

OSCE

2020-16501999-LIMA COMPLETO

INTERESADO : SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
RUC : RNP:
DOCUMENTO : ACTAS
NRO :
FECHA : 19/02/2020
TRAMITE : 240-COMUNICACIONES DIVERSAS
ASUNTO : REMITE LAUDO
PRIORIDAD : NORMAL
N. FOLIOS : 29
EMISOR : NGUTIERREZ
PLAZO ATENCION: DIAS HABILES
ESTADO : COMPLETO
TRAMITE ORIGEN: 16501999
OBSERVACIONES :
NRO. EXPEDIENTE: 2020-0017582

ACCIONES

- | | |
|----------------------------------|-------------------------------|
| 01 TRAMITE | 13 PROYECTAR SOLUCION |
| 02 OPINION | 14 PARA TRAMITACION INMEDIATA |
| 03 INFORME | 15 EVALUAR Y RECOMENDAR |
| 04 CONOCIMIENTO Y ACCIONES | 16 AGREGAR ANTECEDENTES |
| 05 COORDINAR | 17 PROYECTAR BASES |
| 06 COORD. CON EL AREA USUARIA | 18 VERIFICAR STOCK Y ATENDER |
| 07 ARCHIVO | 19 PARA CONOC. Y DEVOLUC |
| 08 SOLUCION DIRECTA X ESCRITO | 20 AUTORIZADO |
| 09 ATENC. DE ACUERDO A LO SOLIC. | 21 POR CORRESPONDERLE |
| 10 HABLAR CONMIGO | 22 VISACION |
| 11 SOLICITAR ANTECEDENTES | 23 SUPERVISAR |
| 12 PREPARAR RESPUESTA | 24 CUSTODIA |

DERIVADO A:	ACCIONES	FECHA	OBSERVACIONES	V.B
1.- <DAR>	_____	19/02/2020 17:38:13	_____	_____
2.-	_____	_____	_____	_____
3.-	_____	_____	_____	_____
4.-	_____	_____	_____	_____
5.-	_____	_____	_____	_____
6.-	_____	_____	_____	_____
7.-	_____	_____	_____	_____
8.-	_____	_____	_____	_____



PERÚ

Ministerio
de SaludSuperintendencia
Nacional de Salud

"Año de la Universalización de la Salud"

Santiago de Surco, 12 de Febrero del 2020

**EXPEDIENTE N° 01381-2019
CARTA N° 00751-2020-SUSALUD/CECONAR**

Sra.

MILAGRITOS PASTOR PAREDES
AV. PUNTA DEL ESTE S/N EDIFICIO EL REGIDOR 1ER. PISO N° 108 ZONA COMERCIAL DEL
CONJUNTO RESIDENCIAL SAN FELIPE
JESÚS MARÍA**Presente**Asunto : Se Remite Laudo Arbitral

Referencia : Exp. N° 053-2019-ARB-OTRO

869157-1

OSCE UNIDAD DE ATENCIÓN AL USUARIO MESA DE PARTES SEDE CENTRAL LIMA 04
19 FEB. 2020
RECIBIDO
Nº Trámite:

Por medio de la presente, tenemos el agrado de dirigirnos a usted a nombre del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud, a fin de expresarle nuestros más cordiales saludos y con el objeto de informarle lo siguiente:

Sobre el particular, se ha tramitado un proceso arbitral iniciado por el Consorcio Asociación Red Innova - Health Services & Information Systems S.A.C. contra el Seguro Social de Salud – ESSALUD respecto a la aplicación de penalidades y otro, signado con el expediente de la referencia, en el cual con fecha 08 de enero de 2020 el Árbitro Único, abogado Derik Roberto Latorre Boza, ha emitido el Laudo correspondiente.

En tal sentido, cumplimos con remitir adjunto al presente un (01) juego de copia simple del citado Laudo Arbitral de fecha 08 de enero de 2020, para los fines pertinentes.

Atentamente,

LILIANA EMPÉRATRIZ BOBADILLA BOCANEGRA
Secretario General Del Centro De Conciliación Y Arbitraje(e)

LEBB/KPRS

**Centro de Conciliación y Arbitraje
de la Superintendencia Nacional de Salud**

Arbitraje seguido entre

Consorcio Asociación Red Innova - Health Services & Information Systems S.A.C.
(Demandante)

y

Seguro Social de Salud - ESSALUD
(Demandado)

Expediente N° 053-2019-ARB-OTRO

LAUDO ARBITRAL

Árbitro Único

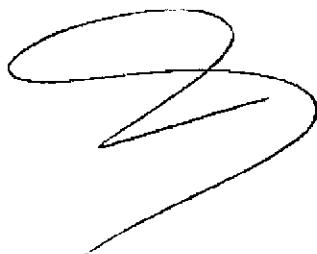
Derik Roberto Latorre Boza

Secretaria Técnica
Yuri Rosario Cabezas Limaco

8 de enero de 2020

Contenido

I.	GLOSARIO DE TÉRMINOS	3
II.	ANTECEDENTES:	4
A.	Hechos del caso	4
B.	Del Convenio Arbitral.....	11
C.	Demanda arbitral	11
D.	Contestación de la Demanda.....	12
E.	Designación de Árbitro Único	12
F.	Audiencia Única	12
G.	Alegatos finales	13
H.	Audiencia de Informes Orales y Plazo para laudar:	13
III.	MATERIA CONTROVERTIDA.....	14
A.	PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.....	14
A.1.	POSICIÓN DEL CONSORCIO (DEMANDANTE).....	14
A.2.	POSICIÓN DE LA ENTIDAD (DEMANDADA).....	16
A.3.	CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO.....	17
B.	SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.....	25
B.1.	POSICIÓN DEL CONSORCIO (DEMANDANTE).....	25
B.2.	POSICIÓN DE LA ENTIDAD (DEMANDADA).....	25
B.3.	CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO.....	25
C.	TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.....	27
IV.	DECISIÓN.....	28



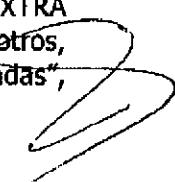
I. GLOSARIO DE TÉRMINOS

Demandante, Consorcio IPRESS	Consorcio integrado por las empresas Asociación Red Innova y Health Services & Information Systems S.A.C.
Demandado, Entidad	Seguro Social de Salud - ESSALUD
Contrato	Contrato correspondiente al Procedimiento Especial de Contratación N° 03-2015-ESSALUD-RAA Contratación de IPRESS de primer nivel de atención para la población aseguradora de la Red Asistencial Almenara de ESSALUD
TDR	Términos de Referencia para la Contratación de IPRESS de primer nivel de atención para la población aseguradora de la Red Asistencial Almenara de ESSALUD
Procedimiento especial de Contratación de IPRESS	Decreto Supremo N° 017-2014-SA "Aprueban procedimiento especial de contratación de IPRESS para la población asegurada de la Red Asistencial ALMENARA de ESSALUD"
Ley N° 29344	Ley N° 29344 "Ley marco de Aseguramiento Universal en Salud"
Reglamento de la Ley N° 29344	Decreto Supremo N° 008-2010-SA "Reglamento de la Ley N° 29344, Ley marco de Aseguramiento Universal en Salud"
LCE	Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (modificada mediante la Ley N° 29873)
RLCE	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (modificado mediante el Decreto Supremo N° 138-2012- EF)
Ley de Arbitraje	Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el arbitraje
LPAG	Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General

II. ANTECEDENTES:

A. Hechos del caso

- i.** El 28 de septiembre de 2015, se firma el Contrato entre la Entidad y la IPRESS, mediante el cual esta última se obliga a brindar atención integral de primer nivel de atención, para desarrollar 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. El mecanismo de pago es pago capitado y la tarifa per cápita es de acuerdo al porcentaje de la población de treinta (30) años a más del total asignado mensualmente a la IPRESS.

