

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ERIC ANTONIO SOTELO GAMARRA

ÁRBITRO ÚNICO

Demandante:

CONSORCIO M.L. INGEPROVISER

(En adelante el DEMANDANTE o el CONSORCIO)

Demandado:

SEGURO SOCIAL DE SALUD-RED ASISTENCIAL TACNA

(En adelante el DEMANDADO o la ENTIDAD)

Lima, 15 de septiembre de 2015

VISTOS

Antecedentes relacionados con el presente proceso arbitral, la designación del Árbitro Único, la Audiencia de Instalación y la Determinación de los Puntos Controvertidos

1. Con fecha 8 de agosto de 2013, el CONSORCIO M.L. INGEPROVISER y el SEGURO SOCIAL DE SALUD-RED ASISTENCIAL TACNA suscribieron el Contrato N° 045-OA-GRATA-ESSALUD 2013, para la "Contratación del Servicio de Alimentación y Nutrición para el Hospital III Daniel Alcides Carrión de la Red Asistencial Tacna"(en adelante el Contrato), el cual contiene, en su cláusula vigésima primera, el convenio arbitral.

2. El 13 de octubre de 2014, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), se llevó a cabo la Audiencia de Instalación.

El plazo para emitir el presente laudo

3. Mediante Resolución N° 9, el Árbitro Único fijó en treinta(30) días hábiles el plazo para laudar, el mismo que fue ampliado en treinta (30) días adicionales vía Resolución N° 10.

Demanda del CONSORCIO M.L. INGEPROVISER: Petitorio

4. En la demanda, presentada el 3 de noviembre de 2014, el Demandante pide lo siguiente:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: DEJAR SIN EFECTO NI EFICACIA LEGAL alguna la CARTA N°001-DLG-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2013 de fecha 02 de Diciembre de 2013, la CARTA N°171-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 23 de Octubre de 2013 y la CARTA N°172-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 24 de Octubre de 2013, al no haber cumplido la RED ASISTENCIAL TACNA DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD, con las formalidades y procedimientos estipulados en las normas legales y las Bases Administrativas para aplicar penalidades, así como aplicar penalidades pese al haberse levantado oportunamente las observaciones formuladas.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que la RED ASISTENCIAL TACNA DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD, efectuó la DEVOLUCIÓN a mi representada de la suma de S/. 19,937.36, que indebidamente se ha descontado por penalidades - incumplimiento de contrato-, al no haberse cumplido con las formalidades para su aplicación, no encontrarse establecida este tipo de penalidades, así como aplicar penalidades pese al haberse levantado oportunamente las observaciones formuladas.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que la RED ASISTENCIAL TACNA DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD, pague a mi representada por Indemnización por concepto de daños y perjuicios - daño moral la suma ascendente a S/.5,000.00, más los intereses y tributos aplicables, asimismo asuma el demandado los costos y costas relativas al proceso arbitral y los honorarios de los profesionales contratados.

Demanda del CONSORCIO M.L. INGEPROVISER: Resumen de Fundamentos

5. La demanda se sustenta en los siguientes fundamentos:

Respecto de la Primera Pretensión Principal:

- a. Que, el Consorcio, después de transcurridos varios meses de presentado los comprobantes de pago por la prestación de Servicios de Alimentación y Nutrición correspondientes a los

meses Agosto (10 al 31) y Setiembre de 2013, se dio con la sorpresa que se le habían efectuado descuentos por penalidad, por presuntamente incumplir las especificaciones técnicas derivadas de la prestación del Servicio de Alimentación y Nutrición.

- b. Que, mediante CARTA N°034-GG-KAMEDIXI E.I.R.L-2013 de fecha 09 de Diciembre de 2013, el Consorcio solicita a la Oficina de Administración de la Red Asistencial Tacna, se sirvan hacer llegar copia de la documentación sustentatoria por la aplicación de penalidades.
- c. Que a través de la CARTA N°006-GG-KAMEDIXI E.I.R.L-2014 de fecha 13 de Enero de 2014, el Consorcio señala la falta de documentación sustentatoria en la aplicación de penalidades.
- d. Que, conforme a la documentación remitida por la RED ASISTENCIAL TACNA, se observa que mediante CARTA N°001-DLG-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2013 de fecha 02 de Diciembre de 2013, el Analista de Servicio de la Unidad de Adquisiciones de la Red Asistencial Tacna, informa a la Jefatura de Adquisiciones, la aplicación de Penalidades a la empresa KAMEDIXI E.I..R.L. correspondiente a los periodos Agosto - Setiembre 2013, por presuntos incumplimientos de las especificaciones técnicas. Esta carta se fundamentó en la Carta N°172-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 24 de

Octubre de 2013 y la Carta N°171-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 23 de Octubre de 2013.

Respecto de las penalidades de Agosto de 2013

- e. Que, del análisis de la aplicación de penalidades, contenidos en la CARTA N°172-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 24 de Octubre de 2013, así como del ANEXO N°31 ACTA DE CONFORMIDAD DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN de fecha 18 de Octubre de 2013, se colige que mi representada cumplió con levantar las observaciones realizadas durante el mes de Agosto-2013, por lo que en este extremo al haberse levantado las observaciones formuladas **NO CORRESPONDE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES.**
- f. Que, respecto a los documentos que presuntamente sustentan el incumplimiento de las especificaciones técnicas, es necesario señalar lo siguiente: la CARTA N°145-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013, se refiere en estricto primero: a la conformidad del servicio del mes de Agosto 2013, observada mediante la CARTA N°131-AN- JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 04 de Agosto de 2013, segundo: al ACTA DE LEVANTAMIENTO DE LAS OBSERVACIONES DEL MES DE AGOSTO de fecha 12 de Setiembre de 2013, y tercero: a la observación de la Corrección de Dietas del Expediente Técnico (CARTA N°123-AN- JDADyT-

GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 19 de Agosto de 2013).

- g. Que, en cuanto al primer punto, la CARTA N°131-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013, la misma que se sustenta en el ANEXO N°031 ACTA DE CONFORMIDAD DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN de fecha 31 de Agosto de 2013, CARECE DE UN ELEMENTO DE VALIDEZ, AL FALTAR LA FIRMA DEL RESPONSABLE DEL ÁREA DE INGENIERA HOSPITALARIA EN EL ACTA PARA QUE LA PENALIDAD SE APLIQUE; POR LO QUE SIENDO NULA EL ACTA QUE APLICA LA PENALIDAD, ES INEFICAZ E INVALIDA LA APLICACIÓN DE PENALIDAD QUE SE DERIVA DE LA MISMA.
- h. Que, en cuanto al segundo punto: ACTA DE LEVANTAMIENTO DE LAS OBSERVACIONES DEL MES DE AGOSTO de fecha 12 de Setiembre de 2013, esta se encuentra debidamente firmada por todos los responsables señalados por el procedimiento establecido por las Bases Administrativas, asimismo precisa el levantamiento de las observaciones formuladas en el mes de Agosto; sin embargo existe una observación respecto al Numeral B.1, donde se señala que respecto a las Especificaciones Técnicas No Cumple. Indica además que "Refiere que se estará entregando el 23 del presente mes".
- i. Que, en cuanto a lo señalado anteriormente y entrando a desarrollar también el punto tercero;

