

PROCURADURIA

De: Rudy Manuel Mancilla <rmancilla@pucp.pe>
Enviado el: viernes, 23 de julio de 2021 12:25
Para: procuraduriapublicaminsa@gmail.com; PROCURADURIA; PPMINSA ARBITRAJE; DIANA MERINO OBREGON; Diana Merino; egamarra@pronis.gob.pe; lalfaro@pronis.gob.pe; Cesar Arbe; Jessica Valdivia (Arbe Abogados); Yanet Carrasco(Arbe Abogados); Enrique Ferrari (Arbe Abogados); Andres Alayza(Arbe Abogados); Ricardo Vilchez (Arbe Abogados); Daniel Angulo(GEPEHO)
CC: Enrique Palacios; Roxana Jiménez V-M.; Roxana Jiménez V.M.; Roxana Jimenez V.M.; asistente2.rjvm@gmail.com; Manuel Diego Aramburú; DONNA AYDEE AGAMA SANTANA; Lupe Isabel Bancayán Calderón; Silvia Violeta Rodriguez Vasquez
Asunto: Fwd: Exp. N° 2081-43-19 PUCP: GEPEHO - MINSa | Notificación Resolución N° 03 - Laudo
Datos adjuntos: Notificación Resolución N° 03 - Laudo final.pdf

Señores
GESTORA PERUANA DE HOSPITALES - GEPEHO

Señores
MINISTERIO DE SALUD - MINSa

Reenvió nuevamente la notificación del Laudo pero el adjunto se encuentra colgado en *Google Drive*, para evitar inconvenientes en los servidores de las partes dado que el archivo es pesado.

Laudo: https://drive.google.com/drive/folders/1Gehz_lAo6U4oxzJkb2fUIWbSceuptxHV?usp=sharing

Saludos cordiales,



----- Forwarded message -----

De: Rudy Manuel Mancilla <rmancilla@pucp.pe>
Date: vie, 23 jul 2021 a las 12:14
Subject: Exp. N° 2081-43-19 PUCP: GEPEHO - MINSa | Notificación Resolución N° 03 - Laudo
To: <procuraduriapublicaminsa@gmail.com>, PROCURADURIA <procuraduria@minsa.gob.pe>, PPMINSA ARBITRAJE <ppminsa.arbitraje@gmail.com>, DIANA MERINO OBREGON <pp004@minsa.gob.pe>, Diana Merino <merinodiana@gmail.com>, <egamarra@pronis.gob.pe>, <lalfaro@pronis.gob.pe>, Cesar Arbe <cesar.arbe@arbe.com.pe>, Jessica Valdivia (Arbe Abogados) <jessica.valdivia@arbe.com.pe>, Yanet Carrasco(Arbe Abogados) <yanet.carrasco@arbe.com.pe>, Enrique Ferrari (Arbe Abogados) <enrique.ferrari@arbe.com.pe>, Andres Alayza(Arbe Abogados) <andres.alayza@arbe.com.pe>, Ricardo Vilchez (Arbe Abogados) <ricardo.vilchez@arbe.com.pe>, Daniel Angulo(GEPEHO) <dangulo@gepeho.com>
Cc: Enrique Palacios <enrique@estudiopalacios.net>, Roxana Jiménez V-M. <roxana@jimenezarbitrajes.com>, Roxana Jiménez V.M. <arbitrajes.rjvm@jimenezarbitrajes.com>, Roxana Jimenez V.M. <roxanajvm@gmail.com>, <asistente2.rjvm@gmail.com>, Manuel Diego Aramburú <mdaramburu@acb-abogados.com>, DONNA AYDEE AGAMA SANTANA <donna.agama@pucp.edu.pe>, Lupe Isabel Bancayán Calderón <lbancayan@pucp.pe>, Silvia Violeta Rodriguez Vasquez <svrodrig@pucp.pe>

Señores
GESTORA PERUANA DE HOSPITALES - GEPEHO

Señores

MINISTERIO DE SALUD - MINSA

Tengo a bien dirigirme a ustedes, a fin de notificarles la Resolución N° 03, de fecha 22 de julio de 2021, a fojas 144, la cual contiene el Laudo Arbitral emitido por el Tribunal arbitral conformado por Enrique Palacios Pareja, Manuel Diego Aramburú Yzaga y Roxana Jiménez Vargas-Machuca; recaído en el expediente arbitral seguido entre GESTORA PERUANA DE HOSPITALES y el MINISTERIO DE SALUD.

Esta comunicación se remite conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento de arbitraje vigente y para todos los efectos se considera recibida el día que fue enviada.

Saludos cordiales,



EXPEDIENTE 2081-43-19

GESTORA PERUANA DE HOSPITALES Vs. MINSA

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: **GESTORA PERUANA DE HOSPITALES S.A.** (en adelante, GEPEHO o SGP)

DEMANDADO: **MINISTERIO DE SALUD** (en adelante, MINSA)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho.

TRIBUNAL ARBITRAL: **Enrique Palacios Pareja** (Presidente)
Manuel Diego Aramburú Yzaga (designado árbitro por GEPEHO)
Roxana Jiménez Vargas-Machuca (designado árbitro por MINSA)

SECRETARIO ARBITRAL: Rudy Manuel Mancilla Escarcena
Secretario General de Conciliación y Arbitraje del Centro de Resolución de Conflictos de la Universidad Católica.

Resolución N° 3

En Lima, a los 22 días del mes de julio del año 2021, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin a la controversia planteada.

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

1. El convenio arbitral está contenido en la cláusula 31.3 del contrato de Gerencia del Proyecto “Gestión del Instituto Nacional de Salud Del Niño –San Borja” (en adelante, el Contrato) celebrado entre las partes con fecha 13 de octubre del 2014, cuyo tenor literal es el siguiente:

“31.3 Arbitraje Local

Cuando corresponda el Inicio de un arbitraje conforme a los numerales 31.1 y 31.2 precedente, en el caso de Diferencia Legales que tengan un monto involucrado igual o menor a Quince Millones y 00/100 Dólares Americanos (US\$15 000 000,00) o su equivalente en moneda nacional o que no tienen monto pero que el Centro considere igual a dicha magnitud para efectos de la liquidación de honorarios y pagos administrativos y en el caso de Diferencias Técnicas mayores a cinco millones y 00/100 Dólares Americanos (U\$S 5 000 000,00), estas serán resueltas según lo señalado en el presente numeral 31.3.

En tal sentido, de presentarse una Diferencia que involucre pretensiones dentro del rango antes indicado, la Parte que decidida someter la controversia a arbitraje deberá comunicarlo a la otra Parte incluyendo en dicha comunicación la designación de un árbitro, la otra parte deberá designar a otro árbitro dentro de los diez (10) Días Calendario posteriores a la fecha en que fue recibida dicha comunicación. En caso de no nombrar cualquiera de la Partes a su árbitro dentro del plazo antes señalado, este será nombrado por el Centro, a cuya autoridad se someten las Partes, con arreglo a sus reglamentos de conciliación y arbitraje.

Luego del nombramiento de los dos árbitros estos deberán designar a un tercer árbitro, el cual será el presidente del Tribunal Arbitral. En caso que no se pongan de acuerdo, en un plazo de diez (10) Días Calendarios contados desde la fecha en que se concluyó con el nombramiento de tales árbitros, con respecto a la designación del tercer árbitro, este será nombrado por el Centro.

En el caso de arbitrajes locales por Diferencias Legales (o incluso, si hay Diferencias Legales y Técnicas) los árbitros serán abogados. En el caso de arbitrajes locales por Diferencias exclusivamente Técnicas, los árbitros designados por las Partes, podrán no ser abogados, pero el Presidente del Tribunal Arbitral deberá ser abogado.

El Tribunal Arbitral tendrá un plazo máximo de ciento veinte (120) Días Calendario desde su instalación para emitir el laudo arbitral, el cual será inapelable. Excepcionalmente y por única vez el Tribunal Arbitral podrá prorrogar dicho plazo, cuando así lo justifique, la dificultad o número de los medios probatorios admitidos en el proceso arbitral.

Asimismo, el Tribunal puede de oficio determinar con precisión la controversia sobre la cual se le pide pronunciamiento.

El laudo arbitral deberá señalar a quien le corresponden los gastos y costos relacionados al arbitraje.

Las diferencias Técnicas serán sometidas a arbitraje de conciencia, mientras que las Diferencias Legales a arbitraje de derecho, pudiendo estas últimas ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte conveniente y las Partes lo acuerden expresamente. El arbitraje se llevará a cabo de conformidad con el estatuto y los reglamentos de arbitraje del Centro y con el Decreto legislativo N°1071. El lugar del arbitraje será la ciudad de Lima, Perú y el idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será el castellano.

El laudo que emita el Tribunal Arbitral será en última instancia y, en consecuencia, será definitivo e inapelable.

Para los fines de cualquier participación de los jueces o tribunales ordinarios en el proceso de arbitraje las partes se someten expresamente a la jurisdicción de los jueces y tribunales del Distrito Judicial de Cercado de Lima, renunciando al fuero de sus respectivos domicilios.”

II. NORMATIVA APLICABLE AL ARBITRAJE

2. Conforme a lo establecido en la Audiencia de Fijación de Reglas de fecha 20 y 21 de mayo de 2021, son de aplicación las siguientes normas: Las reglas establecidas en el Acta de Fijación de Reglas, el Reglamento de Arbitraje del centro de 2017 (en adelante el Reglamento), el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje (en adelante, LA); el Decreto Legislativo N° 1012 “*Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada*” y sus modificatorias y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF; y las demás disposiciones aplicables de acuerdo a lo previsto en el mismo Contrato.
3. En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

III. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA:

4. El Instituto Nacional de Salud del Niño-San Borja (en adelante, el INSN-SB) es un instituto público especializado que presta servicios de salud altamente especializados y quirúrgicos para pacientes pediátricos que padecen enfermedades complejas.

5. El Estado acordó que la gestión del INSN-SB sería otorgada a una empresa privada vía Asociación Público Privada (APP). El 25 de julio de 2014 se adjudicó la buena pro del concurso internacional al Consorcio Gestora Peruana de Hospitales (en adelante, GEPEHO). El 13 de octubre de 2014, se suscribió el Contrato de Gerencia entre GEPEHO y el Ministerio de Salud (en adelante, MINSA) bajo una de las modalidades de asociación público privada reguladas por el Decreto Legislativo N°1012, norma sustituida posteriormente por el Decreto Legislativo N°1224. Asimismo, durante el año 2015 se contrató a la empresa mexicana Currie & Brown S.A. de C.V. (En adelante, el Supervisor) para que ejerza la supervisión del Contrato de Gerencia conforme a la Cláusula 25 del propio Contrato.
6. El objetivo del Contrato fue alcanzar con celeridad y eficacia el uso de la capacidad del INSN-SB, garantizar la sostenibilidad, conservación, vida útil y mantenimiento integral de la infraestructura y de los equipos clínicos y no clínicos, la calidad de la prestación de los servicios de apoyo al diagnóstico y de los servicios generales. Por estos servicios GEPEHO recibiría Pagos mensuales conocidos como Retribución por el Mantenimiento y Operación¹ (en adelante RPMO).
7. GEPEHO tiene derecho a recibir la RPMO como consecuencia de la ejecución del Contrato. La ejecución del Contrato consiste en la realización continua de los siguientes servicios:
 - (i) Servicios de mantenimiento (mantenimiento de la infraestructura y mantenimiento de los equipos).
 - (ii) Servicios Generales:
 - a. Alimentación.
 - b. Lavandería.
 - c. Limpieza y Bioseguridad.
 - d. Seguridad Integral.
 - e. Gestión de residuos hospitalarios.
 - (iii) Servicios de Apoyo al Diagnóstico:
 - a. Patología clínica – laboratorio.
 - b. Central de esterilización.
 - (iv) Servicio de Asistencia Técnica de Adquisición (de equipo clínico y no clínico).
8. Así, el Contrato señala diversas obligaciones que GEPEHO debe asumir a fin de cumplir con estos servicios, por los cuales tiene derecho a recibir una retribución mensual. Asimismo, el Contrato señala que, si dichas obligaciones no se cumplieran conforme al propio Contrato, el Supervisor está facultado a aplicar deducciones y penalidades a GEPEHO. En el presente caso, el Supervisor, en cumplimiento de dichas facultades, ha aplicado una serie de penalidades y deducciones a GEPEHO. Asimismo, el INSN-SB ha exigido a GEPEHO el cumplimiento de obligaciones derivadas del Contrato.