La ejecución del contrato será por un plazo de dos (02) años a partir de la fecha de inicio de operaciones. El periodo de vigencia del contrato contempla un periodo previo de implementación máximo de sesenta (60) días calendarios.
- ii.** Con fecha 08 de mayo de 2017, la médica auditora externa, doctora Emily Elizabeth Calderón Muñoz, efectúa Auditoría Concurrente (Visita Inopinada) del mes de abril - mayo 2017 a la IPRESS, emitiendo su Acta de Concurrencia correspondiente.
- iii.** Con fecha 27 de junio de 2017, el Gerente de la Red Desconcentrada Almenara – ESSALUD, doctor Guillermo Barrios Flores, remite la Carta N° 2404-GRDA-ESSALUD-2017, al Gerente Central de Operaciones de ESSALUD, doctor Jorge Santiago Serida Morisaki, realizando consultas sobre aparentes discordancias en los TDR de los Procedimientos Especiales de Contratación 001 y 003-2015-ESSALUD/RAA, entre ellas, la referida a "si las especialidades médicas serán programadas como mínimo 3 veces por semana o de acuerdo a demanda considerando que si la demanda es muy escasa la IPRESS programará menos de 3 veces por semana".
- iv.** Con fecha 18 de julio de 2017, la Gerente de Financiamiento de las Prestaciones de Salud, doctora Leslie Carol Zevallos Quinteros, remite el Informe N° 017-GFPS-GCOP-ESSALUD-2017 al Gerente Central de Operaciones de ESSALUD, doctor Jorge Santiago Serida Morisaki, sobre las consultas sobre aparentes discordancias en los TDR, en el cual se concluye: 1) Los TDR que dieron origen al Procedimiento Especial de Contratación 001 y 003-2015-ESSALUD/RAA forman parte del respectivo Expediente de Contratación y el Contrato y 2) Las tres aparentes contradicciones y divergencias surgidas en los TDR aludidos, deberán absolverse acorde a lo estipulado en el Contrato suscrito.
- v.** El 09 de agosto de 2017, se suscribe la Adenda N° 01 al Contrato, mediante la cual, las partes acuerdan ampliar el plazo de ejecución del contrato suscrito con fecha 28 de setiembre de 2015, por el plazo de un año, el mismo que será computado desde la fecha en que culmina el periodo de veinticuatro (24) meses, contemplado en el contrato primigenio.
- vi.** Con fecha 04 de enero de 2018, se lleva a cabo reunión entre las IPRESS EXTRA INSTITUCIONALES con representante de la Red Desconcentrada Almenara, entre otros, sobre "Recomendaciones del Órgano de Control de Interno de las Visitas realizadas",


emitiéndose Acta de Reunión con esa misma fecha, en la cual se establece como Recomendación N° 1:

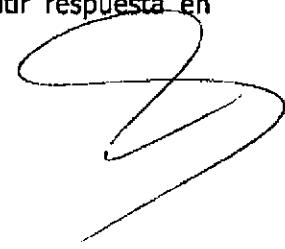
"Cumplimiento de las programaciones de los servicios asistenciales y principalmente de las especialidades médicas (ACTUALMENTE EN CONSULTA EN LA SEDE CENTRAL RESPECTO A SI SON DÍAS O TURNOS EN LA SEMANA, TODA VEZ QUE NO ESPECIFICA EN LOS TDR) con la finalidad de asegurar las atenciones a los asegurados, de acuerdo a la frecuencia que se establecen en los TDR".

- vii. Con fecha 26 de mayo de 2018, la médica auditora externa, doctora Emily Elizabeth Calderón Muñoz, efectúa Auditoría Concurrente (Visita Inopinada) del mes de abril - mayo 2018 a la IPRESS, emitiendo su Acta de Concurrencia correspondiente.
- viii. Con fecha 23 de junio de 2018, la médico auditor externo, doctora Emily Elizabeth Calderón Muñoz, efectúa Auditoría Concurrente (Visita Inopinada) del mes de mayo - junio 2018 a la IPRESS, emitiendo su Acta de Concurrencia correspondiente.
- ix. El 11 de julio de 2018, la médica auditora externa, doctora Emily Elizabeth Calderón Muñoz, remite el Informe de Visita de Supervisión Inopinada N° 59-EBCM-MAE-ESSALUD-2018 al Gerente de Red Desconcentrada Almenara, en el cual da cuenta de que correspondía aplicar las siguientes penalidades:

Sección VII. del Informe	Obligaciones de la IPRESS (según TDR)	Acción u omisión	Infracción (Anexo 5 de los TDR)	Penalidad
1	Anexo 6 del TDR, Recurso Humano Mínimo Programado.	Ginecología y Obstetricia no cumple con la programación diaria sólo registra asistencia el día 12.05.18	- Del servicio, numeral 3, no brindar las atenciones de salud en los tiempos y/o condiciones establecidas en los TDR (por cada caso particular)	0.5 UIT
2	Anexo 6 del TDR, Recurso Humano Mínimo Programado.	Tecnólogo Médico en Radiología no cumple con la programación diaria sólo registra asistencia los días 05, 12, 19, 26 y 31 de mayo	- Del servicio, numeral 3, no brindar las atenciones de salud en los tiempos y/o condiciones establecidas en los TDR (por cada caso particular)	0.5 UIT
3	Anexo 6 del TDR, Recurso Humano Mínimo Programado.	Dermatología no cumplió con la programación mínima de 3 veces por semana.	- Del servicio, numeral 3, no brindar las atenciones de salud en los tiempos y/o condiciones establecidas en los TDR (por cada caso particular)	0.5 UIT
3	Anexo 6 del TDR, Recurso Humano Mínimo Programado.	Neumología no cumplió con la programación mínima de 3 veces por semana.	- Del servicio, numeral 3, no brindar las atenciones de salud en los tiempos y/o condiciones establecidas en los TDR (por cada caso particular)	0.5 UIT
3	Anexo 6 del TDR, Recurso Humano Mínimo Programado.	Oftalmología no cumplió con la programación mínima de 3 veces por semana.	- Del servicio, numeral 3, no brindar las atenciones de salud en los tiempos y/o condiciones establecidas en los TDR (por cada caso particular)	0.5 UIT

3	Anexo 6 del TDR, Recurso Humano Mínimo Programado.	Reumatología no cumplió con la programación mínima de 3 veces por semana.	- Del servicio, numeral 3, no brindar las atenciones de salud en los tiempos y/o condiciones establecidas en los TDR (por cada caso particular)	0.5 UIT
4	Ítem 10.2 de los TDR, Recursos Humanos.	Personal médico en especialidad de pediatría sin título de especialización ni registro nacional de especialización, director médico presenta constancia de culminación de residentado médico: doctor Adriano Macham Fredy (pediatría) CMP: 39289 con fecha de culminación de residentado el 30.06.15. Observación ya ha sido consignada en Informe Nº 053-EBCM-MAE-ESALUD-2018, asimismo, señalada en Acta de visita inopinada de fecha 08.05.17 "se reportan especialistas de pediatría que no cuentan con registro de especialización". Habiéndose cumplido el tiempo correspondiente de subsanación, la cual no ha sido presentada, encontrándose programado y realizado atenciones en el mes de mayo.	- De las actividades, numeral 9, no levantar las observaciones en los plazos establecidos o consensuados a partir de la primera reiteración (por cada caso particular). Por no presentar título de especialización (mes de mayo) - De las actividades, numeral 8, las prestaciones no cumplen con las características y condiciones ofrecidas (por cada caso particular). Por atención pediátrica sin contar con título de especialización ni registro nacional de especialización (mes de mayo)	0.5 UIT 02 UIT
5	Ítem 10.2 de los TDR, Recursos Humanos.	Programado personal médico en especialidad de pediatría: doctor Medina Minas Helmer CMP 41587, actualmente cuenta con título de especialización entregado y dado el 08.05.18 no cuenta con registro nacional de especialización. Observación ya ha sido consignada en Informe Nº 053-EBCM-MAE-ESSALUD-2018, asimismo, señalada en Acta de visita inopinada de fecha 08.05.17 "se reportan especialistas de pediatría que no cuentan con registro de especialización". En control posterior, se verifica programado en los meses de abril y marzo.	- De las actividades, numeral 9, no levantar las observaciones en los plazos establecidos o consensuados a partir de la primera reiteración (por cada caso particular). Por no presentar título de especialización (mes de abril y marzo) - De las actividades, numeral 8, las prestaciones no cumplen con las características y condiciones ofrecidas (por cada caso particular). Por atención pediátrica sin contar con título de especialización ni registro nacional de especialización (mes de abril y marzo)	0.5 UIT 2.0 UIT
5	Ítem 10.2 de los TDR, Recursos Humanos.	Programado personal médico en especialidad de pediatría: doctor Medina Minas Helmer CMP 41587, en página de colegio médico se verifica que no cuenta con el registro nacional de especialización, con lo cual no se levanta	- De las actividades, numeral 9, no levantar las observaciones en los plazos establecidos o consensuados a partir de la primera reiteración (por cada caso particular). Por no presentar registro	0.5 UIT

		observación de no contar con registro nacional de especialización señalado en Informe N° 053-EECM-MAE-ESSALUD-201, asimismo, señalada en Acta de visita inopinada de fecha 08.05.17.	nacional de especialización (mes de mayo 2018) - De las actividades, numeral 8, las prestaciones no cumplen con las características y condiciones ofrecidas (por cada caso particular). Por atención pediátrica sin contar con registro nacional de especialización (mes de mayo 2018)	2 UIT
6	Ítem 10.2.1 de los TDR, Recursos Humanos, del personal asistencial.	Se evidenció que los siguientes profesionales cuentan con constancia de culminación de residentado la cual excede la validez de nueve meses señalada en los Términos de Referencia: - Díaz Aliaga Angélica (medicina física y rehabilitación CMP 60991 fecha culminación de residentado 31.12.11) - Flores Condori Raul (dermatología CMP 45340 fecha de culminación de residentado 30.07.17)	- De las actividades, numeral 8, las prestaciones no cumplen con las características y condiciones ofrecidas (por cada caso particular). Por atención de médico programado en dermatología sin contar con registro nacional de especialización ni título profesional.	2 UIT 2 UIT
7		Director médico refiere presentar servicios tercerizados con clínica San Juan Bautista para realización de procedimientos de Oftalmología (campimetría) procedimiento de Neurología, procedimiento de Rehabilitación (hidroterapia parcial y diatermia de onda corta) en los cuales la prestación se brinda fuera de las instalaciones de la IPRESS	- De las actividades, numeral 8, las prestaciones no cumplen con las características y condiciones ofrecidas (por cada caso particular). Por brindar servicios tercerizados.	2 UIT
8	Ítem 10.3 de los TDR, Atención Médica.	Respecto a visita inopinada de fecha 26.05.18 se observa en consultorio de evaluación de Optometría presencia de lentes para la venta del asegurado	- De las actividades, numeral 8, las prestaciones no cumplen con las características y condiciones ofrecidas.	2 UIT

