

Expediente N° 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre

CONSORCIO ASOCIACIÓN RED INNOVA Y BKN SALUD SAC

(Demandante)

y

SEGURO SOCIAL DE SALUD

(ESSALUD)

(Demandado)

LAUDO ARBITRAL

Árbitro Único:

Frank García Ascencios

Secretaría Arbitral:

Centro de Conciliación y Arbitraje de SUSALUD

(CECONAR)

Lima, 7 de noviembre de 2019



Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

ÍNDICE

I.	LAS PARTES.....	3
II.	EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.....	3
III.	EL ÁRBITRO.....	4
IV.	TIPO DE ARBITRAJE.....	4
V.	REGLAS APLICABLES AL ARBITRAJE.....	4
VI.	ACTUACIONES ARBITRALES.....	5
VII.	PRETENSIONES Y RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES.....	9
VIII.	FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS, ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE PRUEBAS.....	26
IX.	CUESTIONES PREVIAS.....	27
X.	CONSIDERANDOS.....	28
XI.	DECISIÓN.....	57

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

- Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)
- Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

Resolución Nº 6

En Lima, a los 7 días del mes de noviembre de 2019, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado sus argumentos y deliberado en torno a las pretensiones, el Árbitro Único dicta el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. LAS PARTES.

Demandante: **CONSORCIO ASOCIACIÓN RED INNOVA Y BKN SALUD S.A.C**, con R.U.C. N° 20536454021 y 20544544901, respectivamente, en adelante “**EL CONSORCIO**” o “contratista” o “demandante”.

Demandado : **SEGURO SOCIAL DE SALUD**, con R.U.C. N° 20131257750, en adelante “**ESSALUD**” o “demandado”.

II. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 28 de setiembre de 2015, EL CONSORCIO y ESSALUD suscribieron el contrato del Procedimiento Especial de Contratación N° 003-2015-ESSALUD/RAA “Contratación de IPRESS de Primer Nivel de Atención para la Población Aseguradora de la Red Asistencial Almenara de ESSALUD”.

De acuerdo a la cláusula décima séptima las partes acordaron lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

“Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidas las controversias relacionadas a la recepción y conformidad de los servicios de salud brindados, así como a los pagos que se deben efectuar, serán sometidas a arbitraje de derecho ante el Centro de Conciliación y Arbitraje (CECONAR) de SUNASA, dentro del plazo de quince (15) días hábiles de producida.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflict contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

El Laudo Arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

Las partes pueden acudir en vía de conciliación al CECONAR, en forma previa al inicio del arbitraje en cualquier estado del mismo”.

De acuerdo a esta cláusula queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre las partes.

III. EL ÁRBITRO.

El arbitraje estuvo conducido por un árbitro único o unipersonal, el abogado **FRANK HENRRY GARCÍA ASCENCIOS**, identificado con D.N.I Nº 43992031.

IV. TIPO DE ARBITRAJE.

Conforme a la voluntad de las partes y de acuerdo a la normatividad vigente, el arbitraje es Nacional, de Derecho e Institucional.

V. REGLAS APLICABLES AL ARBITRAJE.

Con fecha 09 de julio de 2019 se lleva a cabo la audiencia única, donde se reitera que el arbitraje se regiría de acuerdo a las reglas establecidas en el reglamento arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante, CECONAR), así como las reglas contenidas en la presente acta y aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071.

Aunado a ello, en caso de duda, deficiencia o vacío, respecto a las reglas del arbitraje, el árbitro resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflict contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

VI. ACTUACIONES ARBITRALES.

1. Con fecha 5 de febrero de 2019, EL CONSORCIO presenta escrito de demanda arbitral ofreciendo los medios probatorios que a su parte corresponden.
2. Mediante Cartas Nº 00957-2019-SUSALUD/CECONAR y 00959-2019-SUSALUD/CECONAR, de fecha 14 de febrero de 2019, se traslada la demanda arbitral a ESSALUD, para que la conteste en el plazo de quince (15) días hábiles.
3. Con fecha 11 de marzo de 2019, ESSALUD presenta escrito de contestación de demanda ofreciendo los medios probatorios que a su parte corresponden.
4. A través de la carta de notificación electrónica s/n, de fecha 20 de marzo de 2019, se observa la demanda, en aplicación del artículo 12º del reglamento arbitral del CECONAR, considerando que en un plazo de cinco (5) días hábiles debe cumplirse con adjuntar pago de arancel mínimo conforme a la UIT vigente (\$/ 46.62 soles).
5. Con fecha 25 de marzo de 2019, ESSALUD subsana su contestación de demanda adjuntando el arancel mínimo establecido.
6. Mediante carta de notificación electrónica s/n, de fecha 2 de abril de 2019, se tiene por presentada la contestación. De igual modo, se convoca a una reunión de coordinación para la designación del árbitro único o tribunal arbitral; reunión que se agenda para el jueves 11 de abril de 2019, a las 9:40 am, en la sede del CECONAR, sito en Av. Arequipa Nº 810, oficina 1101-1102, piso 11, Lima.
7. Con fecha 11 de abril, se lleva a cabo la reunión de coordinación, donde ambas partes llegan al acuerdo de designar en calidad de árbitro al abogado Frank García Ascencios.
8. A través de la carta de notificación electrónica s/n, de fecha 12 de abril de 2019, se realiza la notificación del acta de la reunión de coordinación. En ese sentido, la

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

La secretaría arbitral informa que conforme al artículo 20º del reglamento arbitral se comunicará al árbitro designado para que cumpla con presentar su aceptación, conforme a los artículos 21º y 22º del reglamento.

9. En efecto, mediante correo electrónico, de fecha 23 de abril de 2019, se pone en conocimiento del abogado Frank García Ascencios su designación.
10. Es así que también con fecha 23 de abril, el abogado Frank García Ascencios manifiesta su aceptación a la referida designación declarando bajo juramento que procederá a actuar con independencia e imparcialidad, conforme al código de ética arbitral del CECONAR.
11. A través de la carta de notificación electrónica s/n, de fecha 16 de mayo de 2019, se comunica a las partes la aceptación del árbitro y liquidación de costos arbitrales.
12. Mediante carta de notificación s/n, de fecha 23 de abril, se subsana la carta donde se tuvo por contestada la demanda, debido a que por error material se consigna el nombre de Mapfre Perú Vida.
13. Con fecha 25 de abril de 2019, ESSALUD solicita devolución del original de arancel adjunto.
14. A través de la carta de notificación s/n, de fecha 29 de abril, se procede a devolver el original del arancel debidamente sellado y registrado, dejando copia certificada en autos.
15. Con fecha 28 de mayo de 2019, EL CONSORCIO informa sobre el abono de honorarios arbitrales.
16. Mediante carta de notificación s/n, de fecha 7 de junio, se cita a las partes a la audiencia única a realizarse el día 09 de julio de 2019, a las 11:00 horas, en la sede arbitral. De

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

- Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)
Conflict contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

igual modo, se comunica que tendrán la oportunidad para ilustrar oralmente los hechos y aspectos técnicos del arbitraje.

17. Con fecha 5 de julio de 2019, ESSALUD presenta escrito indicando sus correos electrónicos para notificaciones y/o comunicaciones arbitrales.
18. Con fecha 9 de julio de 2019, ESSALUD comunica delegación de representación al abogado Luis Miguel Merino Brenis, con D.N.I Nº 45491517 y registro del C.A.L Nº 65415.
19. El 9 de julio las 11:00 am se lleva a cabo la audiencia única, con la asistencia de ambas partes. En esta sesión el árbitro se instala, invita a conciliar a las partes, fija los puntos controvertidos, admite los medios probatorios documentales, las partes ilustran sobre los hechos y concede un plazo de cinco (5) días hábiles a ESSALUD para que presente los informes legales ofrecidos en la audiencia. De no presentarlos en el plazo concedido se prescindiría de dicha documentación.
20. Mediante Resolución Nº 1, de fecha 1 de agosto de 2019, el árbitro resuelve, entre otros, prescindir de los informes legales solicitados a ESSALUD, declarar la conclusión de la etapa probatoria y otorgar a las partes un plazo de cinco (5) días para que presenten sus alegatos escritos, pudiendo solicitar la realización de la audiencia de informe oral, de conformidad con el artículo 32º del reglamento arbitral.
21. Con fecha 8 y 9 de agosto, las partes alcanzan sus alegatos escritos y solicitan audiencia de informe oral, respectivamente.
22. Mediante Resolución Nº 2, de fecha 14 de agosto de 2019, el árbitro resuelve, entre otros, citar a ambas partes a la audiencia de informe oral para el día miércoles 28 de agosto de 2019, a las 12:15 horas en el local del CECONAR. Asimismo, habilita a la parte demandante a que cumpla con el pago de los honorarios del árbitro único, en subrogación del demandado, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles, bajo

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

apercibimiento de suspender el arbitraje, de conformidad al artículo 23º del reglamento arbitral.

23. Con fecha 28 de agosto de 2019, EL CONSORCIO adjunta pago por costos arbitrales en calidad de subrogación del demandado.
24. La misma fecha de la audiencia de informe orales, ESSALUD solicita su reprogramación, debido a que por un tema de salud el abogado a cargo del arbitraje no podría asistir a la referida audiencia.
25. En el acta de suspensión de audiencia de informe oral, luego de ponerse en conocimiento de la parte demandante lo solicitado por el demandado, decide suspenderse la audiencia procediendo a reprogramarla en forma definitiva para el día 19 de setiembre de 2019 a las 11:15 horas en el local del CECONAR.
26. Con fecha 17 de setiembre de 2019, ESSALUD presenta escrito téngase presente y solicita, por segunda vez, la reprogramación de la audiencia de informe oral.
27. El 19 de setiembre de 2019, el árbitro pone en conocimiento del demandante el escrito presentado por ESSALUD. Luego, emite la Resolución Nº 3, donde, entre otros, resuelve tener presente los fundamentos de defensa y no ha lugar el pedido de reprogramación de audiencia de informe oral. Asimismo, continúa con la sesión, e invita a la demandante para que presente su informe oral. Finalmente, otorga un plazo de tres (3) días hábiles a las partes, a efectos que presenten los escritos postulatorios y alegatos en archivo electrónico (Microsoft Word).
28. Mediante Resolución Nº 4, de fecha 7 de octubre de 2019, el árbitro resuelve, entre otros, disponer el inicio del plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, venciendo dicho primer plazo el día 07 de noviembre de 2019, prorrogable por diez (10) días hábiles adicionales, de conformidad con el artículo 33º del reglamento arbitral.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflict contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

VII. PRETENSIONES Y RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES.

DEL DEMANDANTE.

29. Con fecha 05 de febrero de 2019, EL CONSORCIO presenta demanda arbitral con el siguiente petitorio:

- Pretensión principal: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje, aprobado por Decreto Legislativo N° 1071 y sus modificatorias, interpongo demanda arbitral contra el Seguro Social de Salud - ESSALUD (Red Desconcentrada Almenara) –con domicilio en Jr. Domingo Cueto 120 Jesús María y dirección alternativa Av. Miguel Grau 800, La Victoria, a efectos se deje sin efecto las penalidades impuesta a mi representada por un monto ascendente a S/. 45,650.00 (Cuarenta y Cinco Mil Seiscientos Cincuenta Soles), impugnando el pronunciamiento emitido a través del Informe N° 58-EECM-MAE-ESSALUD/2018, en la cual se habría determinado una presunta responsabilidad de mí representada.