¹ Conforme a la cláusula 2.92 del Contrato, la Retribución por el Mantenimiento y Operación, o RPMO, “Es la retribución anual por la disponibilidad y la calidad de todos los Servicios objeto del Contrato”.

9. Sin embargo, GEPEHO no coincide con la interpretación realizada por el Supervisor para aplicar dichas deducciones y penalidades, ni tampoco con la interpretación del Contrato realizada por el INSN-SB para exigir el cumplimiento de diversas obligaciones de mantenimiento, que según GEPEHO, exceden los servicios que debe brindar conforme al Contrato, generando diversas controversias que son materia del presente proceso arbitral.

IV. ACTOS POSTULATORIOS DE LAS PARTES

10. El 5 de julio de 2019 GEPEHO presentó su demanda arbitral
11. Mediante escrito de fecha 10 de septiembre de 2019, MINSA dedujo una excepción de incompetencia contra el Tribunal Arbitral, contestó la demanda y presentó reconvencción en contra de GEPEHO.
12. El 4 de julio de 2020, GEPEHO absolvió la excepción de incompetencia y la reconvencción.
13. El 5 de marzo de 2020 GEPEHO presentó su escrito N° 7, mediante el cual se desiste de sus pretensiones décima, décimo primera y décimo quinta de la Demanda Arbitral. Mediante Comunicación N° 23 se corrió traslado a MINSA con el desistimiento formulado por GEPEHO. Sin embargo, dicha Entidad no lo absolvió.
14. Por tanto, mediante Comunicación del 30 de octubre de 2020, se tuvo por aprobado el desistimiento de GEPEHO de las pretensiones décima, décimo primera y décimo quinta de su Demanda Arbitral

V. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

15. Los días 20 y 21 de mayo de 2021 se llevó a cabo de forma virtual la Audiencia de Instalación, Ilustración, Fijación de Cuestiones Probatorias y Actuación Probatoria del presente proceso (en adelante, la Audiencia), donde se reunieron los miembros del Tribunal y las partes, acompañadas de sus abogados, conforme se puede observar del Acta de audiencia de instalación del tribunal, fijación de cuestiones controvertidas, ilustración, actuación probatoria y alegatos de cierre, que fue enviada a las partes al finalizar la Audiencia.

VI. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA FORMULADA POR EL MINSA

16. Conforme a lo señalado durante la Audiencia, el Tribunal resolverá, en el presente laudo, sobre la excepción de incompetencia formulada por MINSA.

VII. FIJACIÓN DE CUESTIONES CONTROVERTIDAS

17. En la misma Audiencia, y luego de una revisión de las pretensiones de las partes, el Tribunal fijó los siguientes puntos controvertidos conforme a las pretensiones contenidas en la Demanda de GEPEHO y la Reconvención de MINSAs:

(i) **DE LA DEMANDA ARBITRAL**

18. Primera Cuestión Controvertida (Primera Pretensión Principal):

i. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el procedimiento y los criterios de determinación del Porcentaje de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales contenidos en los numerales 216, 220, 225 y 228 del laudo arbitral del 12 de mayo de 2017, integrado con fecha 7 de junio de 2017, emitidos en el marco del proceso arbitral tramitado bajo el Expediente N° 1159-221-16, seguido por GEPEHO contra MINSAs y el IGSS, son aplicables a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación – RPMO que corresponden a GEPEHO por los períodos comprendidos entre el mes de agosto de 2016 y mayo de 2017.

ii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PRONIS y a MINSAs que devuelvan a GEPEHO el monto total de S/570,172.53 por deducciones indebidamente retenidas y deducidos a GEPEHO de las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación - RPMO en los periodos comprendidos entre agosto de 2016 y mayo de 2017, monto que incluye el intereses equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) al 31 de mayo de 2019 y el Impuesto General a las Ventas (IGV), debiendo recalcularse el interés hasta la fecha efectiva de pago.

iii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral, ordene al PRONIS y a MINSAs que instruyan al Supervisor por deducciones indebidamente retenidas y deducidas a GEPEHO de las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación - RPMO en los periodos comprendidos entre agosto de 2016 y mayo de 2017, en base al procedimiento y los criterios señalados en el numeral (i) precedente.

19. Segunda Cuestión Controvertida (Segunda Pretensión Principal y su Pretensión Subordinada):

Pretensión Principal. - Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el contenido y/o interpretación de GEPEHO respecto a los siguientes conceptos son en efecto los planteados en esta pretensión y que dicho contenido y/o interpretación se aplica a partir de agosto de 2016 en adelante: (1) frecuencia de control de las Tablas de Indicadores de calidad; (2) incremento de la intensidad de

los fallos por efecto de repeticiones; y (3) lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal. - Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral, otorgue contenido y/o realice una interpretación respecto a las controversias de los tres conceptos mencionados anteriormente, de manera que sean aplicables a partir de agosto de 2016 en adelante o a partir de la fecha que el Tribunal Arbitral establezca.

20. Tercera Cuestión Controvertida (Tercera Pretensión Principal y su Pretensión Subordinada)

Tercera Pretensión Principal. - Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a PRONIS y a MINSA que instruyan al Supervisor que recalculen los Porcentajes de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales, que corresponden aplicar a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación - RPMO de GEPEHO:

- i. Desde el mes de agosto de 2016 hasta el mes de emisión del laudo que se genere en este proceso arbitral, conforme a los criterios que sean establecidos, según lo que resuelva en la segunda pretensión principal y;
- ii. A partir de la emisión del laudo que se genere en este proceso arbitral en adelante, hasta la terminación del Contrato de Gerencia, conforme a los criterios que sean establecidos, según lo que se resuelva en la segunda pretensión principal.

Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal. - Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral determine los periodos respecto a los cuales deba ordenar al PRONIS y a MINSA, que instruya al Supervisor a recalcular los Porcentajes de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales, que correspondan aplicar a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación – RPMO que corresponden a GEPEHO.

21. Cuarta Cuestión Controvertida (Cuarta Pretensión Principal y su Pretensión Subordinada)

Cuarta Pretensión Principal. - Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al PRONIS y a MINSA, la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación – RPMO mensual, que han sido indebidamente retenidos y deducidos como Porcentaje de Deducciones Mensuales, determinados por el Supervisor a partir de la Retribución por el Mantenimiento y Operación – RPMO del mes de agosto 2016 hasta el mes en que se emita el presente laudo, y en adelante, más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72%

anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, conforme a los criterios que sean establecidos por este Tribunal Arbitral, según lo que resuelva en la Segunda Pretensión Principal.

Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal. - Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral determine los periodos respectos a los cuales deba ordenar a PRONIS y a MINSa devolver los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación – RPMO mensual que han sido indebidamente retenidos y deducidos como Porcentaje de Deducciones Mensuales, determinados por el Supervisor, a partir de la Retribución por el Mantenimiento y Operación – RPMO conforme a los criterios que sean establecidos por este Tribunal Arbitral, más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, conforme a los criterios que sean establecidos por este Tribunal Arbitral, según lo que resuelva en la Segunda Pretensión Principal.

22. Quinta Cuestión Controvertida (Quinta Pretensión Principal)

- i. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MINSa y/o PRONIS que instruya al Supervisor a la correcta aplicación de deducciones, señalando de manera adecuada el indicador incumplido cuyo supuesto debe coincidir expresamente con la situación encontrada durante la supervisión y que se abstenga de aplicar deducciones incorrectas intentando aplicar supuestos generales sin indicar el incumplimiento expreso de GEPEHO.
- ii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MINSa y/o PRONIS la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación – RPMO mensual que han sido deducidos por la indebida aplicación de este criterio de deducción descontados de las RPMO de los meses octubre de 2016, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, setiembre y noviembre de 2017, enero, marzo, abril, mayo y julio de 2018, los cuales ascienden al monto de S/ 61,652.26 (Setenta y un mil seiscientos cincuenta y dos con 26/100 soles) más impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano al 04ENE2026, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, resultando en un monto total de S/80,044.14 (Ochenta mil cuarenta y cuatro con 14/100).

23. Sexta Cuestión Controvertida (Sexta Pretensión Principal):

- i. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la cantidad de personal exigible con que debe contar GEPEHO es aquel que esta misma determine como suficiente y necesario para la eficiente prestación de los servicios de acuerdo a las necesidades de los mismos, siempre que se cumpla con las especificaciones técnicas contempladas en el Anexo N° 7 del Contrato de Gerencia, en virtud de su

facultad de dimensionamiento del personal contenida en la cláusula 13.2.1 de dicho contrato.

- ii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MINSAs y/o al PRONIS la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación –RPMO mensual que han sido deducidos por la indebida aplicación de este criterio de deducción descontados de las RPMO de los meses de julio a setiembre y diciembre de 2016, enero a octubre y diciembre de 2017, enero a diciembre de 2018 y enero a marzo de 2019, los cuales ascienden al monto de S/158,602.76 (Ciento cincuenta y ocho mil seiscientos dos con 76/100 soles) más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) resultando en un monto total de S/198,856.66 (Ciento noventa y ocho mil ochocientos cincuenta y seis con 66/100 soles).

24. Séptima Cuestión Controvertida (Séptima Pretensión Principal):

- i. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene que el MINSAs y/o el PRONIS instruyan al INSN-SB, a fin de que el Servicio de Mantenimiento General del INSN-SB sea el único encargado de la generación de las Órdenes de Trabajo de Mantenimiento (OTM) tanto para el servicio de mantenimiento de equipamiento clínico y no clínico, como para el servicio de mantenimiento de la edificación, instalaciones y equipamiento asociado a la infraestructura que brinda GEPEHO, tal como se estipula en el acápite C del literal F del numeral 9 del Anexo N° 7 del Contrato de Gerencia y estas no sean generadas y remitidas por el área usuaria de cada servicio directamente a GEPEHO.
- ii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MINSAs y/o al PRONIS la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento Operación – RPMO mensual que han sido restados como deducciones en el presente caso por el monto de S/ 1,261,279.41, más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) resultando en un monto total de S/1,567,540.49 al 31 de mayo de 2019. Debiendo ser actualizado a la fecha efectiva de pago.

25. Octava Cuestión Controvertida (Novena Pretensión Principal):

- i. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MINSAs y/o al PRONIS la devolución del monto de S/ 285,325.00 (Doscientos Ochenta mil trescientos veinticinco con 00/100 soles) por concepto de penalidades contractuales por *“No haber contratado al personal indicado en el organigrama funcional presentado dentro del plazo establecido desde la Fecha de Cierre”* imputadas en los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, agosto, setiembre, octubre y noviembre de 2018 y enero, febrero y marzo de 2019, descontadas a GEPEHO en las RPMO de

los meses de septiembre, noviembre y diciembre de 2018 así como enero, febrero, marzo, abril, junio y julio de 2019.

- ii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene que no se apliquen y, por ende, no se deduzcan, las penalidades aplicadas por el Supervisor correspondiente al mes de abril de 2019 por *“No haber contratado al personal indicado en el organigrama funcional presentado dentro del plazo establecido desde la Fecha de Cierre”*, de la RPMO del mes julio de 2019 o de cualquier otra RPMO posterior por la suma de S/37,800 (Treinta y siete mil ochocientos y 00/100 soles).