- x. El 25 de julio de 2018, mediante Carta N° 1865-GRDA-ESSALUD-2018, el Gerente de ESSALUD, doctor César Candelario Sotelo Apolaya, remite al Director Médico de la IPRESS, doctor David Huamaní Félix, el Informe de Auditoría Médica N° 59-EECM-MAE-ESSALUD-2018, señalando que producto de dicha Auditoría se encontraron observaciones y no conformidades, por lo cual, le recomienda emitir respuesta en función al ítem 15.5 de los Términos de Referencia.
- 

- xii.** El 03 de agosto de 2018, mediante Oficio N° 098-DM-IPRESSZ-ARI-2018, la IPRESS presenta sus descargos respecto a la Carta N° 1865-GRDA-ESSALUD-2018, señalando:

Respecto penalidades numeral 3 del Anexo 5 de los TDR	<p>Señalando el punto 10.3.2 de los TDR, señalan que, en el presente caso, la programación de las mencionadas especialidades médicas depende de la "demanda" por el servicio, así como del perfil epidemiológico. Señalan que la inclusión de la demanda, es una variable que no figura en el análisis del Informe N° 59-EECM-MAE-ESSALUD-2018.</p> <p>Asimismo, efectúan el siguiente análisis:</p> <p>Oftalmología</p> <p>Consultas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Días Atendidos: 02, 07, 09, 14, 21, 24 y 28 (09:00-14:00), 07, 08, 14, 15, 17, 21, 22, 28 y 29 (15:00-20:00). - CANTIDAD DE HORAS: 80 horas equivalente a 20 turnos (veces) de 4 horas verificado en el SGSS. <p>Si se realiza la programación de 3 días por semana de turnos mínimos de 4 horas sólo se tendría 12 turnos que nos dan en total sólo 48 horas según el criterio del médico auditor.</p> <p>Procedimientos: Además se programa al especialista en procedimientos 4 horas más como se ve en el SGSS.</p> <p>Reumatología</p> <p>Consultas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Días atendidos: 03, 08, 10, 15, 17, 22, 24, 29, 31 (14:00-20:00) 28, 29, 30 y 31 (09:00-13:00). - CANTIDAD DE HORAS: 70 horas equivalentes a 17.5 turnos (veces) de 4 horas verificado en el SGSS. <p>Si se realiza la programación de 3 días por semana de turnos mínimos de 4 horas sólo se tendría 12 turnos que nos dan en total sólo 48 horas según el criterio del médico auditor.</p> <p>Procedimientos: Además se programa al especialista en procedimientos 10 horas más como se ve en el SGSS.</p> <p>Dermatología</p> <p>Consultas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Días atendidos: 02, 03, 10, 15, 17, 24 y 31 (2 médicos) (08:00-12:00) 30 (15:00-17:00) 17, 24, 31 (13:00-17:00). - CANTIDAD DE HORAS: 58 horas equivalentes a 11.75 turnos (veces) de 4 horas de consulta y 11 horas de procedimientos verificado en el SGSS. <p>Si se realiza la programación de 3 días por semana de turnos mínimos de 4 horas sólo se tendría 12 turnos que nos dan en total sólo 48 horas según el criterio del médico auditor.</p> <p>Neumología</p> <p>Consultas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Días atendidos: 02, 03, 07, 09, 10, 17, 18, 21, 24, 25, 28, 30 y 31 (14:00-20:00) 04 (14:00-18:00) y 26 (08:00-14:00). - CANTIDAD DE HORAS: 88 horas equivalente a 22 turnos (veces) de 4 horas verificado en el SGSS. <p>Si se realiza la programación de 3 días por semana de turnos mínimos de 4 horas sólo se tendría 12 turnos que nos dan en total sólo 48 horas según el criterio del médico auditor.</p>
--	---

	<p>Seguidamente, señalan que lo que se establece en el punto 10.302 de los TDR, es que la atención se refiere a "veces" lo que equivale a decir la cantidad de turnos por semana, debiendo ser estos de 4 horas según lo establecido tanto en los "Lineamientos para la programación de actividades asistenciales 2017" de ESSALUD, así como lo establecido en el "Decreto Legislativo N° 559" referente a la "Ley de Trabajo Médico". Por ello, señalan que la programación de 2 turnos en un solo día de la semana y 1 turno en un día adicional de la misma semana cumple con lo establecido en los TDR.</p> <p>Asimismo, señalan que se encuentra en consulta en la sede central el tema de si son días o turno en la semana, toda vez que no se especifica en los TDR, según Acta de Reunión entre la IPRESS y la RDA.</p>
Respecto a penalidades señaladas en numerales 4 y 5 de la sección VII. del Informe	<p>Señalan que aplicar dos penalidades (numeral 8 y 9 del anexo V de los TDR) frente a un mismo incumplimiento, no es permitido por el ordenamiento legal e implicaría una vulneración del principio "Ne bis in idem".</p> <p>De otro lado, señalan respecto a penalidad 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. En consecuencia, señalan que se debe dejar sin efecto la imputación de la penalidad 8, en estricta aplicación del principio "Ne bis in idem".</p>
Respecto a penalidades señaladas en numeral 6 de la sección VII. del Informe	<p>Señala que en el presente caso también se pretenden imponer dos penalidades por un mismo supuesto de hecho, situación no permitida por el ordenamiento legal. Asimismo, señala que en el presente caso, correspondía que como en casos anteriores se proceda a otorgar un plazo para subsanar.</p>
Respecto a penalidades señaladas en numeral 7 de la sección VII. del Informe	<p>Señala que no se menciona de manera expresa y concreta la obligación que se habría incumplido.</p> <p>Asimismo, señala que de los TDR se puede colegir la posibilidad de celebrar contratos con terceros y que dichos contratos con terceros no eximen a la IPRESS de su responsabilidad por algún incumplimiento.</p> <p>Seguidamente, mencionan que es importante señalar que el Contrato suscrito y las Bases establecen la prohibición de ceder a terceros, total o parcialmente los derechos y obligaciones del Contrato. Sin embargo, señala que 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 su representada optó en algunos aspectos prestacionales.</p>
Respecto a penalidades señaladas en numeral 8 de la sección VII. del Informe	<p>Señala que en ningún momento su representada ha ofrecido y mucho menos efectuado venta alguna de lentes a asegurados y que no existe medio probatorio idóneo respecto de dicha presunta "venta".</p>

- xii. Con fecha 10 de septiembre de 2018, el Gerente de ESSALUD de la Red Desconcentrada Almenara, doctor César Candelario Sotelo Apolaya, remite la Carta N° 2454-GRDA-ESSALUD-2018 a la IPRESS, en respuesta al Oficio N° 098-DM-IPRESSZ-ARI-2018, señalando lo siguiente:

Respecto a penalidades numeral 3 del Anexo 5 de los TDR	Señala que la IPRESS remite información en la que se corrobora que las especialidades Dermatología, Reumatología, Oftalmología y Neumología no cumplieron con la programación de 3 veces por semana.
---	--

Respecto a penalidades señaladas en numerales 4 y 5 de la sección VII. del Informe	- doctor Adriano Macha Fredy no cuenta con título profesional ni registro nacional de especialización estando programado en el mes de mayo y brindando atención a los ciudadanos. - doctor Medina Minas Helmer no cuenta con registro nacional de especialización estando programado en los meses de marzo, abril y mayo, brindando atención a los asegurados.
Respecto a penalidades señaladas en numeral 6 de la sección VII. del Informe	- doctora Díaz Aliaga Angélica no cuenta con título profesional ni registro de especialización estando programada en el mes de mayo y brindando atención a los asegurados. - doctor Flores Condori Raúl no cuenta con título profesional ni registro de especialización estando programado en el mes de mayo y brindando atención a los asegurados.
Respecto a penalidades señaladas en numeral 7 de la sección VII. del Informe	Infundado el sustento y se procede a penalizar.
Respecto a penalidades señaladas en numeral 8 de la sección VII. del Informe	Fundado el sustento toda vez que no existe un comprobante de pago, pero insta a la IPRESS al cumplimiento de lo señalado en el numeral 10.3.5 de los TDR.
Respecto a penalidades señaladas en numeral 1 y 2 de la sección VII. del Informe	No realizan levantamiento de observaciones, en tal sentido, se dan por aceptadas penalidades respecto a programación de las especialidades de Ginecología y Obstetricia, y Tecnólogo Médico en Radiología

Por tanto, señalan que se procederá a imponer la penalidad por un total de 17 UIT correspondiente al mes de mayo de 2018.