- Pretensión subordinada: Habida cuenta las irregularidades en que se encontrara inmerso el presente proceso por causa de las penalidades injustamente aplicadas – las mismas que serán develadas por nuestros argumentos –, es que invocamos como pretensión subordinada se declare la nulidad de la carta de imputación de penalidades (Informe N° 58-EECM-MAE-ESSALUD/2018) y del pronunciamiento expreso de la Red Desconcentrada sobre nuestros descargos (Carta N° 2112-GRDA-ESSALUD-2018) al no haber seguido el procedimiento previsto en los Términos de Referencia (en adelante, TdR) para su aplicación ni mucho menos, su imposición, así como, la vulneración de los principios elementales que son de observancia obligatoria para la Administración Pública, contemplados en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 06-2017-JUS (en adelante, LPAG) que consagra los Principios de Predictibilidad, debido proceso y el derecho de defensa, así como la garantía jurídica de Motivación, y consigo, no se haga efectivo el descuento indebido de los importes equívocamente penalizados a mi representada, hasta que se resuelva



Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

el presente arbitraje en atención del Principio de Presunción de Licitud.

30. Con fecha 28 de septiembre de 2015, las partes suscribieron el contrato derivado del Procedimiento Especial de Contratación N° 03-2015-ESSALUD-RAA "Contratación de IPRESS de primer nivel de atención para la población asegurada de la Red Asistencial Almenara – ESSALUD". Al respecto, EL CONSORCIO afirma que ESSALUD impuso penalidades que vulneran el debido procedimiento y la necesaria taxatividad de las conductas penalizadas.

31. Respecto a la vulneración del debido procedimiento, a través del Informe N° 58-EECM-MAE-ESSALUD/2018, EL CONSORCIO considera que se ha incurrido en la comisión de la penalidad establecida en el numeral 8 del anexo N° 5 (*"La prestación no cumple con las características y condiciones ofrecidos"*- por cada caso en particular 2 UIT de penalidad). No obstante, EL CONSORCIO alega que de los propios términos de referencia se establecen las consideraciones para la aplicación de penalidades, debiendo considerarse para la aplicación de la penalidad 8 un informe expedido por la OSSE de la Red Asistencial Usuaria.

32. EL CONSORCIO acusa que no se cumple con el debido procedimiento establecido en los términos de referencia, el cual requiere que exista un informe expedido por la OSSE de la Red Asistencial Usuaria, supuesto que no se cumple en el presente caso y condición indispensable para que pueda aplicarse una penalidad. El numeral 1.1 del artículo IV del TUO de la LPAG consagra el Principio de Legalidad, el cual señala que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, a la ley y el derecho. En tal sentido, EL CONSORCIO considera que ESSALUD debe respetar lo establecido en las bases del procedimiento puesto que su inobservancia es causal de nulidad.

33. Respecto a la taxatividad de las conductas penalizadas, EL CONSORCIO asegura que se ha aplicado penalidades utilizando cláusulas de contenido general o indeterminado, contrariamente a lo señalado en los Principios de Legalidad y Taxatividad, los cuales tienen amplio respaldo en jurisprudencia del Tribunal Constitucional que requiere la

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

definición precisa de la conducta que se considera infringida y que dichas cláusulas hayan sido redactadas con el nivel de precisión suficiente para comprender su incumplimiento. No obstante, ello, la Red Desconcentrada Almenara viene aplicando penalidades sin atender los cuestionamientos expuestos por la IPRESS y utilizando fórmulas que no describen específicamente la conducta que es susceptible de ser objeto de la aplicación de una penalidad.

34. EL CONSORCIO considera que se utiliza el contenido del Numeral 8 del Anexo Nº 5 de los términos de referencia de manera genérica, a pesar de que los términos únicamente incluían ocho supuestos de penalidades, la Red Desconcentrada Almenara viene utilizando esta disposición genérica para penalizar toda ocurrencia que su libre arbitrio pueda considerar incluida dentro de dicho supuesto, apartándose de los Principios de Legalidad y Taxatividad, así como desnaturalizando la existencia de ocho (8) penalidades originales, por un número indeterminado de ellas.
35. EL CONSORCIO asevera que dicha situación pone a la IPRESS en un nivel de incertidumbre frente a la actuación de la administración, puesto que se enmarcan presuntas penalidades en fórmulas generales, haciendo que el número de supuestos contemplados en los términos de referencia como hechos susceptibles de ser penalizados, sea interminable de acuerdo a la valoración subjetiva de cada profesional que lo evalúa, afectando la necesaria predictibilidad que debe caracterizar a la administración.
36. EL CONSORCIO señala que tales condiciones implican que en la práctica su aplicación vulnere lo dispuesto en la normativa y las obligaciones de los funcionarios de respetar los Principios de Legalidad y Taxatividad.
37. Ahora, respecto a cada penalidad impuesta, EL CONSORCIO expresa su posición en cada caso en concreto, según lo señalado a continuación:
38. En relación a la “penalidad por programación”, el demandante afirma que no se debe

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

confundir los conceptos días y veces, pues tienen contenidos distintos. De esta manera, por ejemplo, en el caso de la penalidad 1 se ha consignado expresamente: "*El personal que debe estar programado diariamente es*"; mientras que, en este caso, se ha consignado: Recursos Humanos Mínimos programados a demanda (mínimos tres veces por semana). Es decir, es posición de EL CONSORCIO que, los términos de referencia cuando quieren mencionar que alguna obligación tiene una periodicidad diaria, lo señalan de manera expresa y clara, y si se hubiera querido establecer que sea diario, se hubiera consignado similar texto, más aún si ambas obligaciones se encuentran en la misma página del anexo 6 de los términos de referencia.

39. Asimismo, EL CONSORCIO adjunta el acta del día 04 de enero del 2018 teniendo como participantes a las IPRESS extra institucionales y los representantes de la Red Desconcentrada Almenara, donde se tiene como recomendación 1 que actualmente está en consulta en la sede central si se trata de "días" o "turnos".
40. Por tal motivo, según EL CONSORCIO no es atendible que se imponga penalidad alguna cuando no existe un pronunciamiento oficial, y menos frente a un escenario de incertidumbre jurídica aplicar un criterio de manera retroactiva.
41. Adicionalmente, afirma que en auditorías anteriores se ha procedido a validar los argumentos expuestos y no fue aplicada penalidad alguna, por lo que solicitaron que no se aplique la presente penalidad en atención al Principio de Predictibilidad.
42. EL CONSORCIO dice que conforme al punto 10.3 Atención Médica 10.3.2 *La consulta médica especializada y los procedimientos que realiza no referidas en el numeral anterior debe programarse como mínimo tres (03) veces por semana. La programación de las especialidades médicas dependerá de la demanda y el perfil epidemiológico.*
43. EL CONSORCIO considera que la programación de las mencionadas especialidades médicas depende de la "demanda" por el servicio, así como por el perfil epidemiológico. Añade que los términos de referencia no especificaron de manera concreta y expresa la

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

existencia de una obligación taxativa respecto a alguna cantidad de atenciones, sino que han establecido un mínimo de tres (3) veces por semana, pero dependiendo dichos turnos de la demanda. La inclusión de la demanda es una variable que no figura en el análisis del Informe Nº 58-EECM-MAE-ESSALUD-2018.

44. A mayor abundamiento, EL CONSORCIO señala que en numerosos casos se ha procedido a brindar más turnos por semana, por ejemplo, en Endocrinología entre el 28 y 31 de mayo se programaron cuatro turnos, debido a que existía demanda por el servicio, pero bajo la misma lógica existen semanas donde puede o no haber demanda por el servicio. De esta manera, comprende que los términos han establecido un parámetro razonable para diferenciar, por un lado, el recurso humano que debe estar programado diariamente y, por otro lado, la programación que debe quedar sujeta a la existencia de demanda.

45. Dentro de ese marco, EL CONSORCIO ratifica que no se ha incurrido en esta penalidad, no solamente porque ESSALUD no ha cumplido con acreditar la existencia de demanda, sino que además porque cuando ha tenido demanda ha procedido a realizar las programaciones en mínimo tres turnos (hasta algunas veces más por demanda), conforme lo señala los términos de referencia. Para mayor ilustración procede a detallar las atenciones en cada especialidad:

- **Endocrinología:** EL CONSORCIO alega que si bien en la programación de la semana en mención (07 al 12 y del 21 al 26) no cumple con las tres veces por semana, se puede evidenciar que en el mes de mayo se ha realizado 13 turnos, de los cuales, en algunas semanas de 4 turnos por semana, como se evidencia en la semana del 28 al 31 de mayo.

- **Medicina Física y Rehabilitación:** EL CONSORCIO señala que hay evidencia de programación consulta médica y procedimientos de tres veces por semana de los días del 8 y 10.

El día 8 de mayo realizo 2 turnos (7am a 12 m y de 13hrs a 17hrs)

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

El día 10 de mayo realicé un turno (07 am a 12m)

Cumpliendo las 3 veces por semana.

- **Neumología:** EL CONSORCIO evidencia programación de consulta médica y procedimientos de tres veces por semana de los días 14 al 19.

El día 15 de mayo se realizó 1 turno (8am a 1pm).

El día 16 de mayo realizó 1 turno (15hrs a 19 hrs).

El día 18 se realizó 1 turno (15hrs a 16 hrs).

Además, se realizaron 1 turnos de procedimientos de Espirometría,

El día 15 de mayo (15hrs a 19hrs).

Cumpliendo las 3 veces por semana.

- **Oftalmología:** EL CONSORCIO afirma que si bien en la programación de la semana en mención (14 al 19) no cumple con las tres veces por semana, se puede evidenciar que en el mes de mayo se ha realizado 13 turnos, de los cuales en algunas semanas de 4 turnos por semana. Esto va de acuerdo con que las programaciones especialidades médicas dependen de la demanda y perfil epidemiológico.

- **Otorrinolaringología:** EL CONSORCIO evidencia programación de consulta médica y procedimientos de tres veces por semana de los días 07 al 17.

El día 11 de mayo se realizó 1 turno (07hrs a 12hrs).

El día 12 de mayo se realizó 1 turno (07hrs a 09hrs).

Además, se realizaron 2 turnos de procedimientos de Audiometría.

El día 8 de mayo se realizó 1 turno (14hrs a 19hrs).

El día 10 de mayo se realizó 1 turno (14hrs a 19hrs).

Cumpliendo las 3 veces por semana.

- **Reumatología:** EL CONSORCIO considera que si bien en la programación de la semana en mención (07 al 12 y del 21 al 26) no cumple con las tres veces por semana, se puede evidenciar que en el mes de mayo se ha realizado 12 turnos, de los cuales en algunas

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

semanas de 4 turnos por semana.