26. Novena Cuestión Controvertida (Décimo Segunda Pretensión Principal):

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que los servicios de limpieza deben prestarse de acuerdo a las especificaciones del Anexo N° 7 del Contrato de Gerencia, sin contar ambientes que no formaban parte del metraje del INSN-SB al inicio de operaciones.

27. Décima Cuestión Controvertida (Décimo Tercera Pretensión Principal):

- i. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que tanto el equipo informático como los sistemas informáticos y de comunicación se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del servicio de mantenimiento del equipamiento clínico y no clínico y, por ende, no deben ser brindados por GEPEHO.
- ii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que, en caso se determine que el mantenimiento de los equipos informáticos, así como de los sistemas informáticos y de comunicación deben formar parte del servicio de mantenimiento del equipamiento clínico y no clínico, este servicio deberá ser remunerado por el Contratante de manera adicional a al RPMO recibida mensualmente por GEPEHO.
- iii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MINSA y/o al PRONIS la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación - RPMO mensual que han sido deducidos por la indebida aplicación del criterio de que corresponde a GEPEHO realizar el mantenimiento sobre sistemas informáticos y de comunicación, descontados de las RPMO de los meses de julio, octubre, noviembre y diciembre de 2018, los cuales ascienden al monto de S/31,126.00 (Treinta y un mil ciento veintiséis con 00/100 soles) más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa de cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3.72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, haciendo un monto total de S/37,887.95 (Treinta y siete mil ochocientos ochenta y siete con 95/100 soles).

28. Décimo Primera Cuestión Controvertida (Décimo Cuarta Pretensión Principal):

- i. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el mantenimiento del equipo denominado Angiógrafo Siemens Artis Zee Biplano no se encuentra dentro del alcance del servicio de mantenimiento de equipamiento clínico y no clínico prestado por GEPEHO por contar con vicios ocultos producto del mantenimiento defectuoso prestado por un tercero de manera previa al inicio de la obligación de GEPEHO.
 - ii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MINSA y o al PRONIS la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación – RPMO mensual que han sido deducidos indebidamente S/ 121,268.02 más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, haciendo un monto total de S/144,577.49.
 - iii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MINSA y/o al PRONIS la devolución de los montos por gastos para mantenimiento del equipo por la suma de S/ 329,584.18 más el IGV que corresponda.
29. Décimo Segunda Cuestión Controvertida (Décimo Sexta Pretensión Principal):
- i. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que, de acuerdo a las especificaciones técnicas del servicio de lavandería, estipulados en el Anexo N° 7 del Contrato de Gerencia, los Equipos de Protección Personal (EPP), la ropería y descartables para visitantes (no pacientes) se encuentran fuera del alcance del servicio, y, por lo tanto, su dotación no resulta exigible a GEPEHO.
 - ii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MINSA la devolución de los montos por RPMO mensual que han sido restados como deducciones en el presente caso por el monto de S/ 29,790.94, más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) resultando en un monto total de S/ 37,112.78 al 31 de mayo de 2019, debiendo ser actualizado a la fecha efectiva de pago.
30. Décimo Tercera Cuestión Controvertida (Décimo Séptima Pretensión Principal):
- Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el alcance del servicio de asistencia técnica de adquisición comprende única y exclusivamente la asistencia por parte de GEPEHO con relación a equipos considerados de reposición en conformidad con lo estipulado en el Contrato, ya sea por el fin de su vida útil o de aquellos que serán repuestos en virtud de nuevos avances tecnológicos, excluyendo de su alcance aquellos estudios de mercado tentativos o nuevas adquisiciones que no sean considerados como equipos de reposición.
31. Décimo Cuarta Cuestión Controvertida (Décimo Octava Pretensión Principal):

- i. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que GEPEHO no está obligada a realizar la limpieza de la Unidad Paciente.
 - ii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la SGP no está obligada a proveer de insumos para la limpieza de la Unidad Paciente tales como a) armonio cuaternario de 5ta generación; b) paños de limpieza;
 - iii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la dotación de insumos a cargo del Servicio de Limpieza incluye únicamente los establecidos en el Anexo N° 07 del Contrato de Gerencia y no otros requeridos por el INSN-SB, PRONIS y/o el MINSA; y en consecuencia, declare que la SGP no está obligada a proveer los siguientes insumos: i) Clorhexidina 2% ii) Clorhexidina 4%; iii) papel toalla interfoliado.
 - iv. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que, como consecuencia de lo anterior, se ordene al MINSA y/o PRONIS que cumpla con la devolución de los gastos incurridos por GEPEHO en la dotación de insumos de limpieza de la Unidad Paciente por la suma de S/ 581,585.69 más IGV, así como insumos de limpieza no establecidos en el Contrato: Clorhexidina 2%, Clorhexidina 4% papel toalla interfoliado, armonio cuaternario de 5ta generación y paños de limpieza por la suma de S/631,606.26 más IGV; gastos que ascienden en total a la suma de S/2,213,191.95, más IGV de S/218,374.55, dando como resultado S/ 1,431,566.50.
32. Décimo Quinta Cuestión Controvertida (Décimo Novena Pretensión Principal):
- i. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el Plan Operativo Anual (POA) de cada servicio, de acuerdo a su propia definición estipulada en el Contrato, debe ser aprobado por periodos de un (1) año calendario entendiendo dicho concepto como el periodo de doce (12) meses comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre, incluyendo ambas fechas.
 - ii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral, en consecuencia, de lo anterior, declare que el POA aprobado para un año calendario únicamente permanecerá vigente para el periodo en que fue aprobado, no resultando válida su aplicación para un periodo distinto.
 - iii. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el contenido del POA no puede generar obligaciones adicionales o distintas para GEPEHO yendo más allá del alcance del Contrato o modificándolo implícitamente.
 - iv. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a MINSA y/o al PRONIS la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación – RPMO mensual que han sido deducidos por la indebida aplicación de este criterio de deducción descontados de las RPMO de los meses de enero a

diciembre de 2017, enero a diciembre de 2018 y enero a marzo de 2019, los cuales ascienden al monto de S/ 391,227.22 (Trescientos noventa y un mil doscientos veintisiete con 22/100 soles) más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026 A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, resultado en un monto total de S/490,888.25 (Cuatrocientos noventa mil ochocientos ochenta y ocho con 25/100 soles).

(ii) DE LA RECONVENCIÓN

33. Décimo Sexta Cuestión Controvertida (Primera Pretensión principal de la Reconvencción)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a GEPEHO la devolución de S/ 1'123,268.00 (Un millón ciento veintitrés mil doscientos sesenta y ocho con 95/100 soles) como consecuencia de los gastos ocasionados por el incumplimiento contractual de GEPEHO en el servicio de patología clínica (laboratorio)-Compra de Cartuchos analizador de gases arteriales.

34. Décimo Séptima Cuestión Controvertida (Segunda Pretensión principal de la Reconvencción)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a GEPEHO la devolución de S/ 745,026.90 (Setecientos cuarenta y cinco mil veintiséis con 90/100 soles) como consecuencia de los gastos ocasionados por el incumplimiento contractual de la GEPEHO en el servicio de lavandería.

35. Décimo Octava Cuestión Controvertida (Tercera Pretensión principal de la Reconvencción)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a GEPEHO la devolución de S/ 169,544.33 (Ciento sesenta y nueve mil quinientos cuarenta y cuatro con 33/100 soles) como consecuencia de los gastos ocasionados por el incumplimiento contractual de la GEPEHO en el servicio de mantenimiento de infraestructura (Inventario)

36. Décimo Novena Cuestión Controvertida (Cuarta Pretensión principal de la Reconvencción)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a GEPEHO la devolución de S/ 57,541.52 (Cincuenta y siete mil quinientos cuarenta y uno con 52/100 soles) como consecuencia de los gastos ocasionados por el incumpliendo contractual de la GEPEHO en el servicio de mantenimiento del equipamiento clínico y no clínico-accesorios adquiridos por el INSN-SB.

37. Vigésima Cuestión Controvertida

Determinar a quién corresponde pagar los costos y costas arbitrales que el presente proceso irroque.

38. El Tribunal Arbitral se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.
39. Asimismo, declara que, si al resolver una de las cuestiones controvertidas llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otra u otras, el Tribunal Arbitral podría omitir pronunciarse sobre ellas motivando su decisión.
40. El Tribunal Arbitral declara que las cuestiones controvertidas podrían ser ampliadas, de conformidad con el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje literal b).

VIII. SOBRE LOS MEDIOS PROBATORIOS

41. Las pruebas admitidas al proceso son las siguientes:
42. De la demanda de fecha 5 de julio de 2020 presentada por GEPEHO:
 - i. Los documentos ofrecidos en la demanda.
 - ii. La exhibición ofrecida como medio probatorio de la primera pretensión principal.
 - iii. La pericia de parte ofrecida como medio probatorio de la décimo octava pretensión principal de la demanda.
43. De la contestación de demanda de fecha 10 de setiembre de 2019, presentada por MINSAs:
 - i. Los documentos ofrecidos y presentados en la excepción contenidos en su acápite “Medios Probatorios que sustentan la excepción deducida”.
 - ii. Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de contestación de demanda que figuran en file rotulado como “Informe y Medios Probatorios de la Contestación de demanda”.
 - iii. Los Documentos ofrecidos y presentados en la reconvencción contenidos en el acápite “Medios Probatorios de la Reconvencción de la demanda”.
 - iv. Las declaraciones testimoniales ofrecidas en el Primer Otrosí de su Escrito de Contestación de Demanda.
44. Durante la Audiencia, en forma excepcional el Tribunal arbitral accedió al pedido de MINSAs de presentar el medio probatorio denominado “Acta N° 04 Trato Directo de fecha 20 de enero de 2020, suscrito por GEPEHO, PRONIS y la empresa supervisora Currie & Brown México S.A. de CV”. Dicho medio de prueba fue presentado el 21 de mayo de

2021, y absuelto por GEPEHO, conforme a su derecho, mediante escrito de fecha 26 de mayo de 2021.

45. Este Tribunal deja constancia que, luego del escrito de absolución de GEPEHO, no se admitió ningún otro medio probatorio, conforme se desprende de la Resolución N° 2 de fecha 7 de junio de 2021.

IX. SOBRE LA ACTUACIÓN PROBATORIA Y ALEGATOS DE CIERRE

46. Conforme se desprende del Acta de la Audiencia, los días 20 y 21 de mayo de 2021, (i) se actuó la exhibición ofrecida por GEPEHO, (ii) se actuaron las declaraciones de los testigos ofrecidos por MINSa, y (iii) se actuaron las pruebas periciales ofrecidas por GEPEHO y MINSa.
47. Por último, antes de finalizada la Audiencia, ambas partes expusieron frente al Tribunal, sus alegatos orales de cierre, dando por finalizada la Audiencia el día 21 de mayo de 2021. Por lo tanto, conforme a la regla 31 del presente proceso, concordante con la Cláusula 31.3 del Contrato de Gerencia, que vincula a ambas partes, se inició el plazo de ciento veinte (120) días calendario para la emisión del laudo arbitral.

X. PRESENTACIÓN DE ESCRITO DE CONCLUSIONES FINALES Y CIERRE DE INSTRUCCIÓN

48. Conforme a la regla 37 del presente proceso, ambas partes presentaron sus escritos de conclusiones finales al Tribunal el día 31 de mayo de 2021. Asimismo, mediante Resolución N° 2 de este Tribunal, se cerró instrucción en el presente proceso.

XI. PLAZO PARA LAUDAR

49. Conforme al numeral 47 del presente laudo, el plazo de ciento veinte (120) días para laudar inició luego de finalizada la audiencia, es decir, el 21 de mayo de 2021. Por lo tanto, el plazo vence el 18 de septiembre de 2021.