- xiii. Con fecha 9 de octubre de 2018, la IPRESS remite Carta Notarial S/N al Gerente de Red Desconcentrada Almenara ESSALUD, doctor Cesar Candelario Sotelo Apolaya, mediante la cual solicita el cese de las acciones vinculadas con los descuentos de penalidades, debido a que las observaciones no se ajustan a lo establecido en los TDR. Asimismo señala que la auditoría asignada viene desarrollando sus actividades de forma arbitraria, y que la evaluación de sus descargos son evaluados por la misma auditoría.
- xiv. Con fecha 12 de octubre de 2018, la Asociación Red Innova (parte integrante del Consorcio) remite Carta S/N al Gerente General ESSALUD, doctor Alfredo Barredo Moyano, mediante la cual se solicita, respecto al Contrato, que se disponga el cese de las acciones vinculadas con el descuento de penalidades, hasta cuando se determine si corresponde o no su aplicación. Asimismo, señala que la Red Desconcentrada ya se ha pronunciado aplicando penalidades arbitrarias correspondientes, entre otras, al mes de mayo, descontándolas del pago del mes de junio por un monto de S/ 70 550,00 en la IPRESS Zárate.
- xv. Con fecha 16 de octubre de 2018, mediante Oficio N° 75-GRDA-ESSALUD-2018, el Gerente de Red Desconcentrada Almenara ESSALUD, doctor Cesar Candelario Sotelo Apolaya, en respuesta a la Carta Notarial de fecha 9 octubre de 2018, manifiesta que todos los conflictos que se derivan de la ejecución e interpretación del Contrato, incluidas las controversias relacionadas a la recepción y conformidad de los servicios de salud

brindados, así como los pagos que se deban efectuar, serán sometidos a arbitraje de derecho ante el CECONAR de SUSALUD. Asimismo, le comunica la conformación de una comisión de alto nivel a cargo de la Gerencia General, a fin de que se atienda el caso.

- xvi. Con fecha 29 de octubre de 2018, el Gerente Central de Prestaciones de Salud de ESSALUD, doctor César E. Carreño Diaz, emite la Resolución de Gerencia Central de Prestaciones de Salud N° 28-GCPS-ESSALUD-2018, mediante la cual se resuelve conformar una Comisión Técnica para que se evalúe los informes de conformidad de servicios por prestaciones de salud brindadas por las IPRESS extra institucionales en el ámbito de las Redes Desconcentradas Rebagliati, Almenara y Sabogal, durante el periodo 2017-2018.
- xvii. Con fecha 13 de diciembre de 2018, el Director Médico de la IPRESS ESSALUD Zárate, doctor David Huamaní Felix, remite el Oficio N° 145-DM-IPREZZ-ARI-2018, al Gerente de Servicios Prestacionales de Nivel I y Nivel II de la Red Prestacional Almenara ESSALUD, doctor César Candelario Sotelo Apolaya, solicitando copia del Informe de Auditoría emitido por la Comisión de Auditoría.
- xviii. Con fecha 02 de enero de 2018, mediante Oficio N° 01-GSPN I II-GRPA-ESSALUD-2019, el Gerente de Servicios Prestacionales de Nivel I y II de la Red Prestacional Almenara ESSALUD, doctor César Sotelo Apolaya, señala a la IPREES que la información solicitada mediante el Oficio N° 145-DM-IPREZZ-ARI-2018 no obra en su poder dado que la comisión fue constituida por disposición de la Gerencia General de ESSALUD.
- xix. Con fecha 19 de octubre de 2018, la IPRESS formula solicitud de conciliación a la Entidad.
- xx. Con fecha 15 de enero de 2019, las partes se reunieron en Audiencia de Conciliación y suscribieron el Acta de Falta de Acuerdo N° 18-2019-CONC.

B. Del Convenio Arbitral

- xxi. Está contenido en la cláusula décimo séptima del Contrato.

C. Demanda arbitral

- xxii. Con fecha 05 de febrero de 2019, la IPRESS presenta su demanda arbitral, formulando las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión

Que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, aprobado por Decreto Legislativo N° 1071 y sus modificatorias, interpone demanda arbitral contra el Seguro Social de Salud – ESSALUD (Red Prestacional Almenara) con domicilio en Av. Grau 800, La Victoria, a efectos de que se deje sin efecto las penalidades impuestas a mi representada por un monto ascendente a S/ 70 550,00 (Setenta mil quinientos cincuenta Soles) impugnando el pronunciamiento emitido a través del Informe N° 59-EBCM-MAE-ESSALUD/2018 en la cual se habría determinado una presunta responsabilidad de su representada.



En ese sentido, formula la presente demanda arbitral en contra de las medidas que se adoptan tanto por medio de la Carta N° 2454-GRDA-ESSALUD-2018, de fecha 10 de septiembre de 2018, notificada a su representada el 10 de septiembre de 2018, y por la cual señala que se desestiman sus respuestas cursadas vía Oficio N° 098-DM-IPRESSZ-ARI-2018, ordenando que se le imponga las penalidades correspondientes al mes de mayo de 2018, motivo por el cual formula el presente arbitraje.

Segunda Pretensión

Habida cuenta las irregularidades en que se encontrará, señala, inmerso el presente proceso por causa de penalidades injustamente aplicadas —las mismas que señala serán develadas por sus argumentos— es que invoca como pretensión subordinada que se declare la nulidad de la carta de imputación de penalidades (Informe N° 59-EBCM-MAE-ESSALUD/2018) y del pronunciamiento expreso de la Red Prestacional sobre nuestros descargos (Carta N° 2454-GRDA-ESSALUD-2018) al no haber seguido el procedimiento previsto en los Términos de Referencia 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 el presente arbitraje en atención del principio de presunción de licitud.

D. Contestación de la Demanda

xxiii. Con fecha 11 de marzo de 2019, la Entidad contesta la demanda.

E. Designación de Árbitro Único

xxiv. Con fecha 12 de abril de 2019, en Reunión de Coordinación, las partes acordaron nombrar en calidad de árbitro al abogado Derik Roberto Latorre Boza.

F. Audiencia Única

xxv. Con fecha 31 de julio de 2018 se llevó a cabo Audiencia Única, mediante la cual se estableció:

- Normas aplicables al arbitraje**

Este arbitraje se rige por lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje del Centro, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 162-2016-SUSALUD/S, el Acta Única de Audiencia y supletoriamente la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071.

- Fijación de Puntos Controvertidos**

En función a los escritos de demanda y contestación presentados por las partes, se fijaron los puntos materia de controversia en el presente proceso:

- 1.** Determinar si corresponde o no ordenar se deje sin efecto las penalidades impuestas a la parte demandante por un monto ascendente a S/ 70,550.00 (Setenta mil quinientos cincuenta Soles) conforme se evidencia del pronunciamiento emitido a través del Informe N° 059-EBCM-MAE-ESSALUD/2018.
- 2.** Determinar si corresponde se declare la nulidad de la carta de imputación de penalidades (Informe N° 59- EECM-MAE-ESSALUD/2018) y del pronunciamiento expreso de la Red Prestacional sobre los descargos efectuados por el demandante.
- 3.** Determinar a qué parte corresponde asumir los costos del arbitraje (costos y costas).

▪ **Admisión y Actuación de Medios Probatorios**

Se admitieron y actuaron los siguientes medios probatorios:

En relación a los medios probatorios ofrecidos por el demandante en su escrito de demanda presentado con fecha 05 de febrero de 2019, se admitieron las pruebas documentales: "a) a la n)" de la sección "4 MEDIOS PROBATORIOS".

En relación a los medios probatorios ofrecidos por la demandada en su escrito de contestación de demanda presentado con fecha 11 de marzo de 2019, se admitieron las pruebas documentales: "a. y b." de la sección "MEDIOS PROBATORIOS".

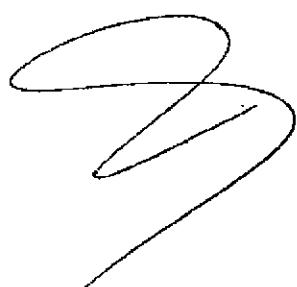
G. Alegatos finales

xxvi. Con fecha 08 de noviembre de 2019, las partes presentan sus alegatos finales.

H. Audiencia de Informes Orales y Plazo para laudar:

xxvii. El 26 de noviembre de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la participación de ambas partes.

xxviii. Finalizada la Audiencia de Informes Orales, en el Acta respectiva se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles.



III. MATERIA CONTROVERTIDA

Las posiciones de las partes, desarrolladas a continuación, en el análisis de cada punto controvertido, han sido extraídas de sus escritos de demanda, contestación de demanda, alegatos y demás escritos presentados.

A. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar se deje sin efecto las penalidades impuestas a la parte demandante por un monto ascendente a S/ 70 550,00 (Setenta mil quinientos cincuenta Soles) conforme se evidencia del pronunciamiento emitido a través del Informe N° 059-EECM-MAE-ESSALUD/2018.