Corrección de Dietas del Expediente Técnico los mismos que se sustentan con la CARTA N°123-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 y CARTA N°122-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 del 19 de Agosto del 2013, es necesario aclarar que al parecer existe una confusión respecto al cumplimiento del desarrollo de las dietas solicitadas en las Bases Administrativas según "Capitulo III Términos de Referencias y el supuesto de hecho contemplado en el literal A de las ESCALAS DE PENALIDADES: SERVICIOS DE ALIMENTACIÓN Y NUTRICIÓN HOSPI. III DAC", ya que EL DESARROLLO DE LAS DIETAS SOLICITADAS EN LAS BASES SEGÚN "CAPITULO III TÉRMINOS DE REFERENCIAS" CON EL VISTO BUENO DEL ÁREA USUARIA, NO FUE UN SUPUESTO DE HECHO O CAUSAL CONTEMPLADO EN LAS "OTRAS PENALIDADES", SU CORRECCIÓN Y POSTERIOR IMPLEMENTACIÓN Y ENTREGA AL ÁREA RESPECTIVA (CARTA N°171-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013) NO ESTA SUJETA A PENALIDADES, DEVINIENDO EN ILEGAL CUALQUIER PENALIDAD INVOCANDO ESTA CAUSAL.

- j. Que, en cuanto a las observaciones contenidas en las CARTA N°139-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 07 de Setiembre de 2013, debe indicarse que la aplicación de la penalidad por la causal L contenida en la ESCALA DE PENALIDADES: SERVICIO DE ALIMENTACIÓN Y NUTRICIÓN HOSP. III DAC es

por no cumplir con la cantidad de alimentos y productos alimenticios en crudo (Dosificación) para la elaboración de las raciones alimenticias para pacientes y personal de la Red Asistencial de Tacna, el que se detalla en las Bases aplicará al contratista una penalidad correspondiente al 5% del monto total diario a pagar por el servicio. Siendo ello así y toda vez que la aplicación de "Otras Penalidades" implica obligatoriamente ser razonables y congruentes, y seguir un procedimiento claro y preciso de los mecanismos que accionará la Entidad para determinar la responsabilidad del contratista, el supuesto de hecho o casual para su aplicación, debe comprobarse objetiva y fehacientemente.

- k. Que, en ese sentido, en el ACTA DE SUPERVISIÓN DE DOSIFICACIONES DE ALIMENTOS DE PREPARACIONES SNG DEL CONCESIONARIO DE ALIMENTACION CONSORCIO ML INGEPROVISER EN ESSALUD TACNA de fecha 30 de Agosto de 2013, no se puede colegir ni deducir con precisión, cuales son los alimentos y productos faltantes, ni mucho menos establecer que la supuesta falta supere el 5% (cinco por ciento) del total de insumos a utilizar en el día, toda vez que se solo expresa: *"Se pudo detectar que los alimentos utilizados en la preparación de la SNG, fueron calculados con promedios en general al no tener la respectiva dosificación de alimentos para cada paciente según lo prescrito por el médico de EsSalud, no habiéndose; cumplido con la*

cantidad suficiente de alimentos proteicos como: huevos, leche, ácidos grasos, aceite de sacha inchi, olivo) entre otros insumos.(...)”, POR LO QUE AL NO EXISTIR ELEMENTOS OBJETIVOS Y CONGRUENTES PARA DETERMINAR CON CERTEZA EL INCUMPLIMIENTO DEL SUPUESTO DE HECHO O CAUSAL ESTABLECIDO EN EL LITERAL L), ES DECIR QUE LA SUPUESTA FALTA DE ALIMENTOS SUPERE EL 5% (CINCO POR CIENTO) DEL TOTAL DE INSUMOS A UTILIZAR EN EL DÍA, DEVIENE EN IMPROCEDENTE LA APLICACIÓN DE PENALIDAD.

1. Que, en cuanto a las observaciones contenidas en las CARTA N°147-B--AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 25 de Setiembre de 2013, debe señalarse que la misma versa sobre la corrección del Expediente Técnico conforme se colige en el ACTA DE VERIFICACIÓN POR FALTA DE EXPEDIENTE TECNICO CORREGIDO CONSORCIO ML INGEPROVISER EN ESSALUD TACNA de fecha 25 de Setiembre de 2013, por lo que en principio nótese que la fecha de su emisión no corresponde al período a analizar, por otro lado, y conforme se señaló el desarrollo de las dietas solicitadas en la presente bases según “CAPITULO III TÉRMINOS DE REFERENCIAS”, NO ES UN SUPUESTO DE HECHO O CAUSAL CONTEMPLADO EN LAS “OTRAS PENALIDADES”, MÁXIME SI DICHA ENTREGA SE EFECTUÓ ANTES DEL INICIO DE LA PRESTACIÓN, POR LO QUE SU

CORRECCIÓN Y POSTERIOR IMPLEMENTACIÓN Y ENTREGA AL ÁREA RESPECTIVA (CARTA N°171-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013) NO ESTA SUJETA A PENALIDADES, DEVINIENDO EN ILEGAL CUALQUIER PENALIDAD INVOCANDO ESTA CAUSAL.

m. Que, por otro lado, analizando la CARTA N°125-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 27 de Agosto de 2013, la misma que es referenciada en la CARTA N°131-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013, y que además está basada en la CARTA N°124-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 26 de Agosto de 2013, que hace de conocimiento las observaciones formuladas en el ACTA DE INSTALACIÓN DEL CONCESIONARIO DE ALIMENTOS CONSORCIO ML INGEPROVISER EN ESSALUD TACNA de fecha 14 de Agosto de 2013; siendo que la misma CARECE DE UN ELEMENTO DE VALIDEZ (FALTA DE LA FIRMA DEL RESPONSABLE DEL ÁREA DE INGENIERA HOSPITALARIA), POR LA QUE RESULTA NULA PARA EFECTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD, EN VIRTUD AL ESTABLECIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO SEÑALADO POR LAS BASES PARA SU APLICACIÓN.

n. Que, de igual manera la CARTA N°128-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 03 de Setiembre de 2013, la misma que contiene las ACTAS N°002 DE VERIFICACIÓN DEL

ALMACÉN DE ALIMENTOS DEL CONCESIONARIO DE ALIMENTOS CONSORCIO ML INGEPROVISER EN ESSALUD TACNA de fecha 02 de Setiembre de 2013 y ACTA N°003 DE VERIFICACIÓN DEL HORARIO DE INICIO DE DISTRIBUCIÓN DE RACIONES DEL CONCESIONARIO DE ALIMENTACIÓN CONSORCIO ML INGEPROVISER EN ESSALUD TACNA de fecha 02 de Setiembre de 2013, también CARECEN DE UN ELEMENTO DE VALIDEZ (FALTA FIRMA DEL RESPONSABLE DEL ÁREA DE INGENIERA HOSPITALARIA); POR LO QUE RESULTAN NULAS PARA EFECTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD, EN VIRTUD DE HABERSE ESTABLECIDO EL PROCEDIMIENTO PARA SU APLICACIÓN.

o. Que en este sentido, la aplicación de penalidades en el mes de Agosto 2013 (10 al 31 de Agosto), ascendente a S/. 7,355.18 (SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO CON 18/100 NUEVOS SOLES), resultan no arregladas a derecho, toda vez que en principio mediante el ACTA N°31 ACTA DE CONFORMIDAD DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN de fecha 18 de Octubre de 2013 se COLIGE QUE EL CONSORCIO CUMPLIÓ CON LEVANTAR LAS OBSERVACIONES REALIZADAS DURANTE EL MES DE AGOSTO-2013.

p. Que, por otro lado debe tenerse presente que las Bases Administrativas determinaron que "LAS PENALIDADES A APLICAR DEBEN REALIZARSE

EN ACTAS DEBIDAMENTE SUSCRITAS”; por lo que al no estar debidamente suscritas son nulas, siendo por ello ineficaces e invalidas las penalidades que de ella deriven.