XII. CONSIDERACIONES:

Sobre la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral deducida por MINSa

Posición de MINSa

50. MINSa solicita que el Tribunal se declare incompetente para conocer y resolver cualquier pretensión de GEPEHO referida a la decisión del Supervisor de aplicarle penalidades, pues según MINSa, dicha decisión tiene carácter inimpugnable según el Contrato.

51. MINSA sostiene que, conforme a la cláusula 26 del Contrato referido a las penalidades, las partes acordaron un procedimiento específico para su aplicación e impugnación. Bajo dicho procedimiento, la decisión final del Supervisor respecto a dichas penalidades es definitiva y no está sujeta a reclamación alguna por parte de GEPEHO, ni siquiera en sede arbitral.
52. Más aún, MINSA afirma que la propia GEPEHO ha reconocido que la decisión del Supervisor de imponer penalidades es inimpugnable. Así, MINSA señala que, con fecha 28 de junio de 2016, se llevó a cabo un arbitraje entre MINSA y GEPEHO, ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, en el expediente N°1159-221-16 (en adelante, arbitraje GEPEHO-MINSAs 1). En dicho arbitraje, según MINSAs, GEPEHO habría solicitado que el Tribunal declare inaplicable la cláusula 26 del Contrato, pues reconocía que dicha cláusula otorgaba el carácter de inimpugnable a la decisión del Supervisor de imponer penalidades. Esta pretensión de declarar inaplicable la cláusula 26 del Contrato, fue rechazada por el Tribunal del arbitraje GEPEHO-MINSAs 1.
53. Para MINSAs, según dicha cláusula 26 del Contrato, GEPEHO no puede someter la decisión del Supervisor de imponer penalidades al procedimiento de solución de Controversias establecido en la cláusula 31 del Contrato, pues estas tienen carácter de inimpugnables. Por ello, considerando que el presente arbitraje versa sobre penalidades impuestas por el Supervisor, MINSAs solicita que el presente Tribunal Arbitral declare su incompetencia para conocer el presente proceso.

Posición de GEPEHO

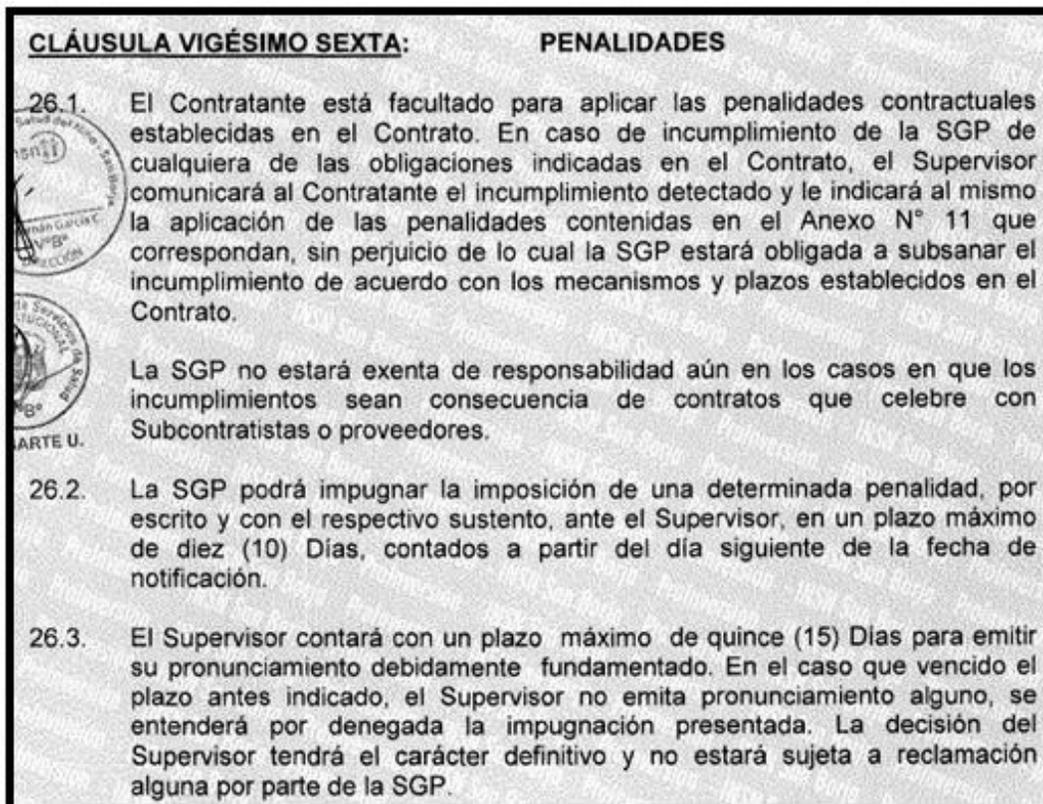
54. GEPEHO sostiene que la cláusula 26 del Contrato regula el término del proceso impugnatorio de las penalidades impuestas por el Supervisor en la vía contractual, lo que no significa que restringe el derecho de GEPEHO a someter la decisión del Supervisor a los correspondientes mecanismos de solución de controversias habilitados por el propio Contrato, conforme a su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
55. GEPEHO señala que la interpretación de MINSAs contraviene lo establecido en la cláusula 3.4 del Contrato, que prohíbe las cláusulas del Contrato sean interpretadas de manera independiente. GEPEHO sostiene que MINSAs hace una interpretación independiente de la cláusula 26 del Contrato, sin detenerse a analizar lo dispuesto en la cláusula 31 del Contrato que establece que toda controversia entre las partes, incluyendo la aplicación de penalidades, debe ser resuelta conforme a los mecanismos de Resolución de Controversia dispuestas en el Contrato.
56. En esa misma línea, la cláusula 31 del Contrato establece que el cumplimiento o la ejecución de todo o parte del Contrato o todo desacuerdo a los compromisos, derechos, deberes, cargas y obligaciones de GEPEHO con el Supervisor, se deberán tratar de resolver a través de negociaciones directas entre las Partes y, en caso dichas negociaciones no lleven a una solución del conflicto, a arbitraje. Por lo que considerando que la aplicación de penalidades es un acto relacionado al cumplimiento de las

obligaciones de GEPEHO, dicha aplicación de penalidades es susceptible de ser conocida en sede arbitral.

57. Por otra parte, GEPEHO niega que en algún momento del procedimiento arbitral GEPEHO-MINSA 1 el Tribunal Arbitral que resolvió dicho caso haya reconocido que las penalidades tengan carácter inimpugnable, por el contrario, es el propio MINSA quien ha reconocido que la imposición de penalidades puede ser sometida a los mecanismos de solución de controversias que establece el Contrato, al no haberse opuesto al pedido de Trato Directo promovido por GEPEHO a fin de resolver el conflicto que se produjo por la imposición de penalidades
58. Así, MINSA aceptó la solicitud de GEPEHO de someter a Trato Directo las controversias sobre penalidades de manera previa al arbitraje, tal y como se desprende del Acta de Solución de Controversias de fecha 4 de abril de 2016 que GEPEHO adjunta como anexo S-2 de su escrito de absolución de la excepción deducida por MINSA.
59. Además, GEPEHO trae a conocimiento de este Tribunal el arbitraje seguido por GEPEHO con el MINSA en el expediente N° 1471-187-17-PUCP (en adelante, el arbitraje GEPEHO-MINSA 2). Según GEPEHO, en dicho arbitraje, MINSA solicitó expresamente que el Tribunal ratifique que, en base a lo pactado por las partes en la cláusula 26.3 del Contrato, la decisión del Supervisor es definitiva y no podrá ser sometida al procedimiento de solución de controversias establecido en la cláusula 31 del Contrato, que regula el mecanismo de solución de controversias.
60. El Tribunal del Arbitraje GEPEHO-MINSA 2 declaró infundada esta pretensión de MINSA, estableciendo que, conforme al principio de conservación y de buena fe, la interpretación de la cláusula 26.3 debe ser entendida en el sentido que no cabe reclamo adicional al Supervisor sobre la imposición de penalidades, siendo lo decidido por el Supervisor definitivo, quedando la vía del arbitraje para su revocatoria.

Posición Del Tribunal

61. Al respecto, la cláusula 26 del Contrato referido al procedimiento de imposición de penalidades señala lo siguiente:



62. Se puede observar que ante la impugnación de GEPEHO contra las penalidades impuestas, el Supervisor cuenta con un plazo de 15 días para emitir pronunciamiento motivado, y que en caso no lo hiciera, se entenderá denegada la impugnación, según la citada cláusula contractual. Esta decisión motivada del Supervisor es definitiva y no estará sujeta a reclamo, de acuerdo a la cláusula contractual. A criterio de este Tribunal, dicha decisión del Supervisor es definitiva a nivel de ejecución del contrato, esto quiere decir que **solo ante el Supervisor y el Contratante**, pero ello no puede perjudicar el **derecho de GEPEHO de llevar la controversia a trato directo, y si no se llega a un acuerdo, a arbitraje**.
63. Este Tribunal llega a dicha conclusión mediante una interpretación conjunta de las cláusulas 26 y 31 del Contrato. Así, la cláusula 31 del Contrato establece que toda diferencia entre las partes (incluyendo, de ser el caso, al Supervisor²) referida a los derechos, obligaciones y **demás asuntos que tengan naturaleza contractual**, se deberán tratar de resolver a través de negociaciones directas entre las partes. Una vez agotado el trato directo entre las partes, estas quedan habilitadas para continuar con el proceso de solución de controversias a través del arbitraje.

² El Supervisor es parte del proceso, pues, al ser MINSa y GEPEHO las partes del Contrato y al haber delegado MINSa, conforme a la cláusula 25 del Contrato, sus labores de supervisión a la empresa Currie & Brown S.A. de C.V. (identificado en el presente laudo como "el Supervisor"), el Supervisor es parte del Contrato en representación de MINSa en cuanto a las labores de supervisión.

64. Es correcto interpretar que la imposición de penalidades por parte del Supervisor tiene naturaleza contractual, toda vez que **dicha facultad emana de lo pactado entre MINSA y GEPEHO**: GEPEHO se comprometió a ejecutar sus obligaciones dentro del Contrato, bajo apercibimiento de que el Supervisor le imponga penalidades en caso de incumplimiento, además las penalidades como tal se encuentran también reguladas en los artículos 1341 a 1350 del Código Civil e implican un pacto entre las partes respecto de la indemnización/sanción que se impondrá a la otra parte en caso de incumplimiento de una determinada prestación. Su naturaleza contractual es clara.
65. Por lo tanto, considerando que toda controversia relacionada con las penalidades es, incontrovertiblemente, de naturaleza contractual, la misma puede ser resuelta mediante los mecanismos de solución de controversias establecidos en el Contrato, en consecuencia para el tribunal arbitral, **toda controversia suscitada por la imposición de penalidades puede ser resuelta a través de los mecanismos de solución de controversias que contiene el Contrato, es decir, trato directo y, de no llegar a una solución en dicha vía, mediante el arbitraje**, conforme a una interpretación conjunta y unitaria de las cláusulas 26 y 31 del Contrato.
66. Asimismo, si las partes hubieran querido excluir controversias relacionadas con la aplicación de penalidades del ámbito de aplicación del convenio arbitral, debieron haberlo indicado claramente pues el convenio arbitral señala que las controversias referidas a la existencia, validez, exigibilidad, situación jurídica, interpretación, vigencia, el cumplimiento o la ejecución de todo o parte del Contrato o todo desacuerdo o discrepancia relativos en general a los compromisos, derechos, deberes, cargas y obligaciones de cada Parte **o de GEPEHO en su relación con el Supervisor**, se resolverá mediante trato directo y, de no llegar a una solución en dicha vía, mediante el arbitraje³, sin hacer exclusión alguna a ningún tipo de controversia que pueda ser consecuencia del Contrato. Por ello, se desprende de modo incuestionable que, siendo que una controversia relacionada con la aplicación de penalidades emana del Contrato y no está excluida del ámbito de aplicación del Convenio Arbitral, es arbitrable.
67. Esta interpretación se condice, además, con el derecho de las partes a la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que, ante una decisión que pudiera ser incorrecta del Supervisor al momento de aplicar penalidades, GEPEHO tiene derecho a que dicha decisión sea revisada por un tercero imparcial. Lo contrario importaría una sujeción a cualquier arbitrariedad sin posibilidad de reclamo, lo que constituiría una renuncia anticipada implícita por parte de GEPEHO a un derecho, lo que es inaceptable.
68. En la misma línea, el Tribunal del arbitraje GEPEHO-MINSA 2 determinó lo siguiente:

³ Cláusula 31.1 del Contrato.

