perjudicado además el normal servicio de lavandería al prestarse el servicio tan sólo con (11) once personas y no con (13) trece como lo habían requerido las bases de la adjudicación como se verifica en el registro de asistencia del personal del consorcio, por lo que no es amparable la pretensión de la demandante; de que se de nula la aplicación de la penalidad contenida en las cartas: Carta Notarial N°022-OA-GRACU-2009, Carta Notarial N°014-GRACU-ESSALUD-2010 y Carta Notarial N°001-GRACU-ESSALUD-2010, de fechas 04 de octubre del 2010 y 12 de noviembre del 2010, 27 de diciembre del 2010 y 06 de enero del 2011.

**4.- Determinar si Essalud debe cumplir con la devolución de las penalidades aplicadas indebidamente.**

Por los fundamentos expuestos en las anteriores pretensiones no es amparable la cuarta pretensión de la demandante.

**5.- Determinar como indemnización por concepto de daños y perjuicios, lo que incluye lucro cesante, daño emergente y daño moral.**

En cuanto a la solicitud de pago de indemnización por concepto de daños y perjuicios y el daño moral, al respecto el daño emergente tiene que probarse al igual que el perjuicio económico y el daño moral o daño a la imagen como lo entiende la doctrina (ya que el Código Civil de 1984, en su Art. 1322 no define lo que es el daño moral), y no presumirse como lo hace la demandante, quien además no ha aclarado si su pretensión de pago de indemnización por concepto de daños y perjuicios proviene de inexecución contractual; o extracontractual o de ambos en todo caso concretamente no se ha acompañado prueba alguna del daño emergente el perjuicio económico y el daño moral; por lo que, no es amparable.

**6.- Determinar si se ordena a Essalud extienda la constancia de culminación de servicios por la prestación del servicio de lavandería para el Hospital nacional "Adolfo Guevara Velasco" de la Red Asistencial Cusco por el periodo de doce meses la cual no debe señalar que no se ha incurrido ninguna penalidad.**

Respecto a la sexta pretensión de lo actuado y en lo expuesto en el presente laudo resulta incongruente declarar fundada esta pretensión contraria sensu debe declararse no amparable en congruencia con los fundamentos expuestos en el presente laudo.

**7.- Determinar si se ordena la devolución de los gastos, costos y costas relativas al proceso arbitral, así como los honorarios de los profesionales contratados en el presente proceso.**

Considero que ambas partes han tenido motivos fundados para acudir al proceso arbitral; por lo que, deben asumir los costos y costas en partes iguales.

**PARTE RESOLUTIVA:**

Por los considerandos antes expuestos el Árbitro resuelve:

**Primero.**- Declarar infundada la primera pretensión de la demandante Consorcio ML Ingeniería Proveedores y Servicios S.R.L.- Ledcal E.I.R.L.

**Segundo.**- Declarar infundada la segunda pretensión de la demandante Consorcio ML Ingeniería Proveedores y Servicios S.R.L.- Ledcal E.I.R.L.

**Tercero.**- Declarar infundada la tercera pretensión de la demandante Consorcio ML Ingeniería Proveedores y Servicios S.R.L.- Ledcal E.I.R.L.



**Cuarto.-** Declarar infundada la cuarta pretensión de la demandante Consorcio ML Ingeniería Proveedores y Servicios S.R.L.- Ledcal E.I.R.L.

**Quinto.-** Declarar infundada la quinta pretensión de la demandante Consorcio ML Ingeniería Proveedores y Servicios S.R.L.- Ledcal E.I.R.L.

**Sexto.-** Declarar infundada la sexta pretensión de la demandante Consorcio ML Ingeniería Proveedores y Servicios S.R.L.- Ledcal E.I.R.L.

**Séptimo.-** Se dispone que los costos y costas del proceso arbitral sean pagados en partes iguales por demandante y demandado.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfonso de la Torre Odar', is written over a horizontal line.

LUIS ALFONSO DE LA TORRE ODAR.

ÁRBITRO ÚNICO