- q. Que, igualmente, el supuesto de hecho invocado o causal de penalidad: “NO CUMPLIR CON PRESENTAR LA CORRECCIÓN DE DIETAS DEL EXPEDIENTE TÉCNICO”, resulta no ser causal de aplicación de penalidad contemplados en la Escala de “Otras penalidades”; toda vez que para que se aplique una penalidad el supuesto de hecho debe concurrir en todos sus elementos, la causal de penalidad debe reunir los requisitos señalados en la misma, como es el caso de “LA FALTA DE ALIMENTOS DEBE SUPERAR EL 5% DEL TOTAL DE INSUMOS A UTILIZAR EN EL DÍA PARA PENALIZARSE”.
- r. Que por otro lado, debe tenerse el hecho que cuando la prestación haya sido cumplida de manera defectuosa, la normativa precisa que en entre el plazo que se observa y se implementa la observación, NO CORRESPONDE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES.
- s. Que, en este orden de ideas, la Unidad de Adquisiciones, ni el Área de Nutrición, pueden establecer sanciones que no han sido contempladas oportunamente en las Bases Administrativas, o que no cumpliendo o reuniendo los requisitos para constituirse en incumplimientos a penalizar, puedan declararse

validas sin tener en cuenta el debido procedimiento.

Respecto de las penalidades de septiembre de 2013

t. Que, el consorcio cumplió con levantar las observaciones realizadas respecto al Expediente Técnico de las Dietas Desarrolladas en el Capítulo III Términos de Referencia, por lo que en este extremo al haberse levantado las observaciones formuladas **NO CORRESPONDE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES.**

u. Que, la CARTA N°162-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 10 de Octubre de 2013, la misma que se sustenta en el ANEXO N°031 ACTA DE CONFORMIDAD DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN de fecha 30 de Setiembre de 2013, conforme se señaló anteriormente CARECE DE UN ELEMENTO DE VALIDEZ (FALTA FIRMA DEL RESPONSABLE DEL ÁREA DE INGENIERA HOSPITALARIA), PARA QUE LA PENALIDAD SE APLIQUE; POR LO SIENDO NULA EL ACTA QUE APLICA LA PENALIDAD, ES INEFICAZ E INVALIDA LA APLICACIÓN DE PENALIDAD QUE SE DERIVA DE LA MISMA.

v. Que, el ACTA N°004 DE VERIFICACIÓN EN ALMACÉN Y COCINA DEL CONSORCIO ML INGEPROVISER EN ESSALUD TACNA-SETIEMBRE de fecha 04 de Setiembre de 2013, contiene penalidades, las mismas que si bien

guardan las formalidades señaladas por las Bases, sin embargo con respecto a la penalidad de la causal D, conforme de colige de la CARTA N°130-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013, está correspondería al periodo del 10 de Agosto al 04 de Setiembre del 2013, siendo improcedente dicha penalidad, por no corresponder la supervisión al mes de Setiembre-2013.

w. Que, por otro lado, debe señalarse que el ACTA N°004 DE VERIFICACIÓN EN ALMACÉN Y COCINA DEL CONSORCIO ML INGEPROVISER EN ESSALUD TACNA-SETIEMBRE, no otorga plazo de subsanación alguno; es más conforme a lo señalado por el propio Servicio de Nutrición del Hospital en la parte final de la CARTA N°130-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013, esta debió ser puesto de conocimiento de la representante legal del consorcio; para las acciones correspondientes; sin embargo esta situación nunca fue informada a mi representada, siendo por tanto NULA E IMPROCEDENTE LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD RESPECTO A LA PRESENTE CAUSAL.

x. Que, asimismo, también se aplicó penalidades derivadas de las causales G, H y L, siendo que respecto a la causal L y conforme ya se ha señalado anteriormente, la aplicación de "Otras Penalidades" implica obligatoriamente al ser estas razonables y congruentes, seguir un procedimiento claro y preciso de los mecanismos

que accionará la Entidad para determinar la responsabilidad del contratista; siendo así, este supuesto de hecho o causal implica que para su aplicación se compruebe objetiva y fehacientemente que la cantidad de alimentos y productos alimenticios en crudo (dosificación) sea menor al 5% del total de insumos a utilizar en el día.

y. Que, respecto las causales G, y H, estas debieron ser puestas en conocimiento de la representante legal del consorcio; para las acciones correspondientes; sin embargo esta situación nunca fue informada al consorcio, siendo por tanto NULA E IMPROCEDENTE LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD RESPECTO A LA PRESENTE CAUSAL.

z. Que, por lo antes expuesto, y conforme se observa en el ACTA N°04, no se puede colegir ni deducir con precisión, cuales son todos los alimentos y productos faltantes, ni mucho menos establecer con meridiana claridad que la supuesta falta supere el 5% (cinco por ciento) del total de insumos a utilizar en el día; POR LO QUE AL NO EXISTIR ELEMENTOS OBJETIVOS Y CONGRUENTES PARA DETERMINAR CON CERTEZA EL INCUMPLIMIENTO DEL SUPUESTO DE HECHO O CAUSAL ESTABLECIDO EN EL LITERAL L), ES DECIR QUE LA SUPUESTA FALTA DE ALIMENTOS SUPERE EL 5% (CINCO POR CIENTO) DEL TOTAL DE INSUMOS A UTILIZAR EN EL DÍA,

DEVIENE EN IMPROCEDENTE LA APLICACIÓN DE PENALIDAD.

aa. Que, por otro lado, respecto ACTA N°005 DE VERIFICACIÓN DEL HORARIO DE INICIO DE DISTRIBUCIÓN DE RACIONES DEL CONCESIONARIO DE ALIMENTACIÓN CONSORCIO ML INGEPROVISER EN ESSALUD TACNA de fecha 04 de Setiembre de 2013, se puede colegir que la misma CARECE DE UN ELEMENTO DE VALIDEZ (FALTA DE FIRMA DEL RESPONSABLE DEL ÁREA DE INGENIERA HOSPITALARIA); POR LO QUE RESULTA NULA PARA EFECTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD, EN VIRTUD AL HABERSE ESTABLECIDO PREVIAMENTE EL PROCEDIMIENTO PARA SU APLICACIÓN.

bb. Que, ahora bien, respecto a la CARTA N°138-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013, de fecha 07 de Setiembre de 2013, la misma que se sustenta en el ACTA N°006 DE VERIFICACIÓN DEL HORARIO DE INICIO DE DISTRIBUCION DE RACIONES DE REFRIGERIOS DEL CONCESIONARIO DE ALIMENTACION CONSORCIO ML INGEPROVISER EN ESSALUD TACNA de fecha 07 de Setiembre de 2013, conforme se puede colegir, la misma CARECE DE UN ELEMENTO DE VALIDEZ (FALTA LA FIRMA DEL RESPONSABLE DEL ÁREA DE INGENIERA HOSPITALARIA); POR LO QUE TAMBIÉN RESULTA NULA PARA EFECTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD, EN VIRTUD AL