70. En ese sentido, en lo que respecta a los términos del convenio arbitral, sus supuestos y consecuencias jurídicas reguladas para las Partes sobre controversias que surjan entre ellas, no se aprecia de manera expresa algún limitante al derecho a someter a arbitraje aquellas controversias relacionadas a incumplimientos de obligaciones, lo cual incluye la aplicación de penalidades, en tanto que éstas últimas son consecuencia de las primeras.

71. La aparente antinomia que se aprecia entre ambas disposiciones contractuales se resuelve por la falta de verificación de la supuesta limitación dentro del convenio arbitral. En efecto, este Colegiado considera que, si la intención de las Partes era excluir dicho supuesto, así habría sido incorporado en el convenio arbitral.

72. Sin perjuicio de lo anterior, en razón del principio de conservación y de buena fe arriba mencionados, el Tribunal Arbitral considera razonable la interpretación dada por el Contratista a la locución *“La decisión del Supervisor tendrá el carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte de la SGP”*, esto es, que no cabe reclamo adicional al Supervisor o inclusive a la Entidad para que ésta se pronuncie al respecto, siendo lo decidido por el Supervisor definitivo, debiendo ser sometido a arbitraje para su revocatoria.

73. En efecto, por un lado, existiendo dos disposiciones aparentemente contrarias que versan sobre aspectos relacionados, uno por el que se establece que las penalidades son decididas por el Supervisor y otro por el que se pacta que las controversias relacionadas a incumplimientos pueden ser resueltas mediante arbitraje, a efectos de que ambas disposiciones se conserven, lo razonable es no extender los términos del numeral 26.3 del Contrato a un convenio que es independiente a este.

69. De lo expuesto por el Tribunal Arbitral del proceso GEPEHO-MINSA 2 se puede observar que, conforme a la voluntad de las partes, no existe motivo alguno para pensar que las penalidades impuestas por el Supervisor no pueden ser sometidas a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el Contrato (Arbitraje), acorde, asimismo, con los principios de conservación del Contrato y de buena fe.

70. Por dichas consideraciones, este Tribunal debe declarar infundada la excepción de incompetencia formulada por MINSAs.

DESARROLLO DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS DEL PROCESO

RESPECTO A LA PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, SU PRETENSIÓN ACCESORIA Y SU PRETENSIÓN SUBORDINADA)

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral:

- (i) Declare que el procedimiento y los criterios de determinación del Porcentaje de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales contenidos en los numerales 216, 220, 225 y 228 del laudo arbitral del 12 de mayo del 2017, integrado con fecha 7 de junio del 2017, emitidos en el marco del proceso arbitral tramitado bajo el Expediente N° 1159-221-16, seguido por la SGP contra el MINSa y el IGSS, son aplicables a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación - RPMO que corresponden a la SGP por los periodos comprendidos entre el mes de agosto del 2016 y mayo del 2017;
- (ii) Ordene al PRONIS y al MINSa que devuelvan a la SGP el monto total de **S/570,172.53** por deducciones indebidamente retenidas y deducidos a la SGP de la las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación - RPMO en los periodos comprendidos entre **agosto del 2016 y mayo del 2017**, monto que incluye el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) al 31 de mayo del 2019 y el Impuesto General a las Ventas (IGV), debiendo recalcularse el interés hasta la la fecha efectiva de pago.
- (iii) De manera subordinada, ordene al PRONIS y al MINSa que instruyan al Supervisor por deducciones indebidamente retenidas y deducidos a la SGP de la las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación - RPMO en los periodos comprendidos entre **agosto del 2016 y mayo del 2017**, en base al procedimiento y los criterios señalados en el numeral (i) precedente.

Posición de GEPEHO

71. GEPEHO sostiene que, desde octubre de 2015, mes del inicio del Periodo de Operación del Contrato de Gerencia, ha mantenido diversas diferencias con el Supervisor sobre la manera en que este determina y aplica las deducciones mensuales sobre la RPMO base. Estas diferencias dieron pie al arbitraje GEPEHO-MINSa 1.
72. En el marco del Arbitraje GEPEHO-MINSa 1 se emitió el Laudo Arbitral de fecha 12 de mayo de 2017, mediante el cual, se fijó, a partir de la fecha de emisión del laudo, una serie de procedimientos y criterios de determinación del Porcentaje de Deducciones Mensuales, así como criterios de Deducciones Aplicables Mensuales. Estos criterios están contenidos en los numerales 216; 220; 225 y 228 del mencionado laudo arbitral. Según GEPEHO, MINSa se niega a aplicar dichos criterios para el cálculo del Porcentaje de Deducciones Mensuales, así como de Deducciones Aplicables Mensuales para el periodo en que duró el Arbitraje GEPEHO-MINSa 1, es decir, desde agosto de 2016 a mayo de 2017.
73. GEPEHO señala que el MINSa viene interpretando de manera restrictiva el laudo emitido en el proceso GEPEHO-MINSa 1, entendiendo que los criterios fijados por el Tribunal son de aplicación a partir de la fecha de emisión del laudo. Sin embargo,

GEPEHO advierte que MINSAs sí ha realizado el recálculo de las deducciones entre los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio de 2016, para luego excluir los meses de agosto de 2016 a mayo de 2017, y hacer el recálculo nuevamente a partir de junio de 2017 en adelante, creando una “laguna de aplicación” para el periodo comprendido entre agosto de 2016 a mayo de 2017. A criterio de GEPEHO, esta interpretación de MINSAs no tiene sentido lógico ni jurídico, pues el procedimiento a seguir para las deducciones es el mismo para todos los meses.

74. Es por ello que GEPEHO solicita que este Tribunal Arbitral declare que los criterios fijados en el Laudo Arbitral del Proceso GEPEHO-MINSAs 1 son aplicables también para el periodo de agosto de 2016 a mayo de 2017. En consecuencia, GEPEHO solicita que se ordene que MINSAs reembolse a GEPEHO la cantidad de S/ 570,172.53 soles que le han sido descontados de manera indebida de agosto de 2016 a mayo de 2017 producto de la no aplicación, por parte del Supervisor, de los criterios fijados en el arbitraje GEPEHO-MINSAs 1 durante dicho periodo de tiempo.

Posición de MINSAs

75. Para MINSAs, este pedido de GEPEHO adolece de una eminente deficiencia probatoria. Para MINSAs, GEPEHO pretende que el Tribunal ordene la devolución del monto de S/ 570,172.53 soles que supuestamente le habrían sido deducidos de manera indebida de agosto de 2016 a mayo de 2017, sin adjuntar ningún medio probatorio que acredite que dichas deducciones se hayan realizado, ni mucho menos ha adjuntado medio probatorio alguno que acredite los fallos que supuestamente el Supervisor le habría imputado a fin de realizar dichas deducciones.
76. Sin perjuicio de lo anterior, respecto a lo alegado por GEPEHO en el sentido que no se entiende por qué MINSAs sí aplicó el criterio de deducción fijado por el Tribunal Arbitral del Arbitraje GEPEHO-MINSAs 1 para los meses de marzo a julio de 2016, MINSAs indica que el Tribunal Arbitral del proceso GEPEHO-MINSAs 1 ordenó, de forma expresa, en el punto noveno de la parte resolutive del laudo, el recálculo por los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio de 2016, indicando, a su vez, que los criterios de recálculo se aplican a partir de la fecha de emisión del mismo, es decir desde el 12 de mayo de 2017.
77. Es debido a lo expresamente ordenado por el Tribunal del Arbitraje GEPEHO-MINSAs 1 que no existe una “laguna de aplicación” de los criterios establecidos en el Laudo, puesto que no hay orden del Tribunal de aplicar el recálculo de las deducciones a las RPMO en los meses que duró el arbitraje, debiendo entenderse que el Tribunal del arbitraje GEPEHO-MINSAs 1 ordenó expresamente que se realice el recálculo de las deducciones realizadas a GEPEHO en los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio de 2016 y a partir 12 de mayo de 2017 en adelante, dejando fuera de dicho recálculo el periodo que comprende los meses en que duró el arbitraje, es decir, de agosto de 2016 a mayo de 2017.

Posición del Tribunal

Sobre el pedido contenido en el numeral (i) de la Primera Pretensión Principal

78. GEPEHO solicitó en el proceso arbitral GEPEHO-MINSA 1 que el Tribunal declare que los criterios de determinación de las deducciones aplicables mensuales fueran los que GEPEHO señalaba en su demanda arbitral o, de forma subordinada, que el propio Tribunal fije los criterios para la determinación de las deducciones mensuales aplicables.
79. Ante dichos pedidos, el Tribunal del Arbitraje GEPEHO-MINSA 1, indicó que amparar la Pretensión Principal de GEPEHO conllevaría a la modificación del Contrato, por lo cual rechazó la Pretensión Principal de GEPEHO. Sin embargo, el mismo Tribunal amparó la Pretensión Subordinada de GEPEHO, fijando en los numerales 216; 220; 225 y 228 los criterios para la determinación de las deducciones aplicables mensuales, indicando de forma expresa que dichos criterios eran los establecidos por el **Tribunal a partir de ese momento, es decir, a partir de la emisión del laudo.**
80. Por lo tanto, se puede observar que hubo una orden expresa del Tribunal del Arbitraje GEPEHO-MINSA 1 para aplicar los criterios de determinación, de las deducciones aplicables mensuales, establecidos en el laudo arbitral a partir de la emisión de dicho laudo en adelante, configurando esta orden del Tribunal Cosa Juzgada conforme a lo establecido en el numeral 2 del artículo 59 de la Ley de Arbitraje, **la misma que no puede ni debe ser revisada o cuestionada por Tribunal alguno.**
81. Es también importante tener en cuenta lo indicado por el propio Tribunal del Arbitraje GEPEHO-MINSA 1 al resolver los recursos posteriores al Laudo Arbitral mediante Resolución N°14 de fecha 7 de junio de 2017.
82. En dicha Resolución, el Tribunal se manifestó ante el pedido de GEPEHO de interpretación del sexto punto controvertido, que buscaba que el Tribunal precise a partir de qué fecha se debían aplicar los criterios establecidos por el Tribunal para las deducciones.
83. La mencionada Resolución N° 14 señaló:

POSICIÓN DE GEPEHO

39. Como consecuencia de que el Tribunal Arbitral, en su análisis del Sexto Punto Controvertido, ordenó al Supervisor realizar el re-cálculo de los porcentajes aplicables a cada uno de los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio del año 2016, a través de recurso de interpretación GEPEHO solicita al Tribunal Arbitral precisar lo siguiente:

"(...)