A.1. POSICIÓN DEL CONSORCIO (DEMANDANTE)

1. No se cumple con el debido procedimiento establecido en los TDR, los que requieren que exista un Informe expedido por el OSSE de la Red Asistencial Usuarla, supuesto que no se cumple en el presente caso y condición indispensable para que se pueda aplicar una penalidad. Dentro de ese marco cita el numeral 1.1 del artículo IV y el numeral 9 del artículo 259 del TUO de la LPAG.
2. Se han venido aplicando 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 la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que requiere la definición precisa de la conducta que se considera infringida y que requiere que dichas cláusulas hayan sido redactadas con el nivel de precisión suficiente para comprender su incumplimiento. Por ejemplo señala, se viene utilizando el contenido del numeral 8 del anexo 5 de los TDR, disposición genérica, para penalizar toda ocurrencia, desnaturizando la existencia de ocho penalidades originales por un número indeterminado de ellas.
3. Respecto a las Penalidades señaladas en el numeral 3 de la Sección VII del Informe N° 059-EECM-MAE-ESSALUD/2018 (por no cumplir la programación mínima de "3 veces por semana"), señala:
 - 3.1 No se debe confundir el concepto "días" con el concepto "veces", pues tienen contenidos distintos.
 - 3.2 En los TDR 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.
 - 3.3 Adjunta el Acta del día 04 de enero de 2018 teniendo como participantes las IPRESS extrainstitucionales y los representantes de la Red Desconcentrada Almenara, en la cual se tiene que en la recomendación 1 se indica que está en consulta si se trata de "días" o "turnos".
 - 3.4 En auditorías anteriores se ha procedido a validar los argumentos expuestos y no validado penalidad alguna.

- 3.5** De acuerdo al numeral 10.3.2 de los TDR, a diferencia de otros casos, la programación de las mencionadas especialidades médicas depende de la "demanda" por el servicio, así como del perfil epidemiológico. En el caso de las penalidades correspondientes al numeral 3, no se ha demostrado ni evidenciado que exista demanda por atender, además señala que cuando ha tenido demanda el Consorcio ha procedido a realizar las programaciones en mínimo tres turnos.
- 4.** Respecto a la Penalidades señaladas en el numeral 4 y 5 de la Sección VII del Informe N° 059-EECM-MAE-ESSALUD/2018 (programación de personal médico en especialidad de pediatría sin título de especialización ni registro nacional de especialización), señala:
- 4.1** Los TDR 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.
- 4.2** Se ha evidenciado la intención de aplicar dos penalidades frente a un mismo incumplimiento, situación que no es permitida por el ordenamiento jurídico. 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 del "Ne bis in idem".
De esta manera, habiéndose identificado que se trata de la aplicación de la penalidad 9, constituye un despropósito incluir la penalidad 8.
- 4.3** Señala además que la penalidad 8 no describe una conducta específica, lo que en la práctica vulnera lo dispuesto en la normativa.
- 5.** Respecto a la Penalidades señaladas en el numeral 6 de la Sección VII del Informe N° 059-EECM-MAE-ESSALUD/2018 (programación de personal médico en especialidad de pediatría con constancia de culminación de residentado que excede la validez de nueve meses), señala:
- 5.1** Se pretende imponer dos penalidades por un mismo supuesto de hecho, situación no permitida por el ordenamiento jurídico.
- 5.2** En el presente caso, corresponde que como en casos anteriores se proceda a otorgar un plazo para subsanar la observación.
- 6.** Respecto a la Penalidades señaladas en el numeral 7 de la Sección VII del Informe N° 059-EECM-MAE-ESSALUD/2018 (tercerización de servicios de oftalmología, neurología, rehabilitación), señala:
- 6.1** Cita el numeral 15.3 de los TDR, respecto a lo cual señala que se puede colegir la posibilidad de celebrar contratos con terceros y que dichos contratos con terceros no eximen a la IPRESS de su responsabilidad por algún incumplimiento.
- 6.2** Seguidamente, mencionan que es importante señalar que el Contrato suscrito y las Bases establecen la prohibición de ceder a terceros, total o parcialmente los derechos y obligaciones del Contrato. Sin embargo, señala que 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 su representada optó en algunos aspectos prestacionales.

A.2. POSICIÓN DE LA ENTIDAD (DEMANDADA)

7. La normativa de contrataciones del 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 el Contrato.
8. Mediante la Carta N° 186-GRDA-ESSALUD-2018, la Entidad comunicó al Consorcio la aplicación de diversas penalidades por las infracciones cometidas, lo cual se sustentó en el Informe N° 59-EBCM-MAE-ESSALUD-2018 en el cual se detallaron los actos sujetos a penalidad. En ese sentido, señala la Entidad, las infracciones fueron advertidas y, asimismo, comunicadas al Consorcio en su oportunidad, de conformidad con las Bases Integradas; por lo que, frente a dichas irregularidades, sí correspondía que se apliquen penalidades, las cuales no han sido desvirtuadas por el Consorcio.
9. A lo largo del escrito de demanda, el Consorcio no ha desvirtuado o contradicho las observaciones realizadas durante la prestación del servicio, por el contrario, pretende que se inapliquen las mismas, cuando incurre en diversos errores.
10. Respecto a la expedición del informe por parte del OSSE de la Red Asistencial, 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 del Consorcio. Asimismo, señala que las penalidades aplicadas al Consorcio derivan de las observaciones realizadas en el Informe de Auditoría, habiendo sido emitido dicho informe de acuerdo a lo establecido en las cláusulas octava y décimo segunda del Contrato.
11. Respecto a las cláusulas de contenido general o indeterminado, señala que la penalidad contenida en el numeral 8 del anexo 5 de los TDR está dirigida a verificar que el Consorcio cumpla con su propuesta técnica, lo cual es información de su conocimiento.
12. Sobre la penalidad por programación, señala que debe entenderse que la referencia "mínimo 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 sentido. Señala 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, señala, si se pretendiese considerar que en un solo día se realice la prestación tres (3) veces o turnos distintos, no se estaría cumpliendo con lo indicado, ya que la acepción tendría que ser tres (3) veces por día, lo cual no ha sido solicitado en el presente caso.
Agrega, que el Consorcio afirma que en auditorías anteriores se ha validado dichos argumentos; sin embargo, señala que ello no ha sido acreditado en el presente caso.
Afirma que, de la revisión de los documentos presentados por el propio Consorcio en el presente arbitraje, se acredita el incumplimiento de sus obligaciones, siendo sujeto todos los meses de la aplicación de diversas penalidades, toda vez que, en todos los informes se determinan que, efectivamente el Consorcio incumple la programación de médicos especialistas "mínimo tres (3) veces por semana".
13. Respecto a la penalidad por Registro Nacional de Especialidad (RNE), señala 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 superado el plazo máximo, correspondiendo que se apliquen penalidades.

Asimismo, señala la Entidad que el Consorcio no ha negado o desvirtuado la presente aplicación de penalidad, toda vez que su personal programado no cumplió con presentar el RNE.

14. Sobre la penalidad por Rehabilitación, Oftalmología y Urología, señala que el Consorcio no cumplió con lo presentado en su propuesta técnica, por lo que, frente al incumplimiento de contar con maquinaria para prestar el servicio, correspondía que se aplique la penalidad.
15. Agrega que el Consorcio no formuló observaciones a alguna de las penalidades al momento de presentar su propuesta y durante todo el proceso de selección.

A.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

16. Lo primero que hay que precisar es que el Contrato correspondiente al Procedimiento Especial de Contratación N° 03-2015-ESSALUD-RAA Contratación de IPRESS de primer nivel de atención para la población aseguradora de la Red Asistencial Almenara de ESSALUD se encuentra regulado, primero, por las Bases y los Términos de Referencia que rigieron dicho procedimiento, además del "Reglamento que regula el Procedimiento Especial de Contratación de Servicios de Salud, Servicios de Albergue Incluido la Alimentación, cuando corresponda, y Compra, Dispensación o Expendio de Medicamentos Esenciales de manera complementaria a la Oferta Pública" aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2014-SA. Este Reglamento estableció en su tercera disposición complementaria y final que la LCE y el RLCE son de aplicación supletoria a esas contrataciones. Esto es recogido por la Cláusula Décimo Novena del Contrato.
17. El objeto de la primera pretensión de la demanda es que se deje sin efecto las penalidades impuestas a la demandante por la Entidad, penalidades que ascienden a un monto de S/ 70 550,00.

En este punto, es importante en primer lugar entender de qué hablamos cuando nos referimos a penalidades en la contratación pública. Por tanto, hay que tener en cuenta que el OSCE ha señalado reiteradamente que "las penalidades que puede aplicar la Entidad al contratista cumplen una doble función: desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso u otros incumplimientos en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado" (ver, por ejemplo, Opinión N° 020-2014/DTN). De manera posterior, el propio OSCE ha precisado que "estos elementos no han sido previstos en la Ley como requisitos previos para la configuración del supuesto de hecho, en virtud del cual se aplica la penalidad. En razón de ello, estas penalidades se aplican cuando la Entidad verifique el incumplimiento o retraso injustificado del contratista en la ejecución de sus obligaciones contractuales, Independientemente que dicha falta le hubiera causado un perjuicio a la Entidad" (ver, por ejemplo, Opinión N° 061-2018/DTN).