HABERSE ESTABLECIDO PREVIAMENTE EL PROCEDIMIENTO PARA SU APLICACIÓN.

cc. Que, en cuanto a las observaciones contenidas en las CARTA N°147-B-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 25 de Setiembre de 2013, la misma que guarda relación con la CARTA N°152-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 30 de Setiembre de 2013, conforme se ha fundamentado anteriormente, el Área de Nutrición de la Red Asistencial de Tacna, pretende que se aplique una penalidad por el hecho de haberse observado el Desarrollo de las Dietas solicitadas en las Bases Administrativas según "Capítulo III Términos de Referencias, y que fuera presentado antes de la suscripción de contrato. Siendo ello así y toda vez que el desarrollo de las dietas solicitadas en las presente bases según "CAPITULO III TÉRMINOS DE REFERENCIAS", NO ES UN SUPUESTO DE HECHO O CAUSAL CONTEMPLADO EN LA ESCALA DE PENALIDADES DE LAS "OTRAS PENALIDADES", POR LO QUE SU OBSERVACIÓN, CORRECCIÓN Y POSTERIOR IMPLEMENTACIÓN Y ENTREGA AL ÁREA RESPECTIVA, (CARTA N°171-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013), NO ESTA SUJETO A PENALIDAD ALGUNA, DEVINIENDO EN ILEGAL CUALQUIER PENALIDAD INVOCANDO ESTA CAUSAL.

dd. Que en este sentido, la aplicación de penalidades en el mes de Setiembre 2013,

ascendente a S/. 10,582.93 (DIEZ MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS CON 93/100 NUEVOS SOLES), resultan no arregladas a derecho, toda vez que las Bases Administrativas determinaron que "LAS PENALIDADES A APLICAR DEBEN REALIZARSE EN ACTAS DEBIDAMENTE SUSCRITAS", por lo que al no estar debidamente suscritas son nulas, siendo por ello ineficaces e invalidas las penalidades que de ella deriven.

ee. Que el supuesto de hecho invocado o causal de penalidad "NO CUMPLIR CON PRESENTAR LA CORRECCIÓN DE DIETAS DEL EXPEDIENTE TÉCNICO", resulta no ser causal de aplicación de penalidad contemplado en la Escala de Penalidades de "Otras penalidades"; para que se aplique una penalidad el supuesto de hecho debe concurrir en todos sus elementos, es decir que la causal de penalidad debe reunir los requisitos señalados en la misma, COMO ES EL CASO DE LA CAUSAL L, ES DECIR COMPROBARSE OBJETIVAMENTE QUE LA FALTA DE ALIMENTOS SUPERE EL 5% DEL TOTAL DE INSUMOS A UTILIZAR EN EL DIA, o "LA CAUSAL D, QUE DEBE IMPONERSE DENTRO DEL PLAZO DE OCURRIDA ESTA".

ff. Que por otro lado, debe tenerse el hecho que cuando la prestación haya sido cumplida de manera defectuosa, la normativa precisa que en entre el plazo que se observa y se implementa la observación, NO CORRESPONDE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES.

gg. Que, en este orden de ideas, la Unidad de Adquisiciones, no puede establecer sanciones que no han sido contempladas oportunamente en las Bases Administrativas, o que no cumpliendo o reuniendo los requisitos para constituirse en incumplimientos a penalizar puedan declararse validas sin tener en cuenta el debido procedimiento.

Respecto de la Segunda Pretensión Principal

hh. Que al haberse SIN EFECTO NI EFICACIA LEGAL alguna LA CARTA N°001-DLG-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2013 de fecha 02 de Diciembre de 2013, LA CARTA N°171-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 23 de Octubre de 2013 y LA CARTA N°172-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 24 de Octubre de 2013, al no haber cumplido la RED ASISTENCIAL TACNA DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD, con las formalidades y procedimientos estipulados en las normas legales y las Bases Administrativas para aplicar penalidades, el consorcio SOLICITA QUE SE DISPONGA LA DEVOLUCIÓN DE LA PENALIDAD INDEBIDAMENTE APLICADA ASCENDENTE A S/.24,145.75 (VEINTICUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO CON 75/100 NUEVOS SOLES).

Respecto de la Tercera Pretensión Principal

ii. Que el Arbitro Único ordene a la RED ASISTENCIAL TACNA DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD, PAGUE A MI REPRESENTADA POR INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO MORAL LA SUMA ASCENDENTE A S/.5,000.00, más los intereses y tributos aplicables, asimismo asuma el demandado los costos y costas relativas al proceso arbitral y los honorarios de los profesionales contratados, toda vez que mi representada se ha visto obligada a incoar el presente proceso arbitral obligado por el abuso de la autoridad de la RED ASISTENCIAL TACNA del SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD, y la evidente contravención del debido procedimiento, la legalidad y la tipicidad que rigen los procedimientos administrativos y procedimientos sancionadores, al aplicarnos penalidades no arregladas a derecho, por lo que debe ordenarse en su oportunidad, se reconozca a favor de mi representada la indemnización respectiva y se devuelvan los costos y costas relativas al proceso arbitral. Igualmente solicitamos se efectúe la devolución de los honorarios de los profesionales contratados por mi representada para asumir la defensa en el presente procedimiento arbitral.

Contestación de la Demanda por parte del SEGURO SOCIAL DE SALUD-ESSALUD: Resumen de Fundamentos

6. El 28 de enero de 2015 el SEGURO SOCIAL DE SALUD-ESSALUD presentó su contestación de la demanda sobre la base de los siguientes fundamentos:

Respecto de la Primera Pretensión Principal

- a. Que, la demandante ha aceptado de forma implícita que ha incurrido en una serie de incumplimientos, por cuanto en ningún momento ha desvirtuado ni negado las afirmaciones contenidas en las Cartas N°s 171-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 23 de octubre de 2013 y 172-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 24 de octubre de 2013.
- b. Que, el contratista omite explicar la razón por la cual el acta que corresponde al servicio brindado durante el mes de agosto de 2013, haya sido suscrita un mes y medio después de tal fecha, el 18 de octubre de 2013.
- c. Que, la diferencia sustancial entre las fechas se originó por la demora en la que incurrió el contratista para levantar las observaciones formuladas, puesto que fue el 18 de octubre de 2013, que tal parte cumplió con entregar la III Evaluación de Dietas Desarrolladas del Cap III de Términos de Referencia en forma correcta.
- d. Que, si bien es cierto que no corresponde la aplicación de penalidades durante el periodo de subsanación; no menos cierto es que tal criterio se aplica únicamente respecto del plazo otorgado

al formular las observaciones, y no respecto de aquellos plazos que se otorgan en la etapa de verificación del levantamiento de observaciones, cuando se advierte que estas no han sido subsanadas completamente.

- e. Que, como hechos que sustentan las afirmaciones de la Entidad se pueden señalar la visita de la fiscalía efectuada el 9 de septiembre de 2013 ante el incumplimiento de las obligaciones por parte de la contratista, diligencia en la que levantó un acta fiscal. El levantamiento parcial de estas observaciones por parte del contratista fue efectuado el 12 de septiembre de 2013, quedando pendiente la entrega de la corrección de la evaluación de dietas desarrolladas del Cap III de Términos de Referencia, observación respecto de la cual, la Sra. María Luisa Ordóñez Soriano manifestó verbalmente que se comprometía a cumplir con la entrega el 23 de septiembre de 2013, compromiso que no fue cumplido.