46. En relación a la “penalidad por registro nacional de especialidad”, EL CONSORCIO considera que los términos de referencia no exigen de manera directa que el recurso humano cuente con Registro Nacional de Especialidad, otorgando la posibilidad de que se pueda sustentar por nueve meses con la constancia correspondiente, motivo por el cual no se ha incurrido en incumplimiento contractual susceptible de ser penalizado.
47. Respecto al numeral 3, de la sección penalidades del Informe Nº 58-EECM-MAE-ESSALUD-2018, vinculado con el médico programado de Dermatología, EL CONSORCIO evidencia la intención de aplicar dos penalidades frente a un mismo incumplimiento, situación que no es permitida por nuestro ordenamiento jurídico.
48. En cuanto a ello, EL CONSORCIO reconoce que el Informe 58 aborda el supuesto donde no se ha procedido a levantar una observación dentro del plazo establecido a partir de la primera reiteración; es decir, se ha identificado claramente la conducta que es materia de penalidad, respecto de la cual no se discrepa. No obstante, indica que el Informe 58 aludido va más allá de lo previsto por el ordenamiento legal y contraviene la normativa, cuando pretende imponer dos (2) penalidades al mismo supuesto.
49. Al respecto, EL CONSORCIO alega que el Tribunal Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que constituye un exceso de punición y del ejercicio del poder sancionador de la administración, el vulnerar el Principio de “Ne bis in Idem” (imposibilidad que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto a consecuencia de una misma infracción).
50. De otro lado, EL CONSORCIO alega que es oportuno señalar respecto a la penalidad Nº 8, que no describe una conducta específica, lo que en la práctica vulnera lo dispuesto en la normativa y las obligaciones de los funcionarios de respetar los Principios de Legalidad y Taxatividad, recogidos por el Tribunal Constitucional.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictivo contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

51. En relación a la “penalidad por rehabilitación, oftalmología y urología”, EL CONSORCIO asevera que los términos de referencia contemplan la posibilidad de celebrar contratos con terceros (como podría ser de alquiler, de usufructo, entre otros) y establece que, de ser el caso, dichos contratos con terceros no eximen a la IPRESS de su responsabilidad por algún incumplimiento contractual; esto es, la IPRESS tiene la obligación de asumir la responsabilidad por la adecuada prestación del servicio.
52. EL CONSORCIO señala que el contrato suscrito (Inciso 8 de la Cláusula Décima) y las Bases (8.8) establecen la prohibición de ceder a terceros, total o parcialmente los derechos y obligaciones del contrato. Sin embargo, el contexto de la “cesión” que allí se fija, se circunscriben a la “cesión de derechos” y la “cesión de posición contractual” que difieren en absoluto a lo que realmente hicieron en algunos aspectos prestacionales al amparo estricto del contrato suscrito.
53. Seguidamente, EL CONSORCIO considera que la “*cesión de posición contractual*” involucra a dos o más personas, de forma tal que una deje de formar parte de la relación contractual y se permita el ingreso de otra. Para ello es importante que para llevar a cabo la cesión de la posición en la relación contractual es necesario que se presenten los siguientes elementos o condiciones:
 - El contrato debe contener prestaciones no ejecutadas total o parcialmente.
 - El cedido debe manifestar su consentimiento.
 - Una vez celebrada la cesión de posición contractual, el cedente sale de la relación contractual y el cesionario ingresa en ella, asumiendo los derechos y obligaciones que el cedente tenía.
54. Para el demandante dicha situación no se ha presentado por cuanto desde el inicio del contrato se asume absolutamente todas las obligaciones contraídas sin desprenderse de la responsabilidad que conlleva, ni trasladando el riesgo a un tercero. A esto se suma, que, en el supuesto de la cesión, tendría que legamente haber intervenido ESSALUD, sin cuya participación no existiría la cesión.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

55. EL CONSORCIO afirma que se ha penalizado por no contar con el equipamiento para la prestación del servicio que se ha encomendado. Ello es absolutamente inexacto, y falso a la verdad. Se precisó en la primera audiencia arbitral, que los equipos sí existen, y que estos se asignan a los espacios debidamente señalados en sus instalaciones, y más aún, dentro de las fechas programadas, para los servicios.
56. EL CONTRATISTA alega que ESSALUD, por medio del personal empleado para las fiscalizaciones, pretende hacer ver que no cuentan con el equipamiento propio de las áreas de rehabilitación, oftalmología, ni urología, lo que es inexacto, y ello porque se ha contratado con empresas que cuentan con dichos equipamientos, a efectos de poder brindar, de acuerdo a las programaciones que se dan progresivamente conforme a la frecuencia de las citas que nos son solicitadas, las atenciones que corresponden, dentro sus instalaciones, y que responde – en estricto – a cumplir con la demanda del servicio.
57. Distinto es que, para la fecha en que se dieron dichas visitas inopinadas, los equipos no se encontraban, por el mérito – en estricto – de que no coincidió con las atenciones que con dicho equipamiento se realiza.
58. Finalmente, EL CONSORCIO señala que el numeral 15.10 de los Términos de Referencia, correspondiente a la sección penalidades, establece de manera clara y concreta que: *"Todas las penalidades a aplicar se encuentren dentro de los términos de referencia, toda nueva penalidad será incluida a través de una adenda"*; en consecuencia, alega que no se puede adicionar una penalidad que no se encuentra incluida en los Términos de Referencia, puesto que ello equivale a contravenir su propio contenido.
59. EL CONSORCIO sustenta su demanda en el artículo 24º, literal d) de la Constitución, artículos 1.2º, 1.4º, 1.15º, 3º, 10º, 12º, 246º (principios del debido procedimiento, razonabilidad, predictibilidad, licitud, motivación del acto administrativo, nulidad del acto jurídico y principios de la potestad sancionadora administrativa) del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General y artículo 39º de la Ley de Arbitraje.



Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictivo contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

DEL DEMANDADO.

60. Con fecha 11 de marzo de 2019, ESSALUD presenta su contestación de demanda, donde solicita se sirva declarar infundada la demanda interpuesta en todos sus extremos, sobre aplicación de penalidades, condenando al contratista al pago de las costas y costos arbitrales, conforme a los fundamentos de hecho y de derecho que expone.
61. El artículo 48° del Decreto Legislativo N° 1017 y los artículos 165° y 166° de su reglamento señalan lo siguiente:

Decreto Legislativo N° 1017

"Artículo 48.- Intereses y penalidades

(...).

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento". (El énfasis es del demandado)

Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017

"Artículo 166.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente (...)". (El énfasis es del demandado)

62. ESSALUD considera que la normativa en contrataciones con el Estado permite que se apliquen penalidades distintas al retraso en la ejecución de sus obligaciones, las cuales pueden encontrarse contenidas en las bases, sin perjuicio de encontrarse establecidas en la cláusula décimo sexta del contrato.
63. Mediante Carta N° 1798-GRDA-ESSALUD-2018, ESSALUD alega que comunica al contratista la aplicación de diversas penalidades por las infracciones cometidas, lo cual

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

se sustenta en el informe que remite adjunto, en la cual se detallaron los actos sujetos a penalidad, los períodos en los cuales se cometieron dichas infracciones y el monto de la penalidad que correspondía aplicarle.

64. En ese sentido, ESSALUD considera que las infracciones fueron advertidas y, asimismo, comunicadas al contratista en su oportunidad, de conformidad con las Bases Integradas, por lo que, frente a dichas irregularidades, sí correspondía que se apliquen las penalidades, las cuales no han sido desvirtuadas por EL CONSORCIO.
65. Sobre el particular, ESSALUD afirma que, a lo largo de su escrito de demanda, EL CONSORCIO no se ha encargado de desvirtuar o contradecir las observaciones realizadas durante la prestación del servicio, por el contrario, pretende que se inapliquen las mismas, cuando incurre en diversos errores.
66. Respecto a la expedición del Informe por parte del OSSE de la Red Asistencial, ESSALUD expresa que se reserva el derecho de alcanzar en su oportunidad el respectivo informe. Sin perjuicio de ello, EL CONSORCIO manifiesta que, en el presente caso, la comisión auditora es la encargada de verificar el cumplimiento de los términos contractuales, quien ha podido verificar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.
67. Respecto las cláusulas de contenido general o indeterminado, ESSALUD indica que EL CONSORCIO pretende inducir a error, al pretender señalar que las penalidades contenidas en el numeral 8) del anexo 5 de los TDR tiene contenido general o es indeterminada, ya que, dicha estipulación está dirigida a verificar que el contratista cumpla con su propuesta técnica, lo cual es información de su conocimiento, por lo que, es una cláusula determinable, clara y concreta, que se le aplicó en su oportunidad, ante su propio incumplimiento.
68. Incluso, el numeral 8, “obligaciones de las IPRESS” del TDR señala que: “8.25 Dar cumplimiento a las prestaciones establecidas en los anexos 1, 2, 3, 5 y 6 que forman parte de los TDR”.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

69. ESSALUD agrega como defensa que EL CONSORCIO incurre en error al pretender que se ha vulnerado los principios de legalidad y taxatividad, ya que, en el presente caso, nos encontramos frente a una cláusula penal, en la cual ambas partes han convenido el contenido de la misma, no siendo estas cláusulas una manifestación del *ius imperium* que posee el Estado, ya que no es que se encuentre tipificando una serie de infracciones que luego serán materia de un procedimiento administrativo sancionador.
70. ESSALUD alega que las penalidades se justifican en el informe de auditoría. Éstas fueron diseñadas acorde a lo establecido en el contrato "Proceso Especial de Contratación N° 03-2015-ESSALUD-RAA. Contratación de IPRESS del primer nivel de atención para la población asegurada de la Red Asistencial Almenara ESSALUD".

CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: AUDITORÍA Y/O CONTROL PRESTACIONAL

"LA ENTIDAD tiene la facultad de efectuar auditorías médicas y/o control prestacional con la finalidad de evaluar la calidad de las prestaciones de salud brindadas por la IPRESS a sus asegurados. Para tal efecto LA ENTIDAD podrá efectuar, indistintamente lo siguiente:

1. *Verificación de las condiciones de la infraestructura y equipamiento de acuerdo a los estándares contratados a través de las visitas inopinadas y acciones de supervisión.*
2. *Encuestas de satisfacción de asegurados.*
3. *Auditoría y/o control de las historias clínicas de los asegurados".*

71. Asimismo, la cláusula décimo sexta señala lo siguiente:

DÉCIMO SEXTA: PENALIDADES

"(...)

ESSALUD a través de la Red Asistencial Usuaria es el órgano responsable de aplicar las penalidades que correspondan.

A efectos de determinar la penalidad aplicable se tendrá en consideración lo

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

dispuesto en el numeral 15 de los términos de referencia.

(...)".

72. En tal sentido, de conformidad a lo señalado en los términos de referencia ITEM 15) aplicación de penalidades, se debe señalar los siguientes numerales:

"15.1. Toda acción u omisión debidamente comprobada por ESSALUD, que configure el incumplimiento de las obligaciones del contrato, será objeto de aplicación de penalidades, conforme a los supuestos establecidos en el Anexo N° 5 de los presente términos de referencia.

Las penalidades aplicadas serán aplicadas a partir del segundo mes de operaciones. ESSALUD a través de la Red Asistencial usuaria es el órgano responsable aplicar las penalidades que correspondan.

15.2. Las penalidades serán de aplicación sin perjuicio de la obligación de resarcimiento de los datos y perjuicios u otra acción legal que pudieran tener lugar y de las deducciones en los pagos a cargo de ESSALUD (Anexo 5)".

73. En relación a la “penalidad por programación”, ESSALUD expresa que el demandante incurre en error al pretender señalar que existe una confusión sobre la programación de la prestación a su cargo. Añade que no debe confundirse el concepto “días” con el concepto “veces”, pues tienen contenidos distintos, sin embargo, no existe error ni confusión alguna sobre lo pretendido en el contrato materia de controversia.
74. ESSALUD entiende que la referencia a “... 3 veces por semana”, significa que la prestación debe realizarse en un mínimo de tres (3) días, ya que pretender o realizar un análisis distinto carece de todo sentido. Debe señalarse que una semana se encuentra conformada por siete (7) días; por lo que, para que se considere tres (3) veces por semana, implica que se realice en tres (3) días distintos. De lo contrario, si se pretendiese considerar que en un solo día se realice la prestación en tres (3) veces o turnos distintos, no se estaría cumpliendo con lo indicado, ya que la acepción tendría

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

que ser tres (3) veces por día.