Las infracciones que, conforme al Contrato, dan lugar a la aplicación de penalidades y las penalidades mismas están previstas en los Términos de Referencia (Anexo 5) y fueron recogidas también en la cláusula décimo sexta del Contrato:

FERNANDO LOAYZA BELLIDO

RESUMEN SOCIAL DE SALUD

DEL
CABDO

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.

De las Actividades

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 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 convencionales.	Por cada caso particular	3 UIT
6	Pagarse 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 sello 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 inventar las observaciones en los plazos establecidos o consecutivos a partir de la primera reiteración.	Por cada caso particular	0.5 UIT

De las condiciones del servicio

1	No programar y ejecutar diariamente Cartilla 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	0.8 UIT por cada servicio no programado
4	No brindar las facilidades para supervisarlos y/o auditar las prestaciones descritas, así como no participar de reuniones de evaluación.	Por cada caso particular	2 UIT

RESUMEN SOCIAL DE SALUD
PES 07-00396-ESBAL-1027/AA

página 7 de 9

La cláusula Décimo segunda del Contrato está referida a lo que se denomina "Auditoría y/o control prestacional" y establece que 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". Asimismo, se señala que la Entidad "puede formular observaciones sobre aspectos médicos y administrativos relacionados con la atención que se brinda a los asegurados" y concluye que si, "como resultado de la auditoría a las prestaciones de salud, se detectase alguna prestación que no ha sido realizada, el valor de la misma será deducido del monto a pagar". Es decir, si

en las auditorías se detectase que no se ha cumplido con ciertas prestaciones médicas, además de la penalidad correspondiente, la Entidad no haría el pago por ese concepto.

En los Términos de Referencia, numeral 8.16, se estableció como una de las obligaciones de la IPRESS, "Acatar las penalidades que establezca y aplique ESSALUD como resultado de las acciones de auditoría que se realicen".

Los mismos TDR en su numeral 15 regularon todo lo referente a la "Aplicación de penalidades". En su numeral 15.1 se estableció que "Toda acción u omisión debidamente comprobadas por ESSALUD, que configure el incumplimiento de las obligaciones del contrato, será objeto de aplicación de penalidades" a partir del segundo mes. Y en el numeral 15.6 se señala que "La IPRESS podrá reclamar por escrito con el respectivo sustento la imposición de la infracción ante la Red Asistencial usuaria, como primera instancia".

Entonces, los mismos TDR no supeditan el procedimiento de aplicación de penalidades a que la OSSE de la Red Asistencial Usuaria cumpla con emitir un Informe.

18. Como puede apreciarse, en el Derecho de la Contratación Pública, siendo este una rama especial del Derecho Administrativo, las penalidades tienen una función fundamentalmente resarcitoria, pero también de carácter preventivo o persuasivo, pues constituye un mecanismo de desincentivo de conductas incumplidoras por parte de los Contratistas. Por tanto, aunque esta última función, es decir la de desincentivar incumplimientos, pueda tener un carácter similar al de las sanciones, una penalidad no tiene ese carácter punitivo que sí constituye el elemento propio de las infracciones administrativas y las sanciones que estas tienen como consecuencia. Ya la literatura especializada ha señalado esto con claridad:

"Una de las deficiencias más comunes cuando se hace el tránsito [desde el derecho común] a la penalidad contractual al ámbito de los contratos administrativos es confundirla con la multa administrativa, ya que son figuras distintas. En principio, la penalidad tiene por finalidad tener una función reparadora e indemnizatoria de los posibles perjuicios que se pueda producir a la entidad por el incumplimiento del contratista, la penalidad se vincula con la responsabilidad civil contractual. Por el contrario, la multa administrativa tiene como naturaleza la de las sanciones administrativas, esto es, reaccionar con un acto gravoso frente a la infracción evitando la reiteración de la conducta del administrado. De este modo, no cabe considerar como hechos a penalizar eventos cuya producción no sean capaces de retribuir algún resarcimiento económico por daño o perjuicio a la entidad. No es un instrumento para sancionar dentro del contrato cualquier evento que ya tiene alguna sanción administrativa por otra vía, o por otra autoridad administrativa.

Tampoco cabe confundir la penalidad contractual administrativa con sanciones administrativas que en materia contractual puede aplicar el Tribunal de Contrataciones del Estado [...] La penalidad es un instrumento para anticipar posibles daños por incumplimiento, por lo que su contenido es únicamente económico (la finalidad resarcitoria que hemos señalado antes). Por el contrario, las sanciones administrativas conforman una institución

principal que es impuesta por la ley al margen del contrato a todos quienes participan en la contratación pública por ser de orden público [...]”¹.

El Tribunal de Contrataciones del Estado ha sido claro al marcar esta diferencia, pues de manera reiterada ha señalado que, “a diferencia de las penalidades, que tiene carácter indemnizatorio y persuasivo, y además constituye una consecuencia jurídica que surge en mérito a lo estipulado en el contrato, la infracción imputada tiene naturaleza eminentemente punitiva, la cual persigue castigar la conducta ilegal en la que se ha incurrido” (ver por ejemplo, Resolución N° 1338-2019-TCE-S4).

Por tanto, no es correcto equiparar (por más que la Entidad lo haya hecho en sus TDR) la aplicación de penalidades y el procedimiento para ello, con un procedimiento administrativo sancionador. Las lógicas, las garantías requeridas y sus propias consecuencias son muy diferentes.

Penalidades aplicadas por no cumplir programación mínima de “3 veces por semana”

19. Los Términos de Referencia, en su numeral 10, establecían las “Condiciones del servicio” y, en su numeral 10.3.2 establecieron que “La consulta médica especializada y los procedimientos que realiza no referida en el numeral anterior deben programarse como mínimo tres (03) veces por semana. La programación de las especialidades médicas dependerá de la demanda y el perfil epidemiológico”.

En el numeral 10.3.3. se establece que para el cumplimiento de las prestaciones de salud se tomará en cuenta diferentes Guías especializadas. En el numeral 10.3.4 se señala que el horario de atención es de lunes a sábado de 8:00 a 20:00 horas; se precisa que en caso de incumplimiento, “los turnos o días” de no atención injustificados serán descontados de manera proporcional. Asimismo, se precisa que un turno equivale a 12 horas de atención continua.

El concepto, entonces, de “veces por semana” no resulta claro aunque, a partir de un análisis integral de los TDR y del Contrato, podría concluirse que se trata de un concepto similar al de “días por semana”. Esta similitud se refuerza, pues en los propios TDR aparece ese otro concepto de “turno” que abarca un periodo de tiempo de 12 horas. El demandante ha señalado que los turnos tendrían una duración mínima de 4 horas; sin embargo, el concepto como tal abarca un periodo mayor de tiempo, de 12 horas, mientras que el “medio turno” sería un periodo de 6 horas, mayor al de la duración mínima alegada por la Demandante.

La Entidad, por su parte, hace una argumentación por la que parte del concepto de “semana” que abarca 7 días en total y, a partir de ello, entiende que el concepto “veces” es equivalente al de “día”. Además, mediante Escrito N° 8, de fecha 7 de agosto de 2019, la Entidad presentó copia de la Carta N° 4216-2016-GCOP-ESSALUD, mediante la cual el Gerente Central de Operaciones absuelve la consulta del Gerente de Red Desconcentrada Almenara, haciendo suyo el Informe N° 017-GFPS-GCOP-ESSALUD-2017, documento este último que precisa que las aparentes contradicciones o divergencias en los TDR “deberán

¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. La contratación estatal, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, Pp. 584-585

absolverse acorde a lo estipulado en el Contrato suscrito". Dicha absolución no resulta esclarecedora en lo más mínimo.

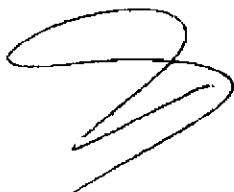
Por otro lado, la Demandante presentó, con su escrito Nº 3, de fecha 14 de abril de 2019, diversos documentos (aunque hace mención solamente a 4 Cartas) con los que pretende demostrar la arbitrariedad en la aplicación de penalidades por parte de la Demandada. Sin embargo, dichos documentos, por ejemplo, la Carta Nº 2743-GRDA-ESSALUD-2018, dan cuenta de un análisis bastante detallado de parte de ESSALUD de lo que sería la reclamación interpuesta, conforme a los TDR, por el demandante en contra de las penalidades aplicadas. En ese caso, dicho documento concluye que hay algún supuesto en el que se demuestra que no se tiene sustento para aplicar la penalidad, razón por la que se "declara como fundado sustento y se levanta la observación", pero en otros supuestos, se ratifica la aplicación de penalidades. Esto muestra que la Entidad cumplió con el procedimiento establecido para aplicar penalidades, pues se puso en conocimiento de la Demandante y luego se recibió la respuesta de la Demandante, para finalmente emitir un último pronunciamiento; es decir, se aplicó el procedimiento previsto en los TDR.