Respecto de la Segunda Pretensión Principal

- f. Que, debido a que la segunda pretensión es accesoria a la primera, debe ser desestimada.

Respecto de la Tercera Pretensión Principal

- g. Que, la demandante no ha precisado con exactitud en qué medida y proporción correspondería la indemnización al daño

emergente y daño moral que supuestamente le habría ocasionado EsSalud.

- h. Que, no existe una conducta antijurídica de parte de EsSalud, ni un daño que afecte al demandante ni un análisis de los elementos de responsabilidad, por lo que se deberá desestimar el pedido de una indemnización.
- i. Que, si bien el contratista ha solicitado que se le indemnice por los daños y perjuicios que le habrían sido generados como consecuencia de la aplicación de las penalidades, en tanto dicha parte no ha cumplido con acreditar el daño causado se debe desestimar su pedido.
- j. Que, finalmente, en tanto la demanda resulta abiertamente improcedente y/o infundada, es la contratista quien debe pagar las costas y costos que ha generado el presente proceso arbitral.

Los puntos controvertidos en el presente proceso

7. De conformidad con lo estipulado en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, celebrada el 10 de abril de 2015, éstos quedaron establecidos de la siguiente forma:

a. **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si corresponde dejar sin efecto ni eficacia legal la Carta N°001-DLG-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2013 de fecha 2 de diciembre de 2013, la Carta N° 171-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 23 de octubre de 2013 y la Carta N° 172-AN-JDADYT-GRATA-T-

ESSALUD-2013 de fecha 24 de octubre de 2013, por un supuesto incumplimiento de la RED ASISTENCIAL TACNA DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD-EsSALUD de las formalidades y procedimientos establecidos en las normas legales y las Bases Administrativas para la aplicación de penalidades.

b. **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si corresponde ordenar a la RED ASISTENCIAL TACNA DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD-EsSALUD que efectúe la devolución al CONSORCIO M.L. INGEPROVISER de la suma de S/. 19,937.36 (Diecinueve Mil Novecientos Treinta y Siete con 36/100 Nuevos Soles) descontada por las penalidades impuestas.

c. **TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si corresponde ordenar a la RED ASISTENCIAL TACNA DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD-EsSALUD que pague al CONSORCIO M.L. INGEPROVISER de la suma de S/. 5,000.0 (Cinco Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

d. **CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si corresponde que alguna de las partes asuma íntegramente los costos del presente proceso arbitral.

8. En la misma Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos se admitieron los medios probatorios ofrecidos por ambas partes.
9. Tomando en cuenta los antecedentes descritos en el capítulo Vistos del presente laudo, y

CONSIDERANDO

Cuestiones Preliminares

10. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- Que en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- Que la Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- Que la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda y contestó la demanda dentro de los plazos otorgados.
- Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar todas sus alegaciones y exponerlas ante el Árbitro Único.
- Que de conformidad con el numeral 18 del Acta de Instalación del Árbitro Único, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución

distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, en caso se hubiera incurrido en inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley de Contrataciones del Estado o de su Reglamento, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.

- Que, el Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que su criterio tuviere respecto de la controversia materia de análisis.
- Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde dejar sin efecto ni eficacia legal la Carta N°001-DLG-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2013 de fecha 2 de diciembre de 2013, la Carta N° 171-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 23 de octubre de 2013 y la Carta N° 172-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 24 de octubre de 2013, por un supuesto incumplimiento de la RED ASISTENCIAL TACNA DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD-EsSALUD de las formalidades y procedimientos establecidos en las normas legales y las Bases Administrativas para la aplicación de penalidades.

11. Que, el Consorcio solicita que se deje sin efecto ni eficacia legal tres documentos debido a un supuesto incumplimiento de las formalidades y procedimientos establecidos en las Bases y en la normativa legal para la aplicación de penalidades. En este sentido, empezaremos analizando cada uno de dichos documentos.
12. Que, **la Carta N°001-DLG-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2013 de fecha 2 de diciembre de 2013**, suscrita por la Analista de Servicios, Sra. Daneydha M. Lino Grados, y enviada al Jefe de la Unidad de Adquisiciones, Ing. Giancarlo Conde Valdivia, señala lo siguiente:

ASUNTO: APLICACIÓN DE PENALIDAD EMPRESA KAMEDIXI E.I.R.L.-AGOSTO 2013-SEPTIEMBRE 2013
REFERENCIA: a) CARTA N° 172-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013; c) CARTA N° 172-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013

(...)

Previos cordiales saludos, me dirijo a usted para comunicarle la imposición de la penalidad respectiva a la empresa KAMEDIXI E.I.R.L. por el incumplimiento de las especificaciones técnicas descritas en los documentos de la ref. a y b.

➤ Al haberse realizado el cálculo de la penalidad de acuerdo a los documentos remitidos por el área usuaria (doc. de la ref.) se estaría excediendo el monto permitido para la aplicación de la penalidad (cuadros adjuntos) de acuerdo al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en su Artículo 166°.- Otras penalidades. (...)

➤ Cabe mencionar que el cálculo que se ha realizado correspondiente al mes de agosto del 2013 según lo remitido por el área usuaria del Servicio de Alimentación es por el monto de S/. 24,827.90 y el cálculo realizado para el mes de septiembre de 2013 es por el monto de S/. 29,224.78

➤ De acuerdo a lo anteriormente expuesto se está ha procedido a realizar el cálculo correspondiente por el monto del 10 % siendo el total a aplicar de penalidad correspondiente del 10.08.2013 al 31.08.2013 por el monto de S/. 7,355.18 y septiembre 2013 por el monto de S/. 10,582.93

13. Que, del análisis de dicho documento podemos colegir lo siguiente:

- a. Se trata de un documento interno entre dos funcionarios de la Entidad.
 - b. Se refiere a la aplicación de una penalidad a la empresa KAMEDIXI EIRL, que si bien forma parte del CONSORCIO M.L. INGEPROVISER, no es con quien la Entidad suscribió el contrato.
 - c. El documento se refiere a la aplicación de una penalidad por el incumplimiento de las especificaciones técnicas descritas en la CARTA N° 172-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013, la cual analizamos más adelante.
 - d. Las penalidades interpuestas se han ajustado para que no excedan el 10 % del monto facturado, quedando establecidas en S/. 7,355.18 para agosto de 2013 y S/. 10,582.93 para septiembre de 2013.
14. Que,asimismo, el documento indicado en la referencia de la Carta N°001-DLG-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2013 de fecha 2 de diciembre de 2013, es decir, **la CARTA N° 172-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013**, de fecha 24 de octubre de 2013,suscrita por la nutricionista, Lic. Gladys Nolasco Majencio y dirigida al Jefe de la Oficina Administrativa, Ing. Eco. Fructuoso Velarde Valdivia, nos dice lo siguiente:

ASUNTO: CONFORMIDAD DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN DE CONSORCIO ML INGEPROVISER DEL 10 AL 31 DE AGOSTO DE 2013.

REF.: a) CARTA N° 145-AN-JDADyT-GRATA-EsSalud 2013; b) CARTA N° 171-AN-JDADyT-GRATA-EsSalud 2013; c) ANEXO N° 31 ACTA DE CONFORMIDAD DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN

(...)