75. En ese sentido, ESSALUD considera que pretender que se preste tres (3) veces un servicio en uno (1) o dos (2) días no cumpliría con lo dispuesto en el contrato ni en las bases integradas, ya que no se podría considerar tres (3) veces por semana, por lo que, no existe alguna incertidumbre jurídica, como pretende afirmar el contratista.
76. ESSALUD agrega que EL CONSORCIO afirma que en auditorías anteriores se ha validado dichos argumentos; sin embargo, ello no ha sido acreditado en el presente caso.
77. Respecto a la programación de las especialidades médicas, para ESSALUD los TDR han sido claros en este extremo, por lo que, sí se estableció un mínimo de prestaciones, siendo tres (3) veces por semana, es decir, en tres (3) días distintos de la semana.
78. Respecto al acta que adjunta EL CONSORCIO de fecha 04 de enero de 2018, ESSALUD señala que la consulta consignada en la referida acta es extemporánea, ya que no fue materia de consulta ni observación durante el proceso de selección.
79. Para ESSALUD la referencia a “...mínimo 3 veces por semana” significa que la prestación debe realizarse en un mínimo de tres (3) días, ya que admitir lo contrario desnaturaliza el mínimo requerido en el contrato y en las bases.
80. En relación a la “penalidad por registro nacional de especialidad”, ESSALUD considera que los TDR no exoneran de la obligación de que el personal médico especializado cuente con RNE; por el contrario, reduce el requisito, permitiendo que por un periodo de nueve (9) meses pueda reemplazar dicho RNE con una constancia de residenciado, lo cual, a la fecha de supervisión ya había sido superado, correspondiéndole que se apliquen las penalidades pertinentes.
81. ESSALUD alega que el presente caso no es un procedimiento administrativo sancionador, sino un contrato en el cual ambas partes acordaron establecer cláusulas

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

penales; por lo que, no se estaría vulnerando ningún principio del procedimiento administrativo sancionador, tal como señala el contratista.

82. Sin perjuicio de ello, ESSALUD enfatiza que son dos hechos distintos los sancionados en el presente caso, ya que el *primer hecho* es por el incumplimiento del levantamiento de la observación (la cual fue comunicada en su oportunidad); y, otro *segundo hecho*, es el incumplimiento *per se*.
83. Según la posición de ESSALUD, el médico dermatólogo presenta su constancia de culminación de residentado de fecha 30 de junio de 2017; sin embargo, y a pesar de continuar prestando el servicio, el profesional no presenta ni cuenta con título de especialización ni RNE.
84. En relación a la “penalidad por rehabilitación, oftalmología y urología”, ESSALUD alega que el contratista no cumplió con lo presentado en su propuesta técnica, por lo que, frente a dicho incumplimiento de contar con la maquinaria para prestar el servicio, correspondía que se aplique la penalidad respectiva.
85. ESSALUD reitera que EL CONSORCIO no cumple con lo ofertado en su propuesta técnica, por lo que, frente a dicho incumplimiento corresponde que se aplique la penalidad respectiva. El ITEM “8. Obligaciones de la IPRESS del TDR” señala en su numeral 8.14 lo siguiente:

“8.14 Debe cumplir con las disposiciones vigentes establecidas en las (...) normas (...) norma técnica de salud Nº 021-MINSA/DGPS-V.03”.

86. El numeral 5.1 de la norma técnica de salud Nº 021-MINSA/DGPS-V.03 dentro de sus definiciones operativas señala:

“Actividades de Atención Directa y de Atención de Soporte, para efectos de la presente NTS SON ACCIONES QUE SE DESARROLLAN EN UN ESTABLECIMIENTO DE

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

SALUD, (...) relacionadas a procesos de apoyo, concernientes a la atención Directa de salud y atención de soporte (...)".

87. Además, señala “*TERCERIZACIÓN (...) implica que el usuario reciba el servicio contratado EN EL MISMO ESTABLECIMIENTO DE SALUD*”.
88. El numeral 5.8 indica que “*El establecimiento de salud es responsable de garantizar que las UPSS CUENTEN CON LOS RECURSOS NECESARIOS PARA SU FUNCIONAMIENTO, durante el horario de atención según corresponda a cada una de ellas, de acuerdo a su capacidad resolutiva*”.
89. El numeral 8.7 del TDR señala lo siguiente: “*NO CEDER A TERCEROS LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO*”.
90. ESSALUD alega que se aplicaron las penalidades al contratista por no contar con el equipo que le permita brindar el servicio de atención a los asegurados. Ello se respalda en lo dispuesto en el numeral 2.5 del Capítulo II DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN de las Bases, el cual señala que la Expresión de Interés debía cumplir con los siguientes requisitos:

“2.5 CONTENIDO DE LAS EXPRESIONES DE INTERÉS:

(...)

El sobre contendrá, además de un índice de documentos, la siguiente documentación de presentación obligatoria:

(...)

b.10. Relación detallada de la Infraestructura y equipamiento médico con que cuenta el establecimiento de conformidad con los términos de referencia.

(...)

b.13. Declaración Jurada indicando que cuenta con infraestructura y equipamiento médico, para establecimiento el cual deberá tener como mínimo la categoría II-1 de acuerdo a la Norma Técnica N° 038/MINSA/DGSP

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

V.01."

91. ESSALUD expresa que el Comité Especial verificó que la expresión de interés cumplía, entre otros, con la presentación de documentos obligatorios establecidos en las Bases, dentro de ellas, (i) *Relación detallada de la Infraestructura y equipamiento médico con que cuenta el establecimiento*; y, (ii) *Declaración Jurada indicando que cuenta con infraestructura y equipamiento médico*.
92. Es así que, con fecha 7 de setiembre de 2015, el Comité Especial publica la declaración de elegibilidad del Procedimiento Especial de Contratación N° 003-2015-ESSALUD/RAA.
93. Por lo señalado anteriormente, para ESSALUD ha quedado acreditado que EL CONSORCIO debía contar con dichos equipos para brindar el servicio de atención a los asegurados; sin embargo, al no cumplir con lo ofertado en su propuesta técnica, corresponde que se le apliquen las penalidades respectivas.
94. ESSALUD añade que EL CONSORCIO no formula observación alguna a las penalidades al momento de presentar su propuesta y durante todo el proceso de selección, por lo que, las penalidades, así como el contenido y procedimiento de las mismas eran claras y precisas.
95. Por lo señalado anteriormente, ESSALUD considera que no corresponde que se deje sin efecto las penalidades aplicadas, por encontrarse conforme a ley; por lo que, corresponde declarar infundada la pretensión principal.

Respecto a la pretensión subordinada

96. ESSALUD alega que el contratista no ha presentado documentación que sustente lo solicitado, ni ha brindado argumentos que sostengan o permitan conceder lo solicitado.
97. Asimismo, ESSALUD considera que EL CONSORCIO hizo una incorrecta acumulación de



Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

pretensiones en el presente caso, ya que no existe una conexidad entre ambas pretensiones, por lo que, corresponde que se declare infundada su pretensión.

98. ESSALUD sustenta jurídicamente su contestación de demanda en la Constitución, Ley de Arbitraje, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.

VIII. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS, ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE PRUEBAS.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

99. Con fecha 9 de julio de 2019, se lleva a cabo la audiencia única, donde se determina los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto las penalidades impuestas al demandante por el monto ascendente a S/ 45, 650 (Cuarenta y Cinco Mil Seiscientos Cincuenta Soles), en relación al Contrato del Procedimiento Especial de Contratación Nº 03-2015-ESSALUD-RAA “Contratación de IPRESS de Primer Nivel de Atención para la Población Aseguradora de la Red Asistencia Almenara de ESSALUD”.
2. En caso desestimarse el punto controvertido primero, determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la carta de imputación de penalidades (Informe Nº 58-EECM-MAE-ESSALUD/2018) y del pronunciamiento de la Red Desconcentrada respecto a los descargos del demandante (Carta Nº 2112-GRDA-ESSALUD-2018).
3. Determinar a qué parte corresponde asumir los costos del arbitraje (costos y costas).

ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE PRUEBAS.

100. En la misma audiencia se admiten los documentos alcanzados por ambas partes en calidad de medios probatorios.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

ILUSTRACIÓN DE HECHOS.

101. En esta audiencia se invita a las partes a que expongan los hechos del presente arbitraje.
Ambas partes tuvieron la oportunidad de ilustrar sobre los hechos.

IX. CONSIDERACIONES PREVIAS.

102. Antes de analizar las materias controvertidas, corresponde expresar: (i) que el árbitro único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral y las disposiciones de la normativa aplicable; (ii) que en momento alguno se ha impugnado o reclamado las decisiones adoptadas o reglas del presente arbitraje; (iii) que las pretensiones del demandante fueron presentadas en los plazos establecidos (iv) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de informar oralmente y presentar sus conclusiones finales por escrito; (v) que el árbitro único aprecia los fundamentos, las pruebas y demás actuados de manera integral, aún cuando alguna no sea citada expresamente en el texto del laudo; y, (vi) que, este árbitro único procede a laudar dentro del plazo acordado con las partes.
103. Asimismo, se deja constancia que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.
104. En cuanto a las pruebas, cabe destacar que constituye un principio general de todo proceso el de la carga de la prueba. Se deja constancia que es responsabilidad de las partes presentar las pruebas que acrediten los hechos expuestos y producir certeza en el árbitro respecto a sus posiciones. Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta.
105. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, se deja expresa constancia que en este arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

dispuesto en el primer párrafo del artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, en el que se señala:

"1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios."

X. CONSIDERANDOS.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DEJAR SIN EFECTO LAS PENALIDADES IMPUESTAS AL DEMANDANTE POR EL MONTO ASCENDENTE A S/ 45,650 (CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA SOLES), EN RELACIÓN AL CONTRATO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE CONTRATACIÓN N° 03-2015-ESSALUD-RAA "CONTRATACIÓN DE IPRESS DE PRIMER NIVEL DE ATENCIÓN PARA LA POBLACIÓN ASEGURADORA DE LA RED ASISTENCIA ALMENARA DE ESSALUD".

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: EN CASO DESESTIMARSE EL PUNTO CONTROVERTIDO PRIMERO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA NULIDAD DE LA CARTA DE IMPUTACIÓN DE PENALIDADES (INFORME N° 58-EECM-MAE-ESSALUD/2018) Y DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA RED DESCONCENTRADA RESPECTO A LOS DESCARGOS DEL DEMANDANTE (CARTA N° 2112-GRDA-ESSALUD-2018).

Naturaleza del contrato entre IAFAS e IPRESS

106. La salud es un derecho inherente al ser humano. Uno por la condición de ser persona tiene garantizado este derecho, que permite se logre vivir en bienestar físico y mental. El concepto de salud trasciende al solo estado de enfermedad. La Organización Mundial de la Salud (OMS) la define como un *bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*¹.

¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Preguntas más frecuentes". [en línea] [consulta 07-11-2019] Disponible en: <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflict contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

107. El derecho a la salud es un derecho que goza de reconocimiento expreso en la Constitución:

Artículo 9º de la Constitución. -

"El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud". (El énfasis es del árbitro)

Artículo 10º de la Constitución. -

"El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida".

Artículo 11º de la Constitución. -

"El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado".

108. En ese contexto, la Ley Nº 26842, Ley General de Salud, regula la responsabilidad del Estado en garantizar la adecuada cobertura de salud a la población:

VI. Título Preliminar de Ley General de Salud. -

"Es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea. Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad".

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

109. Es responsabilidad del Estado garantizar la cobertura de salud a la población. Por consiguiente, el aparato público, a través de los mecanismos contractuales vigentes, debe brindar el acceso a la salud, sea a través de su propia infraestructura o a través del sector privado.
110. En ese sentido, la Ley Nº 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, es fundamental en este objetivo, debido a que aparte de buscar concretar el acceso universal a la salud también regula a los agentes vinculados al sector, como son: el Ministerio de Salud, las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (en adelante, IAFAS) y las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (en adelante, IPRESS).
111. Así, el Decreto Supremo Nº 008-2010-SA, reglamento de la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, regula el sistema de contratación entre IAFAS e IPRESS, que tiene por objetivo garantizar el acceso a los servicios de salud. El texto legal es el siguiente:

Artículo 19º Contratación de prestadoras. -

"Las IAFAS tendrán libertad para contratar con las IPRESS de su elección para la conformación de sus redes de prestación de servicios de salud.