- 1) ¿Cuál es el plazo que tendrá el Supervisor para realizar el re-cálculo de los porcentajes antes mencionados?
- 2) Entendemos que el Supervisor debe ceñirse estrictamente a las pautas establecidas por el Tribunal Arbitral a lo largo del laudo, a fin de efectuar el re-cálculo, favor confirmar.
- 3) ¿Quién tendrá el pronunciamiento final acerca de los re-cálculos?
- 4) Entendemos que las RPMO posteriores al mes de julio del 2016 deberán ajustarse a los establecido en el laudo al haber emitido el Tribunal Arbitral pautas generales aplicables desde la RPMO marzo 2016 que afectarán de la misma manera a las RPMO siguientes producto de la mecánica del contrato, favor confirmar.

(...)"

*El resaltado es del Tribunal

84. Sin perjuicio de haber desestimado el pedido de GEPEHO en cuanto el mismo no calzaba dentro de los supuestos de interpretación permitido por la Ley de Arbitraje, el Tribunal indicó lo siguiente:

48. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral se remite a su análisis y decisión en el Quinto Punto Controvertido del Laudo Arbitral, donde estableció que:

"(...)

230. A partir de lo expuesto, el TRIBUNAL ARBITRAL considera que, dado que el pronunciamiento que efectúa es interpretativo de los alcances de EL CONTRATO y no una modificación del mismo, corresponde declarar **INFUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de la Demanda presentada por GEPEHO; en consecuencia, no corresponde declarar que el procedimiento y los criterios de determinación del Porcentaje de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales, es el descrito por GEPEHO en su demanda arbitral.

Declárese **FUNDADA** la Pretensión subordinada a la Quinta Pretensión de la demanda presentada por GEPEHO; en consecuencia, corresponde que el procedimiento y los criterios de determinación del Porcentaje de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales son, a partir de este

momento, los establecidos por el Tribunal Arbitral en los numerales 216, 220, 225 y 228 de la parte considerativa del presente Laudo.

(...)"

*El resaltado es del Tribunal

85. Como se puede observar una vez más, los criterios para el cálculo de deducciones fijados por el Tribunal del Arbitraje GEPEHO-MINSA 1, se aplican a partir de la emisión del laudo, conforme a lo indicado por el propio Tribunal. Por lo tanto, **GEPEHO no puede pretender que este Tribunal emita una resolución que modifique lo que ya fue decidido en el laudo emitido en el Arbitraje GEPEHO-MINSA 1** que configura Cosa Juzgada entre las partes, y que decidió que los criterios para el cálculo de las deducciones son de aplicación a partir de la emisión del laudo, es decir, a partir de junio de 2017 y no para el periodo que busca GEPEHO, es decir, de agosto de 2016 a mayo de 2017.
86. Ahora bien, GEPEHO ha mencionado que no comprende por qué el Supervisor ha efectuado el recálculo de las deducciones realizadas para los meses de marzo, abril, mayo, junio, y julio de 2016, y no ha hecho lo mismo desde agosto de 2016 a mayo de 2017, existiendo una “laguna de aplicación”. Respecto a esta alegación de GEPEHO, el sexto punto controvertido del proceso arbitral GEPEHO-MINSA 1, que fue determinado conforme a las pretensiones de GEPEHO, era el siguiente:

F. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que los Porcentajes de Deducciones Mensuales que corresponden aplicar a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación – RPMO que corresponden a la SGP por los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio del año 2016 son, respectivamente, los siguientes: 3,046448%, 3,320760%, 2,712415%, 2,876732 %, 2,33046%.

De forma subordinada a ello y si el Tribunal Arbitral considera que los porcentajes antes indicados no son los correspondientes a los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio del año 2016, proceda a determinar cuáles serían los porcentajes aplicables a cada uno de esos meses.

87. Como se puede observar, el sexto punto controvertido del arbitraje, que fue elaborado en base al pedido de GEPEHO, estaba referido a determinar si se debían aplicar los criterios de deducción fijados por el Tribunal al periodo comprendido entre marzo y julio de 2016. Ante dicho pedido de GEPEHO, el Tribunal decidió lo siguiente:

En efecto, el TRIBUNAL ARBITRAL advierte que de acuerdo a la cláusula 25.3.3 de EL CONTRATO, para la aplicación de las deducciones mensuales por un determinado fallo, el Supervisor debió de haber comunicado oportunamente y/o en tiempo real a GEPEHO cualquier deficiencia u omisión en los servicios prestados (asignando un fallo de calidad o un fallo de disponibilidad). Por tanto, en la medida que el MINSA no ha acreditado fehacientemente que el Supervisor haya cumplido con la exigencia de la cláusula 25.3.3 de EL CONTRATO, corresponde ordenar al Supervisor el recálculo de los porcentajes aplicables a cada uno de los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio del año 2016, retirando de la nueva Liquidación únicamente las deducciones por observaciones que no fueron comunicadas de manera escrita por el Supervisor a GEPEHO de acuerdo a la cláusula 25.3.3 de EL CONTRATO.

**El resaltado es del Tribunal*

88. Entonces, este Tribunal advierte que en el laudo arbitral del proceso GEPEHO-MINSA 1, el propio Tribunal Arbitral ordenó de forma explícita al Supervisor realizar el recálculo de los porcentajes aplicables a los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio de 2016, en base al pedido puntual realizado por GEPEHO y que es base para la elaboración del sexto punto controvertido del arbitraje GEPEHO-MINSA 1.
89. Por lo tanto, se concluye que no existe ninguna “laguna de aplicación” por parte del Supervisor, si no que el recálculo del Supervisor realizado en los meses de marzo a julio de 2016 obedece a lo ordenado de forma explícita en el laudo emitido en el arbitraje GEPEHO-MINSA 1, **lo cual constituye cosa juzgada y por lo tanto no puede ser modificada**. Por lo que, este Tribunal debe desestimar este argumento de GEPEHO indicando que, si se ordenó el recálculo en los meses de marzo a julio de 2016, fue debido al pedido expreso que el propio GEPEHO efectuó en su demanda.
90. Por dichas consideraciones, no corresponde declarar que el procedimiento y los criterios de determinación del Porcentaje de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales contenidos en los numerales 216, 220, 225 y 228 del laudo arbitral emitido en el proceso arbitral GEPEHO-MINSA 1, son aplicables a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación – RPMO que corresponden a GEPEHO por los periodos comprendidos entre el mes de agosto de 2016 y mayo de 2017, **en cuanto el Tribunal arbitral del Arbitraje GEPEHO-MINSA 1 estableció que dichos criterios se aplican a partir de la emisión del laudo**, es decir, de junio de 2017 en adelante, y que el recálculo en los meses de marzo a julio de 2016 responde a que **hubo una orden expresa del Tribunal Arbitral del Arbitraje GEPEHO-MINSA 1 en dicho sentido y que respondía al pedido expreso de GEPEHO** de que se apliquen los criterios de deducción para dicho periodo.

Sobre el pedido contenido en el numeral (ii) de la Primera Pretensión Principal

91. GEPEHO solicita que, como consecuencia de que el Tribunal declare que el procedimiento y los criterios de determinación del Porcentaje de Deducciones

Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales contenidos en los numerales 216, 220, 225 y 228 del laudo del Arbitraje GEPEHO-MINSA 1 se apliquen de agosto de 2016 a mayo de 2017, correspondería, que en base a dichos criterios, MINSA y PRONIS devuelvan a GEPEHO la cantidad de S/ 570,172.53 soles que no habrían sido descontados de GEPEHO si se hubieran utilizado los criterios fijados en el Arbitraje GEPEHO-MINSA 1.

92. Sin embargo, este Tribunal ha desestimado el pedido principal de GEPEHO, por lo tanto, no corresponde ordenar a MINSA y a PRONIS reembolsar la cantidad de S/570,172.53 soles a GEPEHO, monto que es el resultado de la aplicación de los criterios de deducción establecidos en el arbitraje GEPEHO-MINSA 1, que como ya estableció este Tribunal, no son de aplicación para el periodo comprendido entre agosto de 2016 a mayo de 2017 por las razones indicadas en el numeral 90 del presente laudo arbitral.

Sobre el pedido contenido en el numeral (iii) de la Primera Pretensión Principal

93. GEPEHO solicita, como pretensión que denomina subordinada, que en caso el Tribunal considere que el cálculo de monto total de S/ 570,172.53 soles debe ser efectuado o ratificado por el Supervisor, ordene al PRONIS o al MINSA que instruyan al Supervisor para el recálculo correspondiente.
94. El Tribunal aprecia que la pretensión así planteada, no es subordinada a la principal, sino accesorio, o complementaria a la principal, dado que, como lo manifiesta la demandante, su pedido supone que se haya dispuesto que procede el recálculo.
95. Así las cosas, habiéndose desestimado la pretensión principal, esta pretensión contenida en el numeral (iii) de la primera pretensión principal, debe seguir la misma suerte y declararse, por lo tanto, infundada.

RESPECTO A LA SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SU PRETENSIÓN SUBORDINADA)

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral declare que el contenido y/o interpretación de la SGP respecto a los siguientes conceptos son en efecto los planteados en esta pretensión y que dicho contenido y/o interpretación se aplica a partir de agosto del 2016 en adelante: (1) frecuencia de control de las Tablas de Indicadores de calidad; (2) incremento de la intensidad de los fallos por efecto de repeticiones; y (3) lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones.

Que, como **pretensión subordinada a la Segunda Pretensión Principal**, en caso se desestime nuestro pedido, que el Tribunal Arbitral otorgue contenido y/o realice una interpretación respecto a las controversias de los tres conceptos

mencionados, de manera que sean aplicables a partir de agosto del 2016 en adelante o a partir de la fecha que el tribunal arbitral establezca.

Posición de GEPEHO

96. GEPEHO señala que existe discrepancia entre las partes sobre la interpretación de los siguientes conceptos contenidos en el Contrato:
- a. **Frecuencia de Control:** Este concepto determina las veces que el Supervisor puede realizar el control sobre los distintos indicadores de monitoreo de la calidad del servicio. Según GEPEHO, el Contrato determina de forma explícita la frecuencia de control para cada indicador, que puede ser diario, semanal, mensual, trimestral o anual. Sin embargo, según GEPEHO, el Supervisor ha venido incumpliendo las frecuencias de control establecidas en el contrato, realizando controles inopinados con una mayor frecuencia de lo establecido en el Contrato, en contravención de lo pactado.
 - b. **Incremento de intensidad de los fallos por efecto de repeticiones:** Para GEPEHO, el Contrato establece que cada tercera repetición de una falla de baja gravedad configura una falla de media gravedad; y que cada tercera repetición de una falla de media gravedad configura una falla de alta gravedad. Según GEPEHO, una vez que el fallo de baja gravedad se convierte en uno de media gravedad, o uno de media gravedad se convierte en uno de alta gravedad, el contador se debe reiniciar. Sin embargo, el Supervisor ha venido aplicando un criterio distinto, considerando que el contador no se reinicia luego de la tercera repetición, pues luego de esta tercera repetición el siguiente fallo continúa siendo uno de media gravedad o alta gravedad según sea el caso.
 - c. **Lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones:** Para GEPEHO, el anexo 10 del Contrato señala que “*En el caso que en un determinado mes se produzca algún fallo por una única vez y la SGP los solucione en el tiempo de respuesta establecido, dicho fallo no será considerado a*

efectos de las deducciones.” Ahora bien, según GEPEHO un mismo indicador de monitoreo de la calidad del servicio está compuesto por varios procedimientos; si GEPEHO realiza de manera incorrecta diferentes procedimientos de un mismo indicador, esto no debe considerarse como un mismo fallo a efectos de las deducciones, pues son fallos en esencia distintos.

Por lo tanto, de producirse un fallo en diferentes procedimientos de un mismo indicador, corregidos en el tiempo de respuesta establecido, aunque formen parte de un mismo indicador de monitoreo de la calidad del servicio, deben ser considerados como fallas únicas. Por lo que, en consideración del Anexo N° 10 del Contrato, no deben ser considerados para las deducciones. Según GEPEHO, el Supervisor viene realizando una interpretación errónea de este extremo del Contrato, al considerar que varios fallos en un mismo indicador, aun cuando cada uno se haya producido en un procedimiento distinto, constituyen un mismo fallo del indicador, lo que tiene como consecuencia la aplicación indebida de deducciones.