Por medio de la presente informo a usted que el día 18 de octubre del presente se realizó la supervisión al Consorcio ML Ingeproviser, encontrándose presente el representante del concesionario Lic. Dady Geraldine Valencia Núñez y por EsSalud Lic. Gladys Nolasco Mejencio Coordinadora

del Área de Nutrición, Ing. Freddy Gil Yiuфра del Área de Ingeniería Hospitalaria y Servicios; con la finalidad de levantar las observaciones en relación al Expediente Técnico de Dietas corregidas, correspondiente al mes de Agosto del presente año, se utilizó como parámetro de Evaluación el Acta de Conformidad del Servicio de Alimentación del Anexo 31, de las Especificaciones Técnicas del Concurso Público N° 1321P00051, Carta referencia (c).

Se informa en relación al documento de referencia (a): que el día 18 de octubre del presente se levantó la observación en relación al Expediente Técnico del Desarrollo de las Dietas Corregidas, según el Capítulo III de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del Servicio de Alimentación y Nutrición del Hospital III DAC, de acuerdo a la carta de referencia (b).

Por lo expuesto anteriormente SE DA CONFORMIDAD al Servicio del consorcio ML Ingeproviser correspondiente al mes de agosto del presente. Informando que en el respectivo mes, la empresa ha incumplido con lo estipulado en las Bases:

A).- Pág. 55, Ítem: L, correspondiente del 10 al 25 de agosto del presente (CARTA N° 139.AN-JDADyT-GRATA-T-EsSalud 2013) y

B).- Pág. 53, Ítem: A, correspondiente del 10 al 31 de agosto del presente (CARTA N° 147-AN-JDADyT-GRATA-T-EsSalud 2013), se hace conocimiento para la toma de medidas del caso.

15. Que, del documento citado se desprenden las siguientes conclusiones:

- a. Se trata de un documento interno entre dos funcionarios de la Entidad.
- b. Se refiere al otorgamiento de la conformidad del servicio, debido a que el Consorcio cumplió con levantar las observaciones efectuadas en relación al Expediente Técnico del Desarrollo de las Dietas Corregidas.
- c. Asimismo, se informa que el Consorcio ha incumplido lo señalado en las Bases, referidos al Ítem A y al Ítem L de la escala de penalidades.

16. Que, finalmente, **la Carta N° 171-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013** de fecha 23 de octubre de 2013, suscrita por la nutricionista, Lic. Gladys Nolasco Majencio, y enviada al Ing. Eco. Fructuoso Velarde Valdivia, Jefe de la Oficina Administrativa, señala lo siguiente:

ASUNTO: LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIÓN: III EVALUACIÓN DE DIETAS DESARROLLADAS DEL CAPÍTULO III TÉRMINOS DE REFERENCIA DE LAS BASES INTEGRADAS (...)

REF.: a) CARTA N° 152 AN-JDADyT-GRATA-T-EsSALUD 2013; b) CARTA N° 016-KAMEDIXI EIRL-2013-LIMA; c) Carta N° 247-AO-GRATA-ESSALUD-2013

Mediante la presente me dirijo a usted para saludarle y a su vez hacer de su conocimiento en relación al documento de la referencia (c) que habiendo recibido el día 17 de octubre del presente a horas 15:00 p.m. el III Expediente Técnico de las Dietas Desarrolladas del Capítulo III Términos de Referencia de las Bases Integradas (...), para la respectiva Evaluación ejecutada el día 18 del presente por tercera vez, según documento de referencia (b), como respuesta a la carta (a).

Como resultado de la evaluación tenemos que las Dietas Evaluadas si cumplen (SC) según lo solicitado en las Bases, ciñéndose a lo estipulado de los respectivos Regímenes Dietéticos.

17. Que, según se desprende de este documento:
- a. Se trata de un documento interno entre dos funcionarios de la Entidad.
 - b. Se refiere al hecho de que las dietas evaluadas si cumplen con lo establecido en las Bases.
18. Que, habiendo delimitado el contenido de los tres documentos, pasaremos a analizar si cumplen con los requisitos formales para la aplicación de las penalidades.
19. Que, las Bases, a partir de su página 53 regulan lo referido a la aplicación de otras penalidades distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación. Según hemos visto al analizar los

tres documentos, en el presente caso estamos ante la imposición de penalidades por las causales establecidas en los literales A y L, los que se detallan a continuación:

A) En caso de que el Contratista incurra en el retraso de cada mes de la presentación de Menús y/o Formatos de Dosificación suscritos por su Nutricionista, que afecte la supervisión y control de servicio, la institución le aplicará una penalidad por cada día de retraso, equivalente al 1 % del monto total a facturar por concepto de raciones alimenticias del mes. La penalidad diaria se aplicará automáticamente.

La penalidad total a aplicar al contratista, en el presente caso, se calculará multiplicando la penalidad diaria por el número de días de retraso en la presentación de la relación de menús y/o los formatos de menús respectivos, y será deducida del pago del mes a la que corresponde la relación de menús y el formato de menús respectivo.

(...)

L) Por no cumplir con la cantidad de alimentos y productos alimenticios en crudo (Dosificación) para la elaboración de las raciones alimenticias para pacientes y personal de la Red Asistencial de Tacna, el que se detalla en las Bases aplicará el contratista una penalidad correspondiente al 5 % del monto total diario a pagar por el servicio. La penalidad se aplicará automáticamente, por cada día que el Contratista incurra en el presente caso.

Esta penalidad se aplicará de la siguiente manera:

Cuando el faltante sea menor al 5 % del total del insumo a utilizar en el día, se hará constar en actas y se obligará que en el día se adicione al menú.

En el caso de que sea reincidente en más de dos veces en faltantes menores al 5 % o cuando el faltante sea mayor al 5 % de total del insumo, se aplicará la penalidad indicada en la fórmula y será deducida del pago del mes a la que corresponde.

20. Que, al final de la regulación de las otras penalidades, las Bases establecen un requisito de procedencia para su imposición, a decir:

Las penalidades descritas anteriormente se aplicarán cuando consten en ACTAS debidamente suscritas por 02 profesionales nutricionistas de turno (a más) del Área Usuaría y un representante del Área de Ingeniería Hospitalaria y opcionalmente otro personal que asigne la Administración de nuestra Institución; así como el representante de la Empresa; documento en el cual se deberá precisar el tipo de incumplimiento correspondiente.

21. Que, además, se deberá tener en cuenta lo establecido en el artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 166°.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objetivo de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10 %) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

22. Que, en este orden de ideas, formalmente, para que las penalidades distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación sean procedentes se deben cumplir los siguientes requisitos:

- a. Deberán constar en Actas.
- b. Dichas Actas deberán estar suscritas por cuando menos dos profesionales nutricionistas de turno del Área Usuaria y un representante del Área de Ingeniería Hospitalaria.
- c. Dichas Actas también deberán estar suscritas por el representante del consorcio.
- d. Las Actas deberán precisar el tipo de incumplimiento correspondiente.
- e. Las penalidades deberán ser objetivas, razonables y congruentes con el objetivo de la convocatoria.

23. Que, así las cosas, establecidos los requisitos de forma debemos analizar los tres documentos cuya ineficacia se ha solicitado, a efectos de encontrar en ellos las correspondientes referencias a las Actas que aplican penalidades, y determinar si éstas cumplen con los requisitos formales.