Las IAFAS deberán contratar la prestación de servicios de salud única y exclusivamente con instituciones prestadoras de servicios de salud registradas en SUNASA (SUSALUD), de acuerdo a las normas que ésta establezca".

112. Las IAFAS son entidades públicas, privadas o mixtas que gestionan fondos para atenciones en salud. En cambio, las IPRESS son establecimientos de salud y servicios médicos públicos, privados o mixtos, que brindan una atención médica (prevención, promoción, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación). En otras palabras, IPRESS es todo centro médico².

² El Decreto Legislativo Nº 1158, norma destinada al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, regula en mayor detalle a las IAFAS e IPRESS.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflict contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

113. En presente caso, ESSALUD es una IAFA pública, mientras que EL CONSORCIO es la IPRESS privada, por lo que se está frente a un conflicto especializado en salud. Dentro del sector, se ha emitido diversas normas que regulan el denominado “procedimiento especial de contratación” cuando ESSALUD o el Seguro Integral de Salud (SIS) contrata servicios de salud.
114. Así, se cuenta, entre otros, con los Decreto Supremo Nº 002-2013-SA y Decreto Supremo Nº 013-2014-SA. Ambas disposiciones están destinadas a viabilizar la contratación entre ESSALUD e IPRESS a través de un procedimiento especial, que incluso establece al CECONAR como la institución arbitral donde debe resolverse todas las controversias derivadas del contrato.
115. Las Bases del Procedimiento Especial de Contratación Nº 3-2015-ESSALUD/RAA “Contratación de IPRESS de Primer Nivel de Atención para la Población Asegurada de la Red Asistencial Almenara de ESSALUD” establece que la base legal del contrato es diversa normativa especial del sector salud, además de la de contratación pública, que es este arbitraje es la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo Nº 1017 modificado por Ley Nº 29873) y su Reglamento (Decreto Supremo Nº 184-2008-EF modificado por Decreto Supremo Nº 138-2012-EF).
116. La naturaleza del contrato entre ESSALUD y EL CONSORCIO se enmarca en uno de contratación pública, pero sin dejar de lado su especialidad en el sector salud, debido a que el contrato tiene por objeto brindar atención integral de primer nivel de atención a los asegurados de ESSALUD. El presente conflicto es una materia arbitral del denominado arbitraje en salud³.
117. En consecuencia, a fin de resolver la presente controversia se tomará en consideración la Ley de Contrataciones del Estado, su reglamento y las normas especiales del sector salud, que también otorgan un parámetro legal para poder resolver conforme a Derecho

³ GARCÍA ASCENCIOS, Frank. “El arbitraje en salud en el Perú”. [en línea] [consulta 07-11-2019] Disponible en: <https://legis.pe/el-arbitraje-en-salud-en-el-peru-por-frank-garcia-ascencios/>

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFA e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

y a la especialidad del contrato celebrado entre las partes. Sin perjuicio, de tomar en consideración la normativa pública y privada, que sea relevante para la controversia, respectivamente.

El contrato celebrado entre las partes y las “otras penalidades”

118. Con fecha 28 de setiembre de 2015, las partes celebraron el contrato derivado del Procedimiento Especial de Contratación Nº 03-2015-ESSALUD-RAA “Contratación de IPRESS de primer nivel de atención para la población aseguradora de la Red Asistencial Almenara de ESSALUD”. Este contrato tuvo una adenda, de fecha 9 de agosto de 2017, donde se amplía el plazo de ejecución del contrato suscrito.
119. El objeto del contrato se encuentra regulado en su cláusula cuarta, que dice:

CLÁUSULA CUARTA: OBJETO

“Por el presente contrato LA IPRESS se obliga a brindar atención integral de primer nivel de atención, para desarrollar las actividades de promoción de salud, prevención de las enfermedades, actividades recuperativas y de rehabilitación, comprendidas en la cartera de servicios de salud de complejidad creciente a los asegurados de LA ENTIDAD conforme a los Términos de Referencia y a su expresión de Intereses del proceso de selección”.

120. A fin de cumplir con el objeto del contrato, dentro del marco legal de las contrataciones del Estado, ESSALUD en calidad de IAFA contratante puede regular “penalidades” y “otras penalidades”. La primera por un retraso injustificado en la ejecución del contrato. En contraste, el segundo tiene por objeto desincentivar el incumplimiento de las obligaciones del contratista y resarcir posibles daños contra la entidad, de acuerdo a la especialidad del contrato celebrado.
121. Sobre el particular, la normativa de contrataciones del Estado regula lo siguiente:

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflicto contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

Artículo 48º de la Ley de Contrataciones del Estado. - Intereses y penalidades

“(…)

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento”.

Artículo 166º del reglamento. – 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 objeto 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”.

122. Asimismo, el contrato celebrado entre ESSALUD y EL CONSORCIO establece lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: PENALIDADES

“Si LA IPRESS incurre en retraso justificado en la ejecución u ofrecimiento de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplicará una penalidad por cada día de retraso, según la fórmula establecida en el artículo 165º del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.

OTRAS PENALIDADES

“De conformidad con los Términos de Referencia se establecen las siguientes penalidades hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

De las Actividades

ACTIVIDAD	DETALLE	FRECUENCIA	PENALIDAD
1	No otorgar los Certificados de Incapacidad Temporal para el Trabajo, de acuerdo con las normas aprobadas por ESSALUD	Mensual	0.5 UIT
2	No contar con Historia Clínica.	Mensual	3 UIT
3	No realizar el registro de las actividades sanitarias en los sistemas informáticos exigidos por ESSALUD, así como el registro de la estadística de producción en el SES.	Mensual	1 UIT
4	No realizar actividades colectivas de promoción de la salud y prevención de las enfermedades.	Trimestral	1 UIT
5	Realizar cobros por la prestación de los servicios de salud, directa o indirectamente a los asegurados de ESSALUD por las prestaciones convenidas	Por cada caso particular	3 UIT
6	Registrar y/o informar prestaciones de salud, que no han sido otorgadas a los asegurados.	Por cada caso particular	3 UIT
7	Retraso injustificado en la presentación del sistema de las prestaciones brindadas.	Por cada caso particular	0.5 UIT
8	La prestación no cumple con las características y condiciones ofrecidas.	Por cada caso particular	2 UIT
9	No levantar las observaciones en los plazos establecidos o consensuados a partir de la primera reiteración.	Por cada caso particular	0.5 UIT

De las condiciones del servicio

CONDICIÓN	DETALLE	FRECUENCIA	PENALIDAD
1	No programar y ejecutar diariamente Charlas de Educación en Salud.	Mensual	0.5 UIT
2	No cumplir con la dispensación de medicamentos.	Por cada caso particular	3 UIT
3	No brindar las atenciones de salud en los tiempos y/o condiciones establecidas en los TDR.	Por cada caso particular	0.5 UIT por cada servicio no programado
4	No brindar las facilidades para supervisores y/o auditorías periódicas descritas, así como no participar de reuniones de evaluación.	Por cada caso particular	2 UIT

Las condiciones de verificación de cada evento se encuentran contenidas en el Anexo 05 de los términos de referencia.

Las penalidades serán aplicadas a partir del segundo mes de operaciones.

ESSALUD a través de la Red Asistencial usuaria es el órgano responsable de aplicar las penalidades que correspondan.

A efectos de determinar la penalidad aplicable se tendrá en consideración lo dispuesto en el numeral 15 de los términos de referencia.

Cuando una de las partes no ejecute injustificadamente las obligaciones asumidas debe resarcir a la otra parte por los daños y perjuicios ocasionados, a través de la indemnización correspondiente.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

Ello no obsta la aplicación de sanciones administrativas, penales y pecuniarias a que dicho incumplimiento diera lugar, en el caso que éstas correspondan, sin que ello las exima del cumplimiento de las demás obligaciones previstas en el presente contrato”.

123. El contrato establece nueve penalidades en lo que respecta a las actividades del servicio y cuatro penalidades en relación a sus condiciones. De la lectura del contrato se observa que las partes pactaron estas penalidades para ser aplicadas en caso de incumplimiento de obligaciones de EL CONSORCIO. De igual modo, dentro de este contrato especializado es de necesaria relevancia la tipificación de las conductas que en caso producirse generen la penalidad determinada.
124. Sobre el particular, este árbitro considera que las penalidades son objetivas, razonables y congruentes, debido a que buscan garantizar un servicio de salud de primer nivel de atención a los asegurados de ESSALUD. Asimismo, fueron definidas con claridad en el cuadro de penalidades mostrando la conducta tipificada, la frecuencia y la sanción (penalidad) por cada infracción. Adicionalmente, se ha delimitado la fórmula de cálculo en Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Finalmente, el procedimiento es fijado por el contrato y las bases, donde se establece que las condiciones de verificación están contenidas en el anexo 05 de los términos de referencia, que la Red Asistencial es el órgano responsable de aplicar las sanciones y que debe tomarse en consideración lo regulado en el numeral 15 de los términos de referencia.⁴
125. No se coincide con EL CONSORCIO, quien sostiene que se ha infringido principios de legalidad y taxatividad al aplicarse penalidades utilizando cláusulas de contenido general o indeterminado. Para este árbitro son penalidades razonables dentro de la prestación del servicio de salud. ESSALUD debe hacer todos los esfuerzos para garantizar que las obligaciones objeto del contrato se cumplan conforme a los términos establecidos, por lo que es necesaria la regulación de estas penalidades.

⁴ Se toma en consideración para este análisis la Opinión Nº 131-2019/DTN de la Dirección Técnica Administrativa del OSCE, que, si bien se enmarca en la Ley de Contrataciones vigente, la regulación esencial de las “otras penalidades” no ha sido modificada y su aplicación continúa dentro de los mismos principios.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

126. Se tiene a bien precisar que se comprende el servicio que está detrás del contrato, por lo que deben tipificarse conductas lo más concretas posibles que enmarquen dentro de la variedad de actividades del servicio de salud que brinde EL CONSORCIO a los asegurados de ESSALUD. A consideración de este árbitro, las penalidades no son genéricas, ni abusivas. Éstas fueron pactadas en el contrato y son acorde a la ley de contrataciones y su reglamento.
127. El demandante ha celebrado el contrato conociendo estas penalidades, su monto de sanción y cómo iban a ser aplicadas, por lo que EL CONSORCIO ha contratado conociendo las reglas de juego. Incluso, tuvo la oportunidad de efectuar consultas si es que hubiera tenido alguna duda sobre el particular.
128. El hecho de considerar que las penalidades están bien reguladas en su contenido, y que son conforme a ley, no significa que deje de analizarse si fueron debidamente aplicadas en el presente caso. En otras palabras, si ESSALUD ha seguido el procedimiento y si EL CONSORCIO habría realizado la conducta tipificada como infracción para que, efectivamente, sea sancionado con las penalidades pactadas.

Sobre la no aplicación de principios del procedimiento administrativo general y del procedimiento administrativo sancionador ¿Acto administrativo nulo y no debidamente motivado?