20. Debe tenerse en cuenta que, en el ámbito de la contratación pública, en la normativa general, está prevista la posibilidad de aplicar penalidades distintas a las de mora. El artículo 166 del RLCE establece que "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". Las "otras penalidades" previstas en el presente contrato cumplen, desde mi punto de vista, con las condiciones que establece el RLCE.

Ahora bien, concretamente en el caso de la obligación establecida en torno a la programación de 3 veces por semana, es la obligación contractual misma, la que no resulta del todo clara y precisa. A tal punto que la Contratista señala que la propia Entidad no tenía claro este asunto y que, por ello, se elevó una consulta para que la Gerencia Central de Operaciones la absolviera y definiera cuál es el criterio que debe seguirse; sin embargo, en la Audiencia de Informes Orales el representante de la Entidad aceptó que la consulta formulada no había obtenido respuesta aún, pero que, en todo caso, debe regir el criterio utilizado de manera reiterada por la Entidad. ¿Es posible, desde una perspectiva jurídica, que se apliquen penalidades por incumplimiento de una obligación respecto a cuyo alcance no se tiene plena certeza y respecto a la cual la propia Entidad no tiene una posición unívoca?

Si a esta poca claridad del alcance de la obligación contractual se le añade el hecho de que la programación dependería "de la demanda y el perfil epidemiológico", entonces la oscuridad de la forma en que se estipuló la frecuencia de atención se hace mayor.

En este caso, la penalidad que se aplicó fue la Penalidad Nº 3 prevista en relación con las condiciones del servicio, del Anexo 5 de los TDR: No brindar las atenciones de salud en los tiempos y/o condiciones establecidos en el TDR. Por tanto, su aplicación implica que los tiempos y/o condiciones de la prestación del servicio sean claros y precisos. No siendo así, las penalidades impuestas al Contratista resultan, en verdad, arbitrarias o, por lo menos, no tienen una justificación contractual indubitable.



21. Por todo lo anterior, corresponde que la primera pretensión de la demanda se dedare fundada en este extremo y se deje sin efecto las penalidades aplicadas por el hecho de que el Contratista no cumplió con la programación mínima de 3 veces por semana en las especialidades de dermatología, neumología, oftalmología y reumatología.

Penalidades aplicadas por programación de personal médico en especialidad de pediatría sin título de especialización ni registro nacional de especialización

22. En este caso, las penalidades aplicadas son las que se describen en los numerales 4 y 5 de la Sección VII del Informe Nº 059-EECM-MAE-ESSALUD/2018. Los TDR establecieron en su numeral 10.2.1, respecto a los "Recursos Humanos", que el personal asistencial debe tener el siguiente perfil: En el caso de Médicos Especialistas deben acreditar el Título Universitario correspondientes 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 la 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).

En este caso, la Demandada aplicó las penalidades Nº 8 (La prestación no cumple con las características y condiciones ofrecidos) y 9 (No levantar las observaciones en los plazos establecidos o consensuados a partir de la primera reiteración), previstas en relación con las actividades, del Anexo 5 de los TDR. Y es que lo que se indica en el Informe Nº 059-EECM-MAE-ESSALUD/2018 es que ya estos Incumplimientos habían sido observados mediante del Informe Nº 053-EECM-MAE-ESSALUD/2018 y fueron señalados en el Acta de la visita Inopinada de 8 de mayo de 2017; por tanto, al no haber cumplido con levantar esta observación y al encontrarse como subsistente se incurrió en la infracción prevista en el numeral 9 y que tenía como consecuencia la aplicación de una penalidad de 0,5 UIT "Por cada caso particular".

Ahora bien, al mantenerse la situación de incumplimiento subsistente (doctor Fredy Adriano Macha no cuenta con título profesional ni registro nacional de especialización estando programado en el mes de mayo y brindando atención a los ciudadanos; doctor Helmer Medina Minas no cuenta con registro nacional de especialización estando programado en los meses de marzo, abril y mayo, brindando atención a los asegurados), ESSALUD se verifica la infracción prevista en el numeral 8 y que da lugar a la aplicación de una penalidad de 2 UIT "Por cada caso particular".

23. El Demandante ha cuestionado la aplicación de estas penalidades, primero, porque los TDR 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. Esto no es correcto, pues los TDR como se ha señalado sí exigen que los especialistas deben acreditar el Título Universitario correspondiente y su registro de especialista en el Colegio Médico del Perú; claro que dan la posibilidad, en caso no cuenten con el registro, de presentar la Constancia de haber culminado el Residentado Médico emitida por la Universidad, pero señalando que este documento tendría validez solo por 9 meses y debiendo ser reemplazado por el Título de especialista.

Señala luego que ESSALUD estaría aplicando dos penalidades frente a un mismo incumplimiento, situación que no es permitida por el ordenamiento jurídico, por el principio del "Ne bis in idem". Por ello, afirma que habiéndose identificado que se trata de la aplicación de la penalidad 9, constituye un despropósito incluir la penalidad 8. Ya se ha señalado antes que la aplicación de penalidades es una figura jurídica de carácter contractual, con una función persuasiva y otra indemnizatoria, pero no constituye una sanción administrativa. Por tanto, no puede equiparse la aplicación de penalidades con la imposición de sanciones administrativas, potestad que, en el caso de las contrataciones del Estado, reside exclusivamente en el Tribunal de Contrataciones del Estado.

A propósito de ello, dicho órgano ha establecido que la resolución del contrato y el cobro de penalidades "no constituyen sanciones administrativas sino consecuencias jurídicas debido al incumplimiento en la ejecución contractual en que incurrió, en el presente caso, el Contratista", concluyendo que "en el procedimiento administrativo sancionador se analizará si la conducta del Contratista configura la comisión de una infracción administrativa, y que de hallarse responsabilidad, concluirá en la imposición de una sanción" (ver, por ejemplo, Resolución N° 1969-2019-TCE-S2).

Por tanto, invocar el principio del "no bis in idem" para el caso de aplicación de penalidades contractuales no es correcto, pues estas no son una sanción administrativa.

Cuestiona, por último, el que la penalidad 8 no describe una conducta específica, lo que en la práctica vulnera lo dispuesto en la normativa. No es correcta tampoco esta apreciación, pues la infracción o incumplimiento contractual descrito en el numeral 8 cumple con las condiciones exigidas por la normativa de contrataciones del Estado; esto es, ser objetiva, razonable y congruente con el objeto de la convocatoria. Y su evaluación tiene que darse por cada caso particular.

- 24.** Por todo lo anterior, corresponde que la primera pretensión de la demanda se declare infundada en este extremo, precisando que no corresponde que se deje sin efecto las penalidades aplicadas por el hecho de que el Contratista efectuó la programación con personal médico en especialidad de pediatría sin título de especialización ni registro nacional de especialización.

Penalidades aplicadas por programación de personal médico en especialidad de pediatría con constancia de culminación de residentado que excede la validez de nueve meses

- 25.** En este caso, las penalidades aplicadas son las que se describen en el numeral 6 de la Sección VII del Informe N° 059-EECM-MAE-ESSALUD/2018. Los TDR establecieron en su numeral 10.2.1, respecto a los "Recursos Humanos", que el personal asistencial deberá tener el siguiente perfil: En el caso de Médicos Especialistas deberán acreditar el Título Universitario correspondientes 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 la 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).

En este caso, el incumplimiento observado es que los doctores Angélica Díaz Aliaga (medicina física y rehabilitación) y Raúl Flores Condori (dermatología) cuentan con constancia de culminación de residentado que excede la validez de nueve meses señalada en los Términos de Referencia. Por ello, ESSALUD aplicó la penalidad correspondiente según el mismo numeral 8; es decir, 2 UIT por cada caso particular.

El demandante señala, reiterando los argumentos del punto anterior, que también se pretenden imponer dos penalidades por un mismo supuesto de hecho, situación no permitida por el ordenamiento legal. Asimismo, señala que en el presente caso, correspondía que como en casos anteriores se proceda a otorgar un plazo para subsanar.

No cuestiona el incumplimiento que se le imputa, sino que señala que se estaría incurriendo en el "non bis in idem" y que, en todo caso, correspondía que se le permita subsanar el incumplimiento. Esto último no es correcto, porque la obligación establecida en el numeral numeral 10.2.1 de los TDR es muy clara al señalar que esta constancia permite cumplir el requisito por "única vez"; es decir, no admite subsanación alguna.

26. En este caso, me remito a las consideraciones manifestadas en el ítem anterior. Por ello, corresponde que la primera pretensión de la demanda se declare infundada en este extremo, precisando que no corresponde que se deje sin efecto las penalidades aplicadas por el hecho de que el Contratista efectuó la programación con personal médico en especialidad de pediatría con constancia de culminación de residentado que excede la validez de nueve meses.

Penalidades aplicadas por tercerización de servicios de oftalmología, neurología, rehabilitación

27. En este caso, se aplica la penalidad porque la Demandante no habría cumplido con prestar ciertos servicios de oftalmología, neurología y rehabilitación a su cargo, de manera directa, sino que se habría valido de lo que denomina una "tercerización"; es decir, la subcontratación de otras personas (en este caso sería la clínica San Juan Bautista).