24. Que, **en la CARTA N° 001-DLG-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2013** no se encuentra ninguna referencia a acta alguna.
25. Que, por su parte, **en la CARTA N° 172-AN-JDADyT-GRATA-T-ESSALUD-2013** se encuentra una referencia a un Acta de Conformidad del Servicio de Alimentación del Anexo 31 de fecha 18 de octubre de 2013.
26. Que, una vez identificada dicha Acta, se aprecia que se refiere al levantamiento de observaciones correspondientes a agosto de 2013. Asimismo, se observa que en ella no se encuentra observación alguna o ítem que figure como "NO SE CUMPLE". Además se puede ver que en esta Acta no se está imponiendo ninguna penalidad.
27. Que, **en la Carta N° 171-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013** de fecha 23 de octubre de 2013, no se encuentra referencia alguna a ninguna Acta.
28. Que, así las cosas, del análisis de los tres documentos cuya ineficacia se ha planteado en el presente arbitraje, solamente se encuentra referencia a un acta, pero en ella no se establece penalidad alguna.
29. Que, por otro lado, del examen de los medios probatorios ofrecidos por ambas partes, se desprende la existencia de diversas actas, además de la referida acta de fecha 18 de octubre de 2013, razón por la cual, de encontrarse que alguna de estas actas impone alguna penalidad, deberá verificarse en primer lugar que esté relacionada con las penalidades establecidas en los documentos cuya ineficacia se ha pedido y que se cumpla con los requisitos formales señalados de manera precedente. Dichas actas son las siguientes:

- a. Acta conformidad del servicio de alimentación de fecha 30 de septiembre de 2013, en donde se señalan algunos incumplimientos por parte del consorcio, pero no se indica la interposición de penalidad alguna.
- b. Acta de fecha 25 de septiembre de 2013, en donde se señala que el consorcio no está dando cumplimiento a lo estipulado en las bases en relación al contenido del expediente técnico, página 53, ítem A de las Bases. Esta Acta está firmada por los nutricionistas, representante de Ingeniería Hospitalaria y representante del consorcio.
- c. Acta de levantamiento de observaciones de fecha 12 de septiembre de 2013, en donde si bien se señala que el consorcio no cumple con las "Especificaciones Técnicas" y que las entregará el 23 de septiembre de 2013, no se dice nada de la aplicación de penalidad alguna.
- d. Acta N° 006 de fecha 7 de septiembre de 2013, en donde se indican diversos incumplimientos pero no penalidades.
- e. Acta N° 005 de fecha 4 de septiembre de 2013, se señalan incumplimientos pero no penalidades.
- f. Acta N° 004 de fecha 4 de septiembre de 2013, en donde se establecen diversos incumplimientos del consorcio y se indican diversas penalidades: referidas a la pág. 53 ítem

D, pág. 54 ítem G, pág. 54 ítem h y pág. 55 ítem L. Cuenta con todas las firmas requeridas.

- g. Acta N° 003 de fecha 2 de septiembre de 2013, se indica que el consorcio está demorando en algunas ocasiones el horario de inicio de la distribución de refrigerios. No señala nada sobre aplicación de penalidad alguna.
- h. Acta N° 002 de fecha 2 de septiembre de 2013, en donde se establece que el consorcio desde el 10 de agosto de 2013 hasta el 2 de septiembre de 2013 ha realizado la adquisición de insumos en forma interdiaria y no han realizado la respectiva dosificación; además se encontró el almacén desabastecido, que faltaban proteínas para el almuerzo programado de los pacientes y personal. Se señala que el consorcio no está dando cumplimiento a lo que dice las bases en su pág. 37, ítem 3.7. También se indica que se ha causado desabastecimiento en más de 5 % de provisión del día. Concluye en que se debe aplicar la penalidad establecida en la página 55, ítem L. Falta la firma del representante de Ingeniería Hospitalaria.
- i. Acta de conformidad del Servicio de Alimentación de fecha 31 de agosto de 2013, en donde se establecen diversos incumplimientos del consorcio. Dicha Acta está suscrita por la Lic. Gladys Nolasco, nutricionista; la Lic. Rosa Callao, nutricionista del Hospital III Daniel A. Carrión; y por un representante del consorcio. A pesar de que expresamente en dicha Acta no se

refiere a la aplicación de alguna penalidad, al señalar incumplimientos se analizará como si así fuera; en este orden de ideas, para su validez le faltaría la firma de un representante del Área de Ingeniería Hospitalaria.

j. Acta de fecha 30 de agosto de 2013, en donde se señala que el consorcio desde el 10 de agosto al 25 de agosto no se encontró la Dosificación de Insumos de Alimentos en el Formato de Pedido de Dietas Licuadas administradas por sonda nasogástrica (SNG), también se indica que se pudo detectar que los alimentos utilizados en la preparación de las SNG fueron calculados con promedios en general al no tener la respectiva dosificación de alimentos para cada paciente según lo prescrito por el médico de EsSalud; finalmente se dice que el consorcio no está dando cumplimiento a los estipulado en las Bases en su pág. 32, ítem 1.6 y pág. 55 ítem L. Esta Acta está suscrita por dos nutricionistas de la Entidad, un representante de Ingeniería Hospitalaria y Servicios de la Entidad y por un representante del Consorcio, por lo que cumple con el requisito formal de las firmas suficientes.

k. Acta de fecha 14 de agosto de 2013, en la cual se señalan diversos incumplimientos respecto del personal, menaje básico y material de bioseguridad. Falta la firma del representante de Ingeniería Hospitalaria.

30. Que, habiendo efectuado un análisis preliminar de las Actas, tenemos que las Actas que señalan penalidades son las siguientes:

- a. Acta de fecha 30 de agosto de 2013.
 - b. Acta de conformidad del Servicio de Alimentación de fecha 31 de agosto de 2013.
 - c. Acta N° 002 de fecha 2 de septiembre de 2013.
 - d. Acta N° 004 de fecha 4 de septiembre de 2013.
 - e. Acta de fecha 25 de septiembre de 2013.
31. Que, ahora bien, de éstas actas que establecen penalidades, no son válidas, por no contar con las firmas requeridas, las siguientes: Acta de conformidad del Servicio de Alimentación de fecha 31 de agosto de 2013 y el Acta N° 002 de fecha 2 de septiembre de 2013.
32. Que, en esta línea de pensamiento, debemos analizar si de las Actas válidas se relacionan con las penalidades a las que se refieren los tres documentos cuya ineficacia se está solicitando.
33. Que, el Acta de fecha 30 de agosto de 2013 se refiere a la penalidad establecida en la página 55, ítem L de las Bases; el Acta N° 004 de fecha 4 de septiembre se refiere a las penalidades establecidas en la pág. 53 ítem D, pág. 54 ítem G, pág. 54 ítem H y pág. 55 ítem L; mientras que el Acta de fecha 25 de septiembre de 2013 señala la penalidad de la página 53, ítem A de las Bases.
34. Que, por su parte, los tres documentos se refieren a la aplicación de las penalidades mencionadas como Ítem A e Ítem L de la escala de penalidades, para el mes de agosto de 2013. Además se concluye una penalidad por el mes de septiembre pero no se señala cual es la causal. Cabe señalar que el árbitro único solamente puede pronunciarse respecto de las penalidades referidas a los tres documentos cuya ineficacia se solicita, vale decir, la CARTA N°001-DLG-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2013 de fecha 02 de Diciembre de 2013, la CARTA N°171-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 23 de Octubre de 2013 y la CARTA N°172-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 24 de Octubre de 2013. Si

existen otras penalidades en otros documentos distintos de los referidos, no son competencia del presente arbitraje.