97. En base a lo expuesto, GEPEHO solicita que el Tribunal declare que estos tres conceptos deben ser interpretados conforme lo interpreta GEPEHO en su escrito de demanda, es decir, conforme se ha expuesto en los literales a, b y c del numeral precedente del presente laudo arbitral. Por lo tanto, GEPEHO solicita que se ordene al Supervisor hacer el recálculo del porcentaje de las deducciones realizadas en base a una correcta interpretación de estos tres conceptos del Contrato materia de controversia, a partir de agosto de 2016 y que, en consecuencia, se ordene a MINSA devolver lo indebidamente deducido como resultado del recálculo ordenado por el Tribunal.

Posición de MINSA

98. MINSA señala con respecto a la frecuencia de control, que el Anexo N° 8 del Contrato de Gerencia señala en la página 649 que *“el Supervisor podrá realizar controles/inspecciones no programadas para verificar el cumplimiento de los estándares de resultado, procedimiento y cualquier otro requisito definido en el Anexo 7, en el Plan Operacional Anual o en el Contrato...”*. Asimismo, MINSA señala que más adelante, en el mismo Anexo N° 8, en la página 652, se establece que *“El supervisor o la persona en quien delegue, podrá inspeccionar los servicios instalaciones locales, así como toda la documentación y registro electrónicos relacionados con el objeto del Contrato. En este sentido podrá realizar cuantas evaluaciones considere oportunas en orden a la verificación de la realización del objeto del Contrato”*.
99. En base a dichas estipulaciones contractuales, MINSA sostiene que el control realizado por el Supervisor no está limitado a las frecuencias de control señaladas en el Anexo N° 7 del Contrato, pudiendo el Supervisor realizar controles en el tiempo que considere apropiado para verificar la calidad del servicio.
100. En cuanto al incremento de la intensidad de los fallos, MINSA señala que el Contrato de Gerencia no establece que el cómputo de reiteraciones se reinicie a la tercera

reiteración de la falla. Asimismo, MINSA considera que la interpretación realizada por GEPEHO con respecto a este punto es opuesta al objetivo de registrar las reiteraciones de fallos que conlleven a afectaciones significativas sobre los pacientes y, por tanto, dicha interpretación afectaría la búsqueda de garantizar la calidad de los servicios y de atención a los usuarios de los servicios del INSN-SB.

101. Con respecto a lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones, el MINSA señala que el Contrato establece que la unidad de medición de la calidad del servicio se expresa en indicadores de monitoreo de la calidad del servicio y no en procedimientos. Ya que un indicador está compuesto de varios procedimientos, una falla en cualquiera de estos procedimientos, por más que sean diferentes, generará una falla del indicador. Por lo tanto, se estaría repitiendo la falla, debiendo rechazarse la interpretación de GEPEHO.

Posición del Tribunal

Sobre la Segunda Pretensión Principal

a. La frecuencia de Control

102. GEPEHO solicita que el Tribunal declare que el concepto de “Frecuencia de Control” debe ser interpretado de la siguiente manera:

- | |
|---|
| <p>(i) La frecuencia de control de los indicadores establecidos en el Anexo No. 7 para los Servicios a cargo de la SGP son aquellos expresamente indicados en la respectiva Tabla de Indicadores de Calidad.</p> <p>(ii) El Supervisor solo puede controlar un indicador específico de manera diaria, semanal, mensual, trimestral o anual si así ha sido expresamente establecido en la frecuencia de control de la respectiva Tabla de Indicadores de Calidad establecido para un indicador específico.</p> |
| <p>(iii) La facultad del Supervisor de realizar controles/inspecciones no programadas según el Anexo No. 8 (pág. 649) del Contrato de Gerencia debe entenderse como la facultad de controlar y realizar inspecciones sin tener que informar previamente a la SGP, pero respetando la frecuencia de control establecido para el indicador respectivo en la Tabla de Indicadores de Calidad pertinente.</p> |

103. Al respecto, este Tribunal advierte que la frecuencia de control de las tablas de indicadores de calidad, son las frecuencias con las que el Supervisor monitorea la calidad del Servicio, haciendo uso de los indicadores de calidad establecidos en el Anexo N° 7 del Contrato. La frecuencia de control puede ser diaria, semanal, mensual, trimestral o anual. El propio Contrato señala de forma literal las frecuencias con las que el Supervisor puede monitorear la calidad del servicio para cada indicador. Así, por ejemplo, en la página 514 se ubica la tabla 3 que establece indicadores de monitoreo de

la calidad del servicio de lavandería. El primer indicador señala “Las prendas muestran exceso de cloro”, este indicador debe ser monitoreado de forma mensual tal y como se aprecia a continuación:

Tabla 3: Indicadores de monitoreo de la calidad del servicio

ID	Indicador	Tipo de defecto	Disponibilidad	Tiempo de respuesta	Criterios de aplicación de deducción (descuento)	Frecuencia de control
1	Las prendas muestran exceso de cloro (test de cloro residual)	FC2	NO	ORD	Por cada pieza en la que el test de cloro residual de positivo, se aplicará una deducción	M

**El resaltado es del Tribunal*

104. A criterio de GEPEHO, el Supervisor debe realizar el monitoreo de los indicadores de calidad tal como está explícitamente fijado en el Anexo N° 7, es decir, una vez al mes según el ejemplo presentado. Sin embargo, el Supervisor ha venido realizando la revisión de los indicadores de calidad fuera de las frecuencias fijadas en el Anexo N° 7, amparándose en lo indicado por el Anexo N° 8 del contrato que establece lo siguiente:

“El Supervisor podrá realizar controles/ inspecciones no programadas para verificar el cumplimiento de los estándares de resultado, procedimientos y cualquier otro requisito definido en el Anexo 7, en el Plan Operacional Anual o en el presente Contrato mediante el análisis del sistema de información ordinario del INSN-SB o del SIGI de la SGP. En el caso de que las fuentes de información antes señaladas no ofrezcan la información requerida por el Supervisor, se pactará entre las partes implicadas el mecanismo de obtención de esta información.”

105. Se puede observar entonces que existen dos cláusulas del Contrato referidas a la frecuencia de control de la calidad del servicio. Mientras que las Tablas del Anexo N° 7 fijan una frecuencia de control de los Servicios, el Anexo N° 8 indica que el Supervisor puede realizar controles e inspecciones no programadas a fin de verificar el cumplimiento de los servicios establecidos en el Anexo N° 7 del Contrato. Al respecto, es pertinente lo dispuesto en la cláusula 3.4 del Contrato, que señala que el presente Contrato debe interpretarse de forma unitaria.
106. Sobre la interpretación contractual, FERNANDEZ CRUZ señala que “...las cláusulas que las partes establecen están pensadas y estipuladas en torno a la satisfacción de las

necesidades que experimentan, lo cual solamente puede ser explicado a través de una interpretación unitaria del contrato que contiene la común intención de las partes.”⁴

107. Al hacer una interpretación unitaria del Contrato (que conlleva un análisis sistemático y funcional del Contrato), este Tribunal concluye que si bien el Contrato fija en el Anexo N° 7 las frecuencias programadas en las cuales el Supervisor debe realizar el control de calidad del servicio, también en el Anexo N° 8 del Contrato, entrega un papel preponderante al Supervisor con el objetivo de verificar la calidad del servicio que brinda GEPEHO. Dicho Anexo N°8 del Contrato faculta al Supervisor a ejecutar en todo momento las revisiones de calidad del Servicio de forma no programada y todas aquellas que considere oportunas.
108. Por lo tanto, haciendo una interpretación unitaria del contrato conforme al numeral 3.3. de la cláusula tercera del Contrato, este Tribunal entiende que el Supervisor está facultado no sólo a realizar el control de “*los distintos aspectos de cada uno de los servicios*” en la frecuencia fijada por el contrato en el Anexo N° 7, sino que también está facultado a realizar controles de la calidad de “*los distintos aspectos de cada uno de los servicios*” de forma no programada y cuantas considere oportunas “*en orden a la verificación de la realización del objeto del Contrato*”.

b. la intensidad de los fallos por efecto de las repeticiones

109. GEPEHO solicita que el Tribunal declare que el concepto de “*intensidad de los fallos por efecto de las repeticiones*” se interpreta de la siguiente manera:

- (i) La reiteración en tres (3) ocasiones de un fallo de baja gravedad (FC3) lo convierte en un fallo de media gravedad (FC2);
- (ii) Luego de la tercera reiteración (repetición) de un fallo de baja gravedad (FC3), los subsecuentes fallos de baja gravedad (FC3) vuelven a computarse nuevamente hasta convertirse en fallos de media gravedad (FC2), según la regla en (i).
- (iii) La reiterada comisión de fallos de baja gravedad (FC3) en diez (10) ocasiones dentro de un año, trae como consecuencia que del undécimo fallo en adelante, tales fallos (aunque de baja gravedad) sean considerados como de intensidad alta (FC1) lo que resta del año.
- (iv) La reiteración en tres (3) ocasiones de un fallo de media gravedad (FC2) lo convierte en un fallo de alta gravedad (FC1).

⁴ FERNANDEZ, Gastón. “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano”. Revista “Derecho & Sociedad”. Número 19. Lima 2002. Pág. 158.

110. Al respecto, este Tribunal puede observar que no existe controversia entre las partes respecto a los puntos (i) y (iv) en cuanto MINSA no contradice dichas interpretaciones, conforme se observa de la Contestación de Demanda:

Para el punto (i)

Cuando se generen tres fallos de calidad de gravedad baja en un mismo Servicio, dentro del periodo de un mes, se debe considerar solo al cuarto fallo de calidad como de gravedad media.

Para el punto (iv)

Cuando se generen tres Fallos de Calidad de gravedad media en un mismo Servicio, dentro del periodo de un mes, se debe considerar solo al cuarto fallo de calidad como de gravedad alta.

111. Con respecto al punto (iii), la propia GEPEHO ha indicado en su Demanda que coincide con la interpretación realizada por el Supervisor, conforme se observa a continuación:

26. Como se aprecia, conforme al Contrato de Gerencia, la reiterada comisión de fallos de baja gravedad (FC3) en diez (10) ocasiones dentro de un año, trae como consecuencia que del undécimo fallo en adelante, tales fallos (aunque de baja gravedad) sean considerados como de intensidad alta (FC1) lo que resta del año, como sanción por la reiterada comisión de fallos, por muy simples que estos sean.

112. Donde existe controversia es en el punto (ii), conforme se aprecia de la Contestación de Demanda:

Si bien el Contrato de Gerencia es preciso en señalar que la tercera reiteración del fallo de Calidad de gravedad baja será considerada como Fallo de Calidad de gravedad media; no indica que la computación de reiteraciones se reinicia, tal como es planteado por la SGP.

El Contrato de Gerencia es preciso en señalar que la tercera reiteración del Fallo de Calidad de gravedad Media será considerada como Fallo de Calidad de gravedad Alta, no indica que la computación de reiteraciones se reinicia, tal como es planteado por la SGP.