Sobre este particular, el Demandante señala que ESSALUD no indicaría de manera expresa y concreta la obligación que se habría incumplido. Además, argumenta que de los TDR se puede colegir la posibilidad de celebrar contratos con terceros y que dichos contratos con terceros no eximen a la IPRESS de su responsabilidad por algún incumplimiento;

Destaca que el Contrato suscrito y las Bases establecen la prohibición de ceder a terceros, total o parcialmente los derechos y obligaciones del Contrato. Sin embargo, señala que 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 su representada optó en algunos aspectos prestacionales.

Ahora bien, la normativa de contrataciones del Estado es clara al regular la subcontratación, que sería la figura que en este caso denominan como "tercerización".

La LCE en su artículo 37 prescribe que el contratista "podrá subcontratar, previa aprobación de la Entidad, parte de sus prestaciones en el contrato, salvo prohibición expresa contenida en las Bases". Claro que el contratista mantiene "la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que le puede corresponder al subcontratista".

Por su parte, el RLCE establece en su artículo 146 que el contratista "podrá acordar con terceros la subcontratación de parte de las prestaciones a su cargo, cuando lo autoricen las Bases", pero para ello establece cierta condiciones, de las que me permito destacar que se requiere que la Entidad apruebe por escrito y de manera previa esa subcontratación, que las prestaciones a subcontratarse con terceros no excedan del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original.

Es decir, la normativa de contrataciones del Estado no prohíbe la subcontratación, aunque las bases del presente contrato si lo podría haber hecho. Sin embargo, para proceder a subcontratar se requiere de autorización de la Entidad, situación que en el presente caso no se ha presentado.

- 28.** Por todo lo anterior, corresponde que la primera pretensión de la demanda se declare infundada en este extremo, precisando que no corresponde que se deje sin efecto las penalidades aplicadas por tercerización de servicios de oftalmología, neurología, rehabilitación.

B. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde se declare la nulidad de la carta de imputación de penalidades (Informe N° 59- EECM-MAE-ESSALUD/2018) y del pronunciamiento expreso de la Red Prestacional sobre los descargos efectuados por el demandante.

B.1. POSICIÓN DEL CONSORCIO (DEMANDANTE)

- 29.** El Consorcio no hace distinción en la presentación de sus argumentos de sus pretensiones, por lo que se tendrá en cuenta para el segundo punto controvertido, los argumentos desarrollados por el Consorcio en el primer punto controvertido.

B.2. POSICIÓN DE LA ENTIDAD (DEMANDADA)

- 30.** Señala la Entidad que el Consorcio no ha presentado documentación que sustente lo solicitado, ni ha brindado argumentos que sostengan o permitan conceder lo solicitado.

- 31.** Asimismo, señala que basado en lo mismos argumentos señalados en el primer punto controvertido, corresponde que se declare infundada esta pretensión.

B.3. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

32. El demandante solicita, como pretensión subordinada, que se declare la nulidad de la carta de imputación de penalidades (Informe N° 59-EECM-MAE-ESSALUD/2018) y del pronunciamiento expreso de la Red Prestacional sobre nuestros descargos (Carta N° 2454-GRDA-ESSALUD-2018) al no haber seguido el procedimiento previsto en los Términos de Referencia 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).

33. Hay que tener en cuenta que el 25 de julio de 2018, mediante Carta N° 1865-GRDA-ESSALUD-2018, el Gerente de ESSALUD de la Red Desconcentrada Almenara remite al Director Médico de la IPRESS, doctor David Huamaní Felix, el Informe de Auditoría Médica N° 59-EECM-MAE-ESSALUD-2018, señalando que producto de dicha Auditoría se encontraron observaciones y no conformidades, por lo cual, le recomienda emitir respuesta en función al ítem 15.5 de los Términos de Referencia. Es decir, mediante esa Carta se comunica a la IPRESS de las observaciones (incumplimientos) verificados por la Auditora y se le otorga el plazo correspondiente para que efectúe la reclamación o descargos correspondientes.

El 03 de agosto de 2018, mediante Oficio N° 098-DM-IPRESSZ-ARI-2018, la IPRESS presenta sus descargos.

Con fecha 10 de septiembre de 2018, el Gerente de ESSALUD de la Red Desconcentrada Almenara remite la Carta N° 2454-GRDA-ESSALUD-2018 a la IPRESS, en respuesta a su reclamación.

Como puede apreciarse, ESSALUD siguió el procedimiento establecido en los TDR, permitiendo que la IPRESS ejerza sus descargos y, por tanto, su derecho de defensa.

Ahora bien, para pronunciarme sobre la nulidad solicitada por la demandante, es importante considerar los requisitos de validez del Acto Administrativo, establecidos en el artículo 3 de la LPAG:

- **Competencia.** El acto administrativo debe ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
- **Objeto o contenido.** Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
- **Finalidad Pública.** Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

- Motivación. El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
- Procedimiento regular. Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

La IPRESS manifiesta que se habría producido "irregularidades" en el procedimiento de aplicación injusta de penalidades y se afectó los principios de predictibilidad, debido proceso y el derecho de defensa, así como la garantía jurídica de motivación.

Esto no se ha demostrado, razón por la que no corresponde amparar esta pretensión, pues, contrariamente, puede apreciarse que ESSALUD ha cumplido con el procedimiento establecido para aplicar las penalidades.

Ahora bien, la Demandante plantea esta pretensión como subordinada, así que podría prescindirse de su evaluación por el solo hecho de haber declarado fundada en parte la primera pretensión; sin embargo, voy a dar cuenta y pronunciarme sobre el contenido de esta pretensión por las consideraciones antes señaladas.

34. Por todo lo anterior, corresponde que la segunda pretensión de la demanda se declare infundada, precisando que no corresponde que se declare la nulidad de la carta de imputación de penalidades (Informe N° 59-ECM-MAE-ESSALUD/2018) y del pronunciamiento expreso de la Red Prestacional sobre nuestros descargos (Carta N° 2454-GRDA-ESSALUD-2018).

C. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a qué parte corresponde asumir los costos del arbitraje (costos y costas).

35. Conforme al artículo 73 de la Ley de Arbitraje, en su inciso 1, 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, la misma norma señala que podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Atendiendo a que, dentro de los límites razonables, ambas partes tenían derecho a interponer las acciones que crean pertinentes y a que, dentro del arbitraje, su comportamiento ha sido adecuado, el Árbitro Único estima pertinente que los gastos del arbitraje sean prorrateados, correspondiendo que cada parte asuma en partes iguales los gastos que demandó el presente arbitraje.

En el presente caso la Entidad no cumplió con efectuar el pago de la parte que le correspondía de los gastos arbitrales, razón por la que tuvo que asumir dicho pago el Contratista, conforme se aprecia de la Resolución N° 1 emitida en el presente proceso arbitral. Es cierto, sin embargo, que el representante de la Entidad advirtió que por

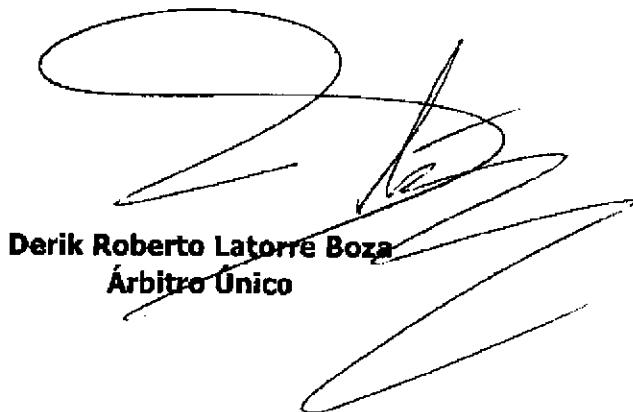
problemas administrativos, la Entidad no estaba pudiendo cumplir con los pagos a su cargo.

En tal sentido, corresponde que la Entidad efectúe el pago al Contratista, a título de devolución, de los montos que este último efectuó en defecto de aquella, correspondientes a los honorarios del Árbitro Único y del Centro de Arbitraje.

IV. DECISIÓN

POR LAS CONSIDERACIONES ANTES EXPUESTAS, SE RESUELVE:

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión de la demanda y, por tanto, que corresponde dejar sin efecto, únicamente, las penalidades impuestas al Consorcio Asociación Red Innova - Health Services & Information Systems S.A.C., por el supuesto incumplimiento de la programación mínima de 3 veces por semana en las especialidades de dermatología, neumología, oftalmología y reumatología. Asimismo, declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda respecto a las demás penalidades impuestas.
2. Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda y, por tanto, que no corresponde declarar la nulidad de la carta de imputación de penalidades (Informe N° 59-EECM-MAE-ESSALUD/2018) y del pronunciamiento expreso de la Red Prestacional sobre los descargos efectuados por el demandante.
3. En relación con los gastos del arbitraje, se determina que ambas partes, por igual, deben asumir las costas y costos de este proceso. Por tanto, corresponde **DISPONER** que la Entidad efectúe el pago al Contratista, a título de devolución, de los montos que este último efectuó en defecto de aquella, correspondientes a los honorarios del Árbitro Único y del Centro de Arbitraje.



Derik Roberto Latorre Boza
Árbitro Único