35. Que, en este orden de ideas, no se aprecia una relación clara entre las Actas que imponen penalidades y los tres documentos que se vienen cuestionando en el presente arbitraje.
36. Que, asimismo, no se evidencia en ninguna de las Actas que imponen penalidades el mecanismo que defina su aplicación, en el sentido de que no se señala con claridad cómo es que se está computando la penalidad, vale decir el número de días del incumplimiento, el valor de la penalidad diaria y su resultado.
37. Que, se debe tener en cuenta que las penalidades (más aun las que son distintas a la penalidad por mora) deben ser impuestas siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes, siguiendo un procedimiento claro y preciso, lo cual en el presente caso no se evidencia, pues si bien existen Actas en donde se decide la aplicación de penalidades, luego no existe un desarrollo claro de cómo es que éstas se aplican, más aún que en los documentos distintos de las Actas que establecen las penalidades, ni siquiera se hace referencia al contenido de dichas Actas, siendo muy difícil seguir el camino que va desde de la decisión de imponer una penalidad hasta su cálculo e implementación, lo cual vulnera lo establecido en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
38. Que, por otro lado, cabe señalar que la escala de penalidades a la que se hace referencia se encuentra en el Capítulo V de las Bases "PROFORMA DEL CONTRATO", pero no se encuentra en el Contrato suscrito, lo cual es irregular.
39. Que, así las cosas y dado que lo que se ha solicitado es la ineficacia de tres documentos específicos, en lo que se refiere a su contenido decisorio de interponer una serie de penalidades, el

árbitro único tiene la certeza de que las penalidades, indicadas en dichos documentos, son nulas por contravenir la normativa de contratación pública.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde ordenar a la RED ASISTENCIAL TACNA DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD-EsSALUD que efectúe la devolución al CONSORCIO M.L. INGEPROVISER de la suma de S/. 19,937.36 (Diecinueve Mil Novecientos Treinta y Siete con 36/100 Nuevos Soles) descontada por las penalidades impuestas.

40. Que, de acuerdo con lo resuelto en el punto controvertido anterior, las penalidades a que se refieren la CARTA N°001-DLG-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2013 de fecha 02 de Diciembre de 2013, la CARTA N°171-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 23 de Octubre de 2013 y la CARTA N°172-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 24 de Octubre de 2013 no generan efectos, razón por la cual, toda retención que se haya realizado por parte de la Entidad, deberá ser reintegrada al Consorcio.
41. Que, según se desprende del análisis de la CARTA N°001-DLG-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2013 de fecha 02 de Diciembre de 2013 (el único de los tres documentos que habla de cantidades líquidas descontadas), las penalidades aplicadas fueron: S/. 7,355.18 para agosto de 2013 y S/. 10,582.93 para septiembre de 2013.
42. Que, en este orden de ideas, el monto a reintegrar es la suma de ambas cantidades, es decir: S/. 17,938.11 (Diecisiete Mil Novecientos Treinta y Ocho con 11/100 Nuevos Soles).

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde ordenar a la RED ASISTENCIAL TACNA DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD-EsSALUD que pague al CONSORCIO M.L. INGEPROVISER de la suma de S/. 5,000.0 (Cinco Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

43. Que, en el ámbito de la responsabilidad civil se pueden distinguir dos tipos: la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual, las cuales se diferencian principalmente en que en el primer caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás.
44. Que, en el caso materia de litis, al estar dentro de los parámetros contractuales, tenemos que analizar el pedido del CONSORCIO desde la óptica de la responsabilidad civil de tipo contractual.
45. Que, la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil contractual está relacionada con el aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual.
46. Que, el Código Civil vigente llama a esta responsabilidad civil contractual, responsabilidad derivada de la inexecución de obligaciones.
47. Que, de acuerdo con la doctrina especializada¹, para la configuración de los supuestos de responsabilidad civil contractual, se deben dar los siguientes requisitos de manera concurrente: **Antijuricidad, el daño causado, la relación de**

¹TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil, Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual*. Lima: Grijley, 2° Edición: 2003, p. 32.

causalidad y los factores de atribución. La ausencia de cualquiera de estos requisitos significa la ausencia de un supuesto de responsabilidad civil contractual.

48. Que, en este orden de ideas, para poder determinar la existencia de un supuesto de indemnización por responsabilidad contractual, el Consorcio debe probar la existencia de todos estos requisitos. En caso no acredite alguno de ellos, la pretensión indemnizatoria, deberá ser declarada INFUNDADA.
49. Que, del análisis de la fundamentación hecha por la parte demandante, no se advierte con claridad el cumplimiento de ninguno de los requisitos anteriormente enunciados, por lo que el Árbitro Único tienen la certeza de que el pedido de indemnización no está debidamente sustentado.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde que alguna de las partes asuma íntegramente los costos del presente proceso arbitral.

50. Que, teniendo en cuenta el resultado del análisis de los puntos controvertidos, así como la conducta de ambas partes en el presente proceso arbitral, el Árbitro Único, considera que no se debe condenar a ninguna de las partes a asumir íntegramente los costos del presente proceso arbitral.
51. Que, en este sentido, cada parte asumirá de manera igualmente proporcional los costos del arbitraje.

Honorarios Definitivos

En atención al numeral 60 del Acta de Instalación y teniendo en cuenta que se elaboraron liquidaciones separadas: el Árbitro Único fija los honorarios definitivos del árbitro y del secretario, de la siguiente manera:

- Honorarios del Árbitro Único: S/. 2,700.00
- Honorarios del Secretario Arbitral: S/. 1,180.00

Ambos montos fueron cancelados en su totalidad por ambas partes de manera equitativa.

RESOLUCIÓN:

El Árbitro Único, en base a las consideraciones expuestas y al análisis conjunto de los medios probatorios, lauda:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal y, en consecuencia, dejar sin efecto ni eficacia legal la CARTA N°001-DLG-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2013 de fecha 02 de Diciembre de 2013, la CARTA N°171-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 23 de Octubre de 2013 y la CARTA N°172-AN-JDADYT-GRATA-T-ESSALUD-2013 de fecha 24 de Octubre de 2013.

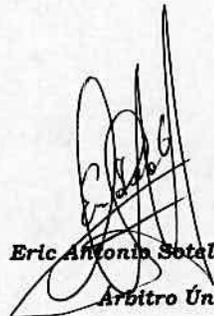
SEGUNDO: Declarar que **FUNDADA EN PARTE** la Segunda Pretensión Principal y, en consecuencia ordenar a la RED ASISTENCIAL TACNA DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD, que efectúe la devolución a favor del CONSORCIO M.L. INGEPROVISER de la suma de S/. 17,938.11 (Diecisiete Mil Novecientos Treinta y Ocho con 11/100 Nuevos Soles), indebidamente descontados.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal.

CUARTO: Declarar que cada parte asumirá de manera igualmente proporcional los costos del presente arbitraje.

Notifíquese a las partes el presente Laudo, haciéndoles saber que tiene carácter vinculante y ejecutivo, y que es eficaz desde el día de su notificación.

Firma el presente Laudo, el Árbitro Único, en el lugar y fecha señalados al principio.



Eric Antonio Sotelo Gamarra
Árbitro Único