129. EL CONSORCIO sostiene que ESSALUD ha vulnerado diversos principios de la administración pública reguladas en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, pues afirma que se ha incumplido el debido procedimiento, la legalidad, taxatividad, licitud, predictibilidad, razonabilidad, entre otros.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

130. EL CONSORCIO considera abusiva la conducta del demandado alegando que incluso sus las penalidades impuestas son nulas, y solicita en su pretensión subordinada se declare su nulidad por ser actos administrativos nulos y carentes de motivación.
131. En contraste, ESSALUD sostiene que este no es procedimiento administrativo general, ni sancionador, y la aplicación de las penalidades debe ser abordada como el pacto de cláusulas penalidades dentro de un contrato público.
132. Sobre el particular, este árbitro coincide con lo manifestado por ESSALUD, debido a que se está frente a un contrato público entre EL CONSORCIO (IPRESS privada) y ESSALUD (IAFA pública), donde ambas son partes del contrato, con obligaciones y derechos, dentro de los alcances de las bases de contratación. No se está frente a un procedimiento administrativo general, ni de naturaleza sancionadora.
133. En términos generales, el contrato público es definido como el acuerdo celebrado entre el Estado y un privado para la adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras. Al respecto, Sergio Tafur y Rodolfo Miranda⁵ lo conceptualizan en los siguientes términos:

“Según este tipo de contratos el Estado (a través de sus diversas entidades) puede satisfacer sus necesidades de provisión de bienes, servicios y obras, que le permitan cumplir con sus objetivos. Bajo este tipo de contratos se engloban los de compra venta, suministro, arrendamiento, contratación de servicios, consultorías, ejecución de obras, y otros de similar naturaleza. Los contratos regidos por estas normas tienen un denominador común: el Estado entrega dinero y recibe a cambio un bien, servicio u obra”.
134. En ese sentido, en esta controversia derivada del contrato celebrado entre ambas partes, EL CONSORCIO no es un administrado, y estos principios citados no son acordes para defender su posición, debido que se está ante un contrato público.

⁵ **TAFUR SÁNCHEZ**, Sergio y **MIRANDA MIRANDA**, Rodolfo. “*Contratación Estatal: Algunas reflexiones generales*”. En: Derecho & Sociedad Nº 29. PUCP. 2008.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflict contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

135. En esa misma línea, no se coincide con lo peticionado en la pretensión subordinada por EL CONSORCIO, de declarar la nulidad de las penalidades impuestas por ESSALUD, ya que no se ha vulnerado ningún principio alegado en su demanda, no se está frente a un acto administrativo⁶, ni menos en el marco de un procedimiento administrativo general, ni sancionador. EL CONSORCIO no actúa como administrado en esta controversia.
136. Adicionalmente, EL CONSORCIO fundamenta su pretensión subordinada para solicitar la nulidad de las penalidades impuestas en que ESSALUD no ha seguido el procedimiento previsto en los términos de referencia. Sin embargo, el hecho de seguir, o no, el procedimiento para imponer penalidades, no significa que sea nulo, pues este es un caso de contratación pública donde se aplica la ley de contrataciones del Estado y su reglamento.
137. La nulidad dentro de la contratación pública tiene una regulación especial⁷. El Tribunal de Contrataciones del Estado, la Entidad y el Tribunal Arbitral pueden declarar la nulidad

⁶ Artículo 1º de la Ley Nº 27444.-

"Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta (...)".

⁷ Artículo 56º. - Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación

"El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección. El Tribunal de la Entidad declara de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación.

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.
b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.
c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración.
e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

de determinados actos. El primero, declara la nulidad de los actos que conoce, "cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable". La Entidad puede declarar la nulidad de oficio hasta antes de celebrar el contrato, y celebrado éste en los supuestos que regula la ley de contrataciones.

138. En contraste, el Tribunal Arbitral evalúa la nulidad del contrato, según las causales previstas en la ley de contratación del Estado, su reglamento y causales reconocidas en el derecho nacional. En este arbitraje no está en controversia la declatoria de nulidad del contrato, ni se habría vulnerado alguna norma jurídica.
139. Lo que es materia de controversia es si ESSALUD ha seguido el procedimiento para imponer las penalidades, y si EL CONSORCIO ha realizado la conducta tipificada como infracción para imponerle penalidades. En términos sencillos, la controversia es si es correcta o no la aplicación de penalidades, conforme al contrato y los términos de referencia.
140. En ese sentido, y conforme a todo lo considerado, no resulta amparable la pretensión subordinada.

Sobre el procedimiento empleado por ESSALUD para imponer penalidades a EL CONSORCIO

141. Para determinar si las penalidades fueron impuestas conforme al contrato celebrado por ambas partes, primero, se examinará el procedimiento seguido por ESSALUD para imponerlas. Si ha cumplido el procedimiento contenido en las bases de contratación, entonces se analizará individualmente cada penalidad impuesta a EL CONSORCIO, con el

irregulares.

Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en la presente ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional".

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

objeto de evaluar su aplicación en cada caso en concreto.

142. Mediante Carta N° 1798-GRDA-ESSALUD-2018, de fecha 20 de julio de 2018, ESSALUD, a través de su Red Desconcentrada Almenara, pone en conocimiento de EL CONSORCIO el informe N° 58-EECM-MAE-ESSALUD-2018 producto de la visita de supervisión inopinada de prestaciones de salud. En dicho documento la Dra. Emily Calderón Muñoz, auditora, encuentra no conformidades y por ende futuras penalidades, en el marco del contrato suscrito entre las partes.

143. Frente a esta comunicación, mediante Oficio N° 121-DM-UBAPG-ARI-2018, del 1 de agosto de 2018, EL CONSORCIO responde solicitando la revisión y desestimación de las penalidades impuestas, para ello expresa sus argumentos y pruebas a fin de desvirtuarlas.

144. Posteriormente, a través de la Carta N° 2112-GRDA-ESSALUD-2018, del 17 de agosto de 2018, ESSALUD emite pronunciamiento al respecto resolviendo imponer la penalidad total de 15.5 UIT correspondiente al mes de mayo de 2018.

145. En ese contexto, EL CONSORCIO solicita el inicio de este arbitraje para dejar sin efecto parte de las penalidades impuestas a raíz del informe N° 58-EECM-MAE-ESSALUD-2018.

146. A continuación, el siguiente cuadro indica las penalidades que finalmente EL CONSORCIO ha recurrido a través de esta vía arbitral, con el objeto de centrar el análisis únicamente en las penalidades cuestionadas.

Penalidad	Infracción	Frecuencia	Penalidades recurridas en arbitraje
			0.5 UIT

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

3 (Servicio)	No brindar las atenciones de salud en los tiempos y/o condiciones de los TDR	Por cada caso particular	(No programación mínima de 03 veces por semana: endocrinología) 0.5 UIT
			(No programación mínima de 03 veces por semana: oftalmología) 0.5 UIT
			(No programación mínima de 03 veces por semana: reumatología) 0.5 UIT
			(No programación mínima de 03 veces por semana: neumología) 0.5 UIT
			(No programación mínima de 03 veces por semana: otorrinolaringología)
8 (Actividad)	La prestación no cumple con las características y condiciones ofrecidas	Por cada caso particular	2 UIT (Por contar con médico programado en dermatología sin especialidad, ni RNE)
			2 UIT (Por tercerización en rehabilitación)
			2 UIT (Por tercerización en oftalmología)
			2 UIT (Por tercerización en urología)
9 (Actividad)	No levantar las observaciones en los plazos establecidos ...	Por cada caso particular	0.5 UIT (Por no levantar observaciones respecto al dermatólogo sin especialidad, ni RNE)
Monto total demandado			11 UIT (2018) (S/ 45, 650)

147. EL CONTRATISTA cuestiona que el procedimiento por el cual ESSALUD lo penaliza haya

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

sido conforme al contrato y a los términos de referencia, debido a que no existe informe del OSSE de la Red Asistencial Usuaria para aplicar la penalidad 8, a pesar que lo exige las bases de contratación.

148. Sobre el particular, el contrato determina que para aplicar la penalidad debe tomarse en consideración el numeral 15 de los términos de referencia. En relación al procedimiento, los numerales 15.5 y 15.6 regulan:

"15.5. La IPRESS podrá reclamar por escrito con el respectivo sustento la imposición de la infracción ante la Red Asistencial usuaria, como primera instancia, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación de la penalidad. Vencido el plazo antes indicado se considerará como aceptada la penalidad".

"15.6. Ante la reclamación de la IPRESS, la Red Asistencial usuaria contará con un plazo de cinco (5) días hábiles para emitir su pronunciamiento debidamente motivado".

149. Los términos de referencia regulan con claridad el procedimiento para imponer penalidades. Primero, la IPRESS es informada previamente de las observaciones para que levante cualquier sustento de imposición de infracción. Segundo, luego de contar con la absolución de la IPRESS, la IAFA emite un pronunciamiento final debidamente motivado.

150. En el presente caso, EL CONSORCIO fue notificado de las observaciones. Posteriormente, cumple con absolverlas a fin de levantar las infracciones determinadas en la auditoría producto de las visitas inopinadas. Finalmente, ESSALUD emite pronunciamiento final imponiendo penalidades. Cabe precisar que dicha decisión únicamente puede ser recurrida a través de un arbitraje, que es lo que hizo EL CONSORCIO al presentar su demanda arbitral.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflicto contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

151. Sobre el particular, este árbitro observa que ESSALUD cumple con lo regulado en el numeral 15 de los términos de referencia. Sin embargo, también se constata que el propio anexo Nº 5 de los mismos términos establece que para la aplicación de la penalidad 8 debe verificarse el “informe expedido por la OSSE de la Red Asistencial Usuaria”.
152. La OSSE es la Oficina de Servicio de Salud Extra Institucional. De la lectura del expediente no se verifica ningún informe emitido por la OSSE. Sin embargo, se entiende que la imposición de la penalidad 8 se fundamenta en un informe producto de visitas de supervisión inopinadas (Informe Nº 58-EECM-MAE-ESSALUD-2018). En otras palabras, no es que la imposición de la penalidad 8 no tenga ninguna justificación. Ésta tiene sustento en una auditoría, donde se ha evaluado las prestaciones médicas de EL CONSORCIO, y si éstas se adecuan a las obligaciones contraídas dentro del contrato celebrado con ESSALUD.
153. A consideración del árbitro, la no referencia al informe expedido por la OSSE, no ha afectado a EL CONSORCIO, quien tuvo oportunidad para levantar observaciones consideradas en su oportunidad. De igual modo, EL CONSORCIO, en su Oficio Nº 121-DM-UBAPG-ARI-2018, no ha alegado la ausencia del informe expedido por la OSSE, por lo que a criterio del juzgador ha aceptado no contar con el informe del OSSE para la imposición de la penalidad 8.
154. Sobre el particular, se considera que sería un mal precedente que se admita en este arbitraje lo alegado respecto la falta de un informe determinado, cuando en la vía del reclamo directo a ESSALUD, EL CONSORCIO no ha cuestionado ello, a fin que la entidad pueda enmendar cualquier error que pueda haber cometido, dentro de los términos del contrato.
155. En consecuencia, el procedimiento seguido por ESSALUD para imponer las penalidades a EL CONSORCIO fue conforme al contrato y sus términos de referencia. No encontrándose ningún vicio respecto al procedimiento.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank Garcia Ascencios

156. Ahora, en el análisis de cada penalidad, este árbitro evaluará si respecto al fondo, efectivamente, EL CONTRATISTA fue adecuadamente sancionado con las penalidades reguladas en el contrato. Es decir, si es que EL CONSORCIO ha infringido alguna obligación asumida en el contrato que lo haga merecedor de las penalidades pactadas.

Sobre la penalidad por no programar atención médica tres veces por semana en los servicios de endocrinología (0.5 UIT), oftalmología (0.5 UIT), reumatología (0.5 UIT), neumología (0.5 UIT) y urología (0.5 UIT). (Penalidad global: 2.5 UIT)

157. En relación a la programación diaria y de tres veces por semana, las bases de contratación del contrato establecen cómo deben programarse las atenciones médicas:

10.3 Atención Médica

"10.3.1. Las actividades de atención individual mínimas que deben ser programadas diariamente en la IPRESS son:

- Consulta Externa de Medicina General, Medicina Familiar y/o Medicina Interna.
- Consulta Externa de Ginecología y Obstetricia.
- Consulta de Pediatría.
- Atención Odontológica.
- Atención de Enfermería.
- Atención de Obstetricia.
- Tópico de procedimientos de ayuda al diagnóstico y tratamiento.
- Consultas Médicas de Urgencias.
- Atención Fisioterapia.

10.3.2. La consulta médica especializada y los procedimientos que realiza no referida en el numeral anterior debe programarse como mínimo tres (03) veces por semana. La programación de las especialidades médicas dependerá de la demanda y el perfil epidemiológico". (El énfasis es del árbitro)

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

158. No hay controversia entre las partes respecto a que las atenciones, en endocrinología, oftalmología, reumatología, neumología y urología, deben darse tres (03) veces por semana, conforme lo refiere literalmente las bases de contratación. Sin embargo, sí hay controversia sobre el significado de “tres veces por semana”. Si significa tres atenciones en diferentes días de la semana, que es la posición de ESSALUD; o, si quiere decir tres turnos conforme a la demanda del servicio, incluso pudiendo brindarse dos turnos en un solo día, que es la posición de EL CONSORCIO.
159. ESSALUD considera válido aplicar la penalidad 3 “de las condiciones del servicio”, pues no se brinda las atenciones de salud en los tiempos y/o condiciones establecidas. ESSALUD impone una penalidad global ascendente 2.5 UIT por no brindar atención médica de tres veces por semana en los servicios de endocrinología (0.5 UIT), oftalmología (0.5 UIT), reumatología (0.5 UIT), neumología (0.5 UIT) y urología (0.5 UIT).
160. ESSALUD sustenta su defensa en que es lógico interpretar que las tres atenciones por semana tienen que darse en distintos días. Asimismo, basa su defensa en que EL CONSORCIO no formula ninguna observación sobre esto, por lo que la consulta contenida en el acta de reunión de fecha 4 de enero de 2018 no tiene ningún efecto, debido a que no la realiza en la instancia pertinente de consulta en el proceso de selección.
161. EL CONSORCIO expresa que hubo dudas sobre el contenido de “tres veces por semanas”, por lo que la propia red usuaria envía una consulta a la sede central para que informe cual debe ser su interpretación, lo que queda constancia en el acta adjunta como prueba del 4 de enero de 2018.
162. Sobre el particular, este árbitro considera que, para aplicarse una penalidad, que es una sanción por el incumplimiento de alguna obligación asumida en el contrato, debe determinarse con toda claridad el incumplimiento. La penalidad no es otra cosa que una cláusula penal pactada por las partes para sancionar a la parte que infringe el contrato.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

163. De la lectura de las bases de contratación no se observa alguna definición, aclaración o precisión, respecto a la interpretación de "tres veces por semana". No obstante, la penalidad es impuesta a pesar que el contrato no detalla con claridad el significado de tres veces por semana.
164. Como se ha expresado en los considerandos, éste es un contrato especializado en salud, que para ser resuelto debe examinarse además de la ley de contrataciones del Estado y su reglamento, también las normas del sector salud.
165. La Ley del Trabajo Médico regula en su artículo 9º que: "*La jornada asistencial del Médico Cirujano es de seis (6) horas diarias ininterrumpidas o su equivalente semanal de treinta y seis (36) horas o ciento cincuenta (150) horas mensuales (...)*". En otras palabras, el servicio de atención médica es medible por el número de horas (turnos) y no días, lo que lleva a interpretar que la programación en las atenciones de naturaleza médica se determina por turnos, y no días.
166. EL CONSORCIO alega haber cumplido los tres turnos en cada uno de los servicios penalizados. Turnos que ESSALUD no ha cuestionado en este arbitraje. ESSALUD únicamente ha objetado que las tres atenciones por semana debieron brindarse en diferentes días. Sin embargo, esto no tiene ningún sustento literal en las bases de contratación.
167. No se comparte la interpretación de ESSALUD porque las bases no dicen que las tres atenciones deban realizarse en diferentes días. Las bases no guardan claridad en determinar si las tres atenciones son en turno o en distintos días. Esta falta de claridad de ESSALUD al requerir el servicio no puede servir para penalizar a EL CONSORCIO. Falta de claridad que es evidenciada en el acta de reunión del 4 de enero de 2018, donde ESSALUD reconoce que "*ACTUALMENTE EN CONSULTA EN LA SEDE CENTRAL RESPECTO A SI SON DÍAS O TURNOS EN LA SEMANA, TODA VE QUE NO ESPECIFICA EN LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA*".

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflict contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

168. Adicionalmente, prueba de esta falta de precisión para contratar son las propias bases de contratación, donde dicen lo siguiente:

10.3.4 (...) En caso de incumplimiento, los turnos o días de no atención injustificados serán descontados de manera proporcional al pago mensual (...)". (El énfasis es del árbitro)

169. Por consiguiente, la interrogante que debiera hacerse es ¿Cómo no valorarse los turnos para dar un significado a la atención de las tres veces por semana, si las mismas bases lo consideran para aplicar descuentos al contratista?

170. Este árbitro entiende que es óptimo que un servicio de atención médica se brinde en tres días diferentes de la semana, pero ello siempre que sea acorde a la demanda. Elemento que tampoco ha sido considerado por ESSALUD a pesar de estar fijado en las bases que la programación de las especialidades médicas dependerá de su demanda.

171. El lineamiento de programar las especialidades médicas conforme a la demanda es acorde con la NTS Nº 021-MINSA/DGSP-V.03, Norma Técnica de Salud sobre Categorías de Establecimientos de Salud del Sector Salud, que regula: "*El horario de atención debe programarse de acuerdo al volumen de la demanda, disponibilidad de recursos humanos, necesidades de salud identificadas en la persona, familia y comunidad y según la dinámica del desarrollo local (...)"*.

172. En consecuencia, se llega a la conclusión que EL CONSORCIO no ha incumplido el contrato respecto a la programación de los especializados de endocrinología, oftalmología, reumatología, neumología y urología.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

Sobre la penalidad por no levantar la observación de tener un médico sin título de especialización (0.5 UIT) y por la atención médica de profesional sin título de especialidad (2 UIT)

173. En relación a que los médicos programados en las especialidades cuenten con un Registro Nacional de Especialidad (RNE), las bases de contratación del contrato establecen lo siguiente:

102.2 Recursos Humanos

"10.2.1. El personal asistencial deberá tener el siguiente perfil:

- *Para el caso de los profesionales de la salud: Título Profesional y Constancia de Habilidad Profesional, emitido por el Colegio correspondiente, para el ejercicio profesional.*
- *En el caso de Médicos Especialistas deberán acreditar el Título Universitario correspondiente y su registro de especialista en el Colegio Médico del Perú. En caso de no tener el título de especialista podrá acreditar por única vez, mediante Constancia de haber culminado el Residentado Médico emitida por la Universidad (documento que tendrá una validez de nueve (09) meses, el cual deberá ser reemplazado por el título de especialista)". (El énfasis es del árbitro)*

174. EL CONSORCIO considera que en las bases no se exigen de manera directa que el recurso humano cuente con Registro Nacional de Especialidad, por lo que no es susceptible de ser penalizado. En cambio, ESSALUD indica que las bases sí lo establecen de esa forma.

175. Sobre el particular, las bases de contratación son específicas y no dan lugar a mayor interpretación. La regla es que los médicos especialistas cuenten con título y registro del Colegio Médico del Perú. Sin embargo, esta regla tiene una excepción, que es que será válido acreditar solo por única vez la especialidad a través de constancia de haber culminado el residentado médico en una universidad, el mismo que solo tendrá validez nueve meses, y deberá ser reemplazado por el título de la especialidad.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflict contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

176. De acuerdo al texto citado de las bases de contratación, no se coincide con la posición de EL CONSORCIO, debido a que las bases determinan de forma literal que los médicos especialistas deben contar con “registro de especialista en el Colegio Médico del Perú”. El Colegio es quien regula el trámite para conceder el Registro Nacional de Especialistas. En consecuencia, sí es una obligación de EL CONSORCIO que sus médicos especialistas tengan este registro otorgado por el Colegio Médico.
177. Ahora, las mismas bases fijan la excepción a la regla respecto a que puede utilizarse por única vez la constancia de residentado médico, que tiene un plazo de validez de nueve meses. Al respecto, EL CONSORCIO se ha acogido a esta excepción entregando a ESSALUD la constancia de residentado de la Dra. Vílchez Limay de haber culminado el mismo el 30 de junio de 2017. Por consiguiente, este certificado tuvo una vigencia de nueve meses, que ha vencido el mes de marzo de 2018.
178. En ese sentido, mediante Informe Nº 52-EEC-MAE-ESSALUD-2018 ESSALUD realiza esa observación, pues el certificado de residenciado habría vencido, y corresponde que los médicos especialistas cuenten con su registro nacional de especialidad. Al no levantar esta observación, ESSALUD penaliza a EL CONSORCIO por las penalidades 8 (*“La prestación no cumple con las características y condiciones ofrecidas”*) y 9 (*“No levantar las observaciones en los plazos establecidos”*). EL CONSORCIO se opone considerando que es una doble sanción por un mismo hecho.
179. El principio de *non bis in ídem* significa que uno no puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho. Es un principio fundamental en el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. Sin embargo, a pesar de no ser éste un procedimiento de esa naturaleza, sino ser un contrato celebrado entre EL CONSORCIO y ESSALUD, no existiendo en estricto una sanción por parte de la entidad a un administrado, sino la penalización pactada al contratista por no cumplir sus obligaciones dentro del contrato; también, es cierto que en un contrato no puede penalizarse dos veces por un mismo hecho si las partes no lo pactaron.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

180. La regulación de la penalidad no debe convertirse en una puerta abierta para que exista una doble penalización por un mismo hecho (infracción). Hacerlo es contravenir toda lógica legal. Esta conducta no podría ser amparada por el Derecho.
181. Para identificar si hay un caso de doble penalidad por un mismo hecho debe evaluarse si existe la identidad de “sujeto, hecho y fundamento”. Si en caso existe la triple identidad al momento de penalizar la conducta, entonces no puede penalizarse por el mismo hecho, si es que las partes no lo pactaron. En contraste, si las sanciones impuestas en el marco del contrato no cumplen esta triple identidad, entonces puede existir doble penalidad.
182. En el caso es claro que hay identidad de sujetos y fundamentos, debido a que son las mismas partes (EL CONSORCIO y ESSALUD) la que están involucradas. Asimismo, el fundamento central es que los médicos especialistas no cuentan con el registro nacional de especialistas del Colegio Médico del Perú. Sin embargo, este juzgador observa que los hechos de cada sanción son disímiles.
183. Para el árbitro es un hecho distinto sancionar a EL CONSORCIO, primero, porque no levanta sus observaciones en los plazos establecidos (0.5 UIT) y, segundo, por no brindar las prestaciones cumpliendo las condiciones ofrecidas (2 UIT).
184. Es atendible esta doble sanción debido a que se sanciona dos hechos diferentes. La entidad no puede dejar de sancionar al contratista por no cumplir finalmente con las obligaciones contraídas en el contrato, a pesar que lo hizo primero imponiéndole 0.5 UIT por no levantar las observaciones, pues hacerlo significaría generar una conducta maliciosa, debido a que el ideal sería esperar la sanción mínima de 0.5 UIT por no levantar observaciones, y así evadir la sanción por no cumplir el contrato en las condiciones determinadas en las bases. El árbitro no puede amparar esta futura conducta de las IPRESS. Hacerlo vulnera el objeto del contrato, que es brindar el primer nivel de atención dentro de las condiciones fijadas en las bases de contratación.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

185. Incluso, se considera que la observación por no tener el personal con el registro de especialistas del Colegio fue una advertencia que ha beneficiado a EL CONSORCIO, pues pudo subsanar su incumplimiento y no recibir ninguna penalidad, pero no lo hizo. En otras palabras, fue plena responsabilidad de EL CONSORCIO ser penalizado finalmente por 2.5 UIT, porque conocía de su conducta no acorde al contrato.
186. En consecuencia, ESSALUD tuvo la facultad para sancionar a EL CONSORCIO por no levantar sus observaciones y por no brindar las prestaciones en las condiciones ofrecidas, conforme a lo pactado en el contrato.

Sobre la penalidad por no contar con los equipos de infrarrojo diatermia de onda corta e hidroterapia en rehabilitación (2 UIT), de campimetría para extracción de pterigión ni chalazón en oftalmología (2 UIT) y equipos para procedimiento en urología (2 UIT)

187. ESSALUD es de la posición que EL CONSORCIO ha tercerizado los servicios de rehabilitación, oftalmología y urología, debido a que el día de las supervisiones no se encontraron los equipos para brindar estos servicios. La tercerización no está permitida en el contrato. Alega ESSALUD que incluso EL CONSORCIO ha manifestado en sus declaraciones de interés que tenía estos equipos. En contraste, EL CONSORCIO alega que no ha realizado ninguna tercerización del servicio, y que estos equipos les son proporcionados producto de contratos celebrados con terceros.
188. En relación a la tercerización, las bases establecen como obligaciones de las IPRESS lo siguiente:

"8.8. No ceder a terceros, total o parcialmente los derechos y obligaciones del contrato".

189. De igual modo, es de importancia la norma técnica de salud Nº 021-MINSA/DGPS-V.03 que establece lo siguiente:

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

"5.8. El establecimiento de salud es responsable de garantizar que las UPSS cuenten con los recursos necesarios para su funcionamiento, durante el horario de atención según corresponda a cada una de ellas, de acuerdo a su capacidad resolutiva".

190. EL CONTRATISTA no niega que ha celebrado contratos de prestación de servicios con terceros para contar con estos equipos en las áreas de rehabilitación, oftalmología y urología. Sin embargo, considera que no hay tercerización, mientras que para ESSALUD sí. Al respecto, se observa que no existe controversia respecto a que la tercerización no está permitida en este contrato. Sin embargo, se observa una disímil interpretación a lo que debe definirse por "tercerización".
191. La tercerización o *outsourcing*, en su vocablo en inglés, significa emplear determinados servicios fuera (*out*) de la fuente (*source*) principal. Es decir, una empresa para realizar sus actividades contrata con un tercero para que coadyuve a desarrollarlas.
192. Esta es una definición general de tercerización, pero que sirve como punto de partida para comprender esta figura legal.
193. La Ley Nº 29245, ley que regula los servicios de tercerización, brinda una definición legal y casos que constituyen tercerización:

Artículo 2.- Definición. -

"Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación". (El énfasis es del árbitro)

Artículo 3.- Casos que constituyen tercerización de servicios

"Constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo". (El énfasis es del árbitro)

194. Este árbitro considera que EL CONSORCIO no ha realizado ninguna tercerización, debido a que, si bien ha contratado con otras empresas para que proporcione el equipamiento respectivo, igual EL CONSORCIO es el que brinda el servicio médico y es responsable por los resultados (no las empresas contratadas). Asimismo, EL CONSORCIO es el que realiza las actividades principales como las consultas diarias y de tres veces a la semana.
195. El árbitro entiende que ESSALUD busca que íntegramente todos los servicios sean brindados con equipos de EL CONSORCIO. Lo cual es un ideal del servicio. Sin embargo, las bases no consigan de forma literal que el equipamiento deba ser de propiedad de la IPRESS. La regulación en las bases es genérica, y no se puede imponer multas por una conducta que no está correctamente tipificada en el contrato.
196. El considerarse que no puede delegarse derechos y obligaciones sería tomar como presupuesto que es una obligación de EL CONSORCIO que los equipos sean de su propiedad y deban brindar los procedimientos médicos únicamente con éstos. Interpretación que no genera convicción, pues ello no se pacta en el contrato.
197. Para este árbitro ha quedado probado del caso que los servicios médicos fueron brindados por EL CONSORCIO, quien tuvo su equipo médico para que brinde este servicio. EL CONSORCIO consigue a través de contratos de prestación de servicios el equipamiento necesario, sin dejar de brindar la atención médica en sus instalaciones, con su equipo médico y administrativo. Sobre todo, no dejando de ser la parte contractual con ESSALUD, y asumiendo la responsabilidad de los actos que sucedan en su establecimiento.
198. Asimismo, EL CONSORCIO no ha cedido derechos a ningún tercero. El demandante celebra los contratos de prestación de servicios con terceros, no cede derechos, ni obligaciones. Este árbitro interpreta la prohibición de ceder obligaciones y derechos,

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

para casos de cesión de derechos⁸ y cesión de posición contractual⁹. Dos supuestos que no existieron, debido a que no se cede ningún derecho sobre el contrato, ni se cambia de posición contractual, que hubiera necesitado inevitablemente de la participación de ESSALUD para configurar el cambio de posición contractual.

199. La conducta de EL CONSORCIO es acorde al contrato, éste celebra contrato de prestación de servicio con terceros, a fin de contratar el equipamiento necesario para las tres áreas en cuestión. EL CONSORCIO realiza un contrato privado, pero sin desprender de sus obligaciones contraídas en el contrato.
200. Asimismo, la conducta de EL CONSORCIO es acorde con la NTS 021-MINSA/DGPS-V.03, debido a que ha cumplido “con contar con los recursos necesarios para su funcionamiento”, para estar acorde a esta obligación ha celebrado contratos de prestación de servicios con otras empresas.
201. Por otro lado, respecto a las expresiones de interés y equipamiento médico, ESSALUD sostiene que el contratista ha presentado esta documentación al procedimiento especial de contratación, por lo que habría quedado acreditado que el contratista debía contar con dichos equipos, y al no cumplir con lo ofertado en su oferta técnica corresponde se apliquen las penalidades.
202. Sobre el particular, el árbitro comprende el razonamiento de ESSALUD, pero también debe evaluarse la naturaleza técnica y especializada del servicio de las atenciones médicas. Se entiende que EL CONSORCIO ha participado en este procedimiento especial

⁸ **Artículo 1206º del código civil.** -

“La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cessionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto”.

⁹ **Artículo 1435º del código civil.** -

“En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión. Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cessionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta”.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

considerando que cuenta con todo el equipamiento médico, pero ello no significa que deba tenerlo de forma permanente, ni que sean de su propiedad. Se entiende que el objeto es que cuando haya un asegurado que busque un procedimiento determinado con el equipo, la IPRESS lo atenderá con los respectivos equipos. En otras palabras, hay una planificación al brindar las atenciones de salud con el equipamiento en cuestión.

203. La planificación o gestión médica es fundamental en este caso, y es lo que no ha observado el auditor al recomendar las penalidades. En este arbitraje no se ha demostrado que algún paciente no haya recibido atención con el equipamiento en controversia en las áreas de rehabilitación, oftalmología y urología; es decir, se ha garantizado el servicio a todos los asegurados de ESSALUD.
204. En consecuencia, cuando EL CONSORCIO presenta sus expresiones de interés, estos equipamientos podrían incluso no pertenecerles, y celebrar contratos para contar con estos. Lo que el auditor debió hacer es auditar estos contratos de prestación de servicios, y revisar las atenciones brindadas con estos equipos, para demostrar que no se ha brindado el servicio conforme al contrato, debido a que no se garantiza la atención de los asegurados en la oportunidad y calidad exigida.
205. La imposición de esta penalidad refleja vacíos en las bases de contratación, debido a que no se define con exactitud que los equipos médicos deban ser de propiedad de EL CONSORCIO, o que estén los siete días de la semana en el establecimiento de salud.
206. Debe recordarse que la Ley de Contrataciones aplicable, D.L. Nº 1017 modificado por Ley Nº 29873, indica en su artículo 13 que:

"(...) Al plantear su requerimiento, el área usuaria deberá describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado.

La formulación de las especificaciones técnicas deberá ser realizada por el área

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

usuaria en coordinación con el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, evaluando en cada caso las alternativas técnicas y las posibilidades que ofrece el mercado para la satisfacción del requerimiento (...)".

207. ESSALUD es el responsable de describir la cantidad y calidad del servicio. Incluso, las especificaciones técnicas que deben tener. En caso no requerirlo de una determinada forma, no puede aplicarse penalidades sobre supuestos no cumplidos.
208. En consecuencia, para este árbitro no hay una obligación de EL CONSORCIO de no poder celebrar contratos de prestación de servicios para adquirir el equipamiento respectivo, por lo que no se ha incumplido ninguna obligación del contrato en este extremo.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR A QUÉ PARTE CORRESPONDE ASUMIR LOS COSTOS DEL ARBITRAJE (COSTOS Y COSTAS).

209. Sobre el particular, el inciso 2 del artículo 56º de la Ley de Arbitraje dispone que se debe emitir pronunciamiento en el laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73º del referido cuerpo legal.
210. De igual manera, el artículo 70º de la Ley de Arbitraje regula los costos arbitrales:

"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. *Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. *Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. *Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. *Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. *Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. *Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".*

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflict contractual entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

211. Por su parte, el inciso 1 del artículo 73º de la Ley de Arbitraje señala lo siguiente:

"El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

212. En el presente caso, dada la incertidumbre existente entre las partes respecto al tema controvertido, la necesidad de que en la vía arbitral sea resuelta esa incertidumbre, el sentido de la decisión y sus fundamentos, y finalmente el comportamiento de las partes a lo largo de las actuaciones arbitrales, se considera que los costos y costas deben ser asumidos por las partes en la proporción que a cada una le ha sido necesaria.

213. Se deja constancia que EL CONSORCIO se ha subrogado en el pago de honorarios arbitrales, por lo que ESSALUD debe reintegrarle el monto que le correspondía asumir (50% del honorario arbitral).

214. Por las consideraciones antes citadas, este Árbitro Único decide:

XI. DECISIÓN.

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** en parte la pretensión principal, en consecuencia, por los fundamentos expresados en la parte considerativa, dejar sin efecto parte de las penalidades impuestas por ESSALUD por un monto ascendente a S/ 35,275.00 (Treinta y Cinco Mil Doscientos Setenta y Cinco con 00/100 soles), equivalente a 8.5 UIT (2018).

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión subordinada, conforme a las consideraciones expuestas en la parte considerativa de este laudo.

Expediente N.º: 052-2019-ARB-OTRO

Arbitraje seguido entre Consorcio Red Innova y BKN Salud SAC – Seguro Social de Salud (ESSALUD)

Conflictos contractuales entre IAFAS e IPRESS (Penalidades)

Árbitro Único

Frank García Ascencios

TERCERO: **Disponer** que cada parte asuma los costos (costos y costas) que el arbitraje ha irrogado, en razón de los fundamentos que se expresan en la parte considerativa del laudo, debiendo ESSALUD reintegrar a EL CONSORCIO los importes que éste ha abonado en subrogación de aquella.

CUARTO: **Disponer** que la secretaría arbitral proceda a remitir copia del presente laudo al OSCE para los fines correspondientes.

Notifíquese a las partes.



FRANK GARCÍA ASCENCIOS
Árbitro Único