El ascenso de un fallo de calidad de nivel de gravedad baja a media, o bien de nivel de gravedad medio a nivel de gravedad alto, implica que el fallo produce un efecto cada vez más perjudicial para los pacientes, lo cual es consistente en términos técnico-operativos de un hospital;

113. Por lo tanto, es correcto concluir que la presente controversia se circunscribe a lo referido a determinar si el cómputo de reiteraciones se reinicia conforme interpreta GEPEHO.
114. Respecto al incremento de la intensidad de los fallos por efecto de repeticiones, este Tribunal considera pertinente, en primer lugar, definir de forma clara lo que significa la intensidad de los fallos por efecto de las repeticiones.
115. Cada Servicio ofrecido por GEPEHO cuenta con indicadores, los cuales son la herramienta mediante la cual se mide la calidad de dicho servicio. Cada Indicador está redactado de forma tal que representa un fallo en el Servicio brindado por GEPEHO. Cada uno de estos fallos pueden ser de intensidad baja, media o alta, dependiendo del grado de perjuicio que genera en el paciente o el INSN-SB. Así, por ejemplo, para el caso del Servicio de Lavandería, se puede observar del indicador número 1, que el hecho de que las prendas muestren exceso de cloro, representa una falla en el Servicio de intensidad media, conforme se puede observar a continuación:

Tabla 3: Indicadores

D	Indicador	Tipo de defecto	Disponibilidad	Tiempo de respuesta	Criterio
1	Las prendas muestran exceso de cloro (test de cloro residual)	FC2	NO	ORD	Por cada residual de deducción

Siendo FC3: Gravedad Baja
FC2: Gravedad Media
FC1: Gravedad Alta

116. Ahora bien, el Anexo N° 9 del Contrato, en la página 654, establece que, si GEPEHO reitera en tres ocasiones una falla de intensidad baja en el plazo de un mes, se elevará la última falla a intensidad media. Lo mismo para las fallas de intensidad media, cuya reiteración por tres veces en un mismo mes, eleva la última falla a intensidad alta. Es decir, el Anexo N° 9 del Contrato establece un “medidor de intensidad” que va aumentando conforme se reitera un determinado fallo en un mismo mes. Dicho “medidor de intensidad” tiene una gran importancia puesto que, a mayor intensidad en el fallo, mayor será la deducción aplicada a GEPEHO conforme se observa del Anexo N° 10 en la página 659 del Contrato:

	FC1	FC2	FC3	FC0G1	FC0G2
Mantenimiento de la edificación, las instalaciones y del equipamiento electromecánico asociado a la infraestructura	0.035%	0.011%	0.004%	0.001%	0.035%
Mantenimiento del Equipo Clínico y Equipo No Clínico	0.128%	0.039%	0.014%	0.004%	0.128%
Alimentación	0.061%	0.018%	0.007%	0.002%	0.061%
Lavandería	0.012%	0.004%	0.001%	0.000%	0.012%
Limpieza y Bioseguridad	0.037%	0.011%	0.004%	0.001%	0.037%
Seguridad Integral	0.009%	0.003%	0.001%	0.000%	0.009%
Gestión de residuos hospitalarios	0.007%	0.002%	0.001%	0.000%	0.007%
Patología Clínica	0.172%	0.052%	0.019%	0.005%	0.172%
Central de Esterilización	0.036%	0.011%	0.004%	0.001%	0.036%
Asistencia Técnica de Adquisición	0.002%	0.001%	0.000%	0.000%	0.002%

117. Ahora bien, según GEPEHO, el Supervisor ha venido interpretando que una vez que GEPEHO incurre en la tercera repetición, elevando el nivel de intensidad del fallo, todas las siguientes reiteraciones de un mismo fallo tienen la intensidad de la última repetición, conforme lo ha graficado la propia GEPEHO en su demanda:

Defecto	Observación	Que pasa?
FC3	Primer Fallo	FC3
FC3	1ra. Repetición	FC3
FC3	2da. Repetición	FC3
FC3	3ra. Repetición	FC2

118. Sin embargo, para GEPEHO, este “medidor de intensidad” debe reiniciarse a la tercera repetición, conforme grafica a continuación:

Defecto	Observación	Que pasa?
FC3	Primer Fallo	FC3
FC3	1ra. Repetición	FC3
FC3	2da. Repetición	FC3
FC3	3ra. Repetición	FC2
FC3	Primer Fallo	FC3
FC3	1ra. Repetición	FC3
FC3	2da. Repetición	FC3
FC3	3ra. Repetición	FC2

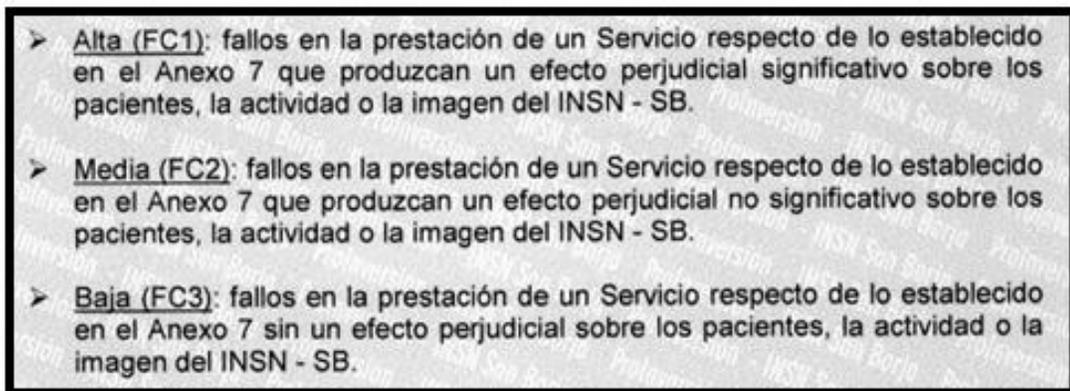
119. MINSA no ha negado que el Supervisor venga realizando la interpretación del “*medidor de intensidad*” conforme lo ha graficado GEPEHO, por el contrario, ha respaldado dicha interpretación del Supervisor, conforme se aprecia a continuación:

Conforme el ejemplo planteado por la SGP: Las constantes (más de 3 reiteraciones) molestias sonoras derivadas de la actividad desarrollada por los operarios del Servicio de Limpieza (situación asociada al Indicador de Monitoreo LI_13, cuyo nivel de gravedad es baja podrían entorpecer la recuperación de los pacientes, principalmente de quienes padezcan enfermedades cardiovasculares. Consecuentemente, se vuelve en un fallo con afectación a los pacientes más sensibles. Es evidente que la molestia en los pacientes persistirá conforme más constantes y ruidosas sean las actividades del personal, no “se reinicia” el umbral de dolor generado. Bajo estas consideraciones y con fundamento en la experiencia internacional de otros proyectos operados bajo el esquema de asociación público – privada, es correcto que la cuarta y subsecuentes reiteraciones de un mismo fallo hereden el nivel que se haya determinado para la tercera reiteración, según su nivel de gravedad;

120. Al respecto, este Tribunal observa que el Contrato no ha establecido de forma explícita qué es lo que sucede con el “*medidor de intensidad*” una vez se produce una cuarta reiteración de un mismo fallo de calidad. Entonces se pregunta el Tribunal ¿qué sucede cuando ocurre una cuarta reiteración en el fallo? ¿El medidor de intensidad se reinicia como propone GEPEHO o la cuarta reiteración hereda la calidad de la tercera reiteración como ha venido interpretando el Supervisor?
121. Por su parte, el funcionamiento del “*medidor de intensidad*” está en el Anexo N° 9, ubicado en la página 654 del Contrato, e indica lo siguiente:

En general, se considerará que la reiteración en tres ocasiones de un mismo fallo de calidad de intensidad baja en la prestación de un mismo Servicio por parte de la SGP en el plazo de un mes elevará el último defecto a intensidad media. De forma similar, la reiteración de un mismo fallo de calidad de intensidad media en tres ocasiones, en el mismo período por parte de la SGP para un mismo Servicio, elevará el último fallo a intensidad alta.

122. Ahora bien, conforme lo establece el tercer párrafo de la cláusula 3.4 del Contrato “*El Contrato se interpretará de conformidad con las reglas de interpretación establecidas en el Código Civil Peruano...*”. En cumplimiento de esta cláusula contractual, el Tribunal considera pertinente aplicar lo dispuesto en el artículo 169 del Código Civil, que establece que “*Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*”, que es la interpretación sistemática, que lleva a una interpretación unitaria del Contrato.
123. En ese orden de ideas, es importante tener presente cómo se define en el propio Contrato un fallo de intensidad alta, media o baja. Estos conceptos se detallan en la página 653 conforme se aprecia a continuación:



124. De la imagen anterior se desprende entonces que la gravedad del fallo se mide en el perjuicio efectuado sobre el paciente o al INSN-SB. Mientras que las fallas de intensidad baja no generan ningún tipo de perjuicio al paciente o al INSN-SB, las fallas de intensidad media y alta, sí generan un perjuicio en el paciente y la imagen del INSN-SB, solo diferenciándose en que la falla media genera un perjuicio no significativo, y la falla alta sí genera un perjuicio significativo.
125. Entonces, la gravedad de los fallos está determinada por el grado de perjuicio que ocasiona al paciente o al INSN-SB. Siendo este el criterio claro y expresamente explicitado en el Contrato, su modificación para casos excepcionales debe constar de manera expresa, o por lo menos indubitable. A criterio del Tribunal, **no existe acuerdo entre las partes para modificar de manera permanente la gravedad de los fallos previstos en el propio Contrato**, convirtiendo un fallo de baja intensidad en uno de media intensidad, o uno de media intensidad en uno de alta intensidad, durante el resto de la vida del Contrato utilizando un criterio distinto al previsto en él, como es el nivel de perjuicio que genera el fallo.
126. Esta conclusión se confirma cuando de la lectura del propio Contrato, en el tercer párrafo del acápite denominado “*Fallos de calidad de las prestaciones específicas de cada Servicio*” del Anexo N° 9 (página 654), se aprecia que es “*el último fallo*” el que se considera incrementado a la categoría superior. No se establece que los sucesivos

fallos deberán considerarse incrementados en su calificación o grado de intensidad; de haberlo sido, la norma contractual debió establecerlo en forma expresa, más aun cuando se trata de una disposición sancionadora que solo puede interpretarse restrictivamente.

127. Finalmente, y esto a mayor refuerzo de lo anterior, cuando en el Contrato las partes han querido incrementar de forma permanente la intensidad del fallo, lo han establecido en el mismo documento, como por ejemplo cuando en la misma página 654 del Contrato se estipula: *“Si en el período de un año se reitera el mismo defecto de calidad de intensidad baja en un número superior a 10, a partir del undécimo defecto de calidad se contabilizará dicho defecto como de intensidad alta...”*
128. Por lo tanto, este Tribunal acoge la interpretación de GEPEHO sobre el concepto (2) *incremento de la intensidad de los fallos por efecto de repetición*, toda vez que dicha interpretación se condice con lo establecido en el Contrato, debiéndose declarar fundado este extremo de la pretensión de GEPEHO, por lo que corresponde interpretar dicho concepto conforme lo ha señalado GEPEHO en su Demanda y conforme al siguiente gráfico:

Defecto	Observación	Que pasa?
FC3	Primer Fallo	FC3
FC3	1ra. Repetición	FC3
FC3	2da. Repetición	FC3
FC3	3ra. Repetición	FC2
FC3	Primer Fallo	FC3
FC3	1ra. Repetición	FC3
FC3	2da. Repetición	FC3
FC3	3ra. Repetición	FC2

129. Ahora bien, en cuanto a la fecha a partir de la cual se debe aplicar esta interpretación, el Tribunal considera que esta interpretación corresponde al sentido del Contrato, **por lo que debe ser aplicado desde agosto de 2016 en adelante, conforme ha sido solicitado por la propia GEPEHO.**

c. Lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones

130. GEPEHO solicita que el concepto de *“lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones”* sea interpretado de la siguiente manera:

- (i) Un fallo equivale a un evento y no a un indicador de las Tablas de Indicadores de Calidad del Contrato de Gerencia.
- (ii) Para que un fallo reiterado sea considerado como el mismo, y por tanto, sujeto a deducción, dicho fallo debe ser idéntico en naturaleza, objeto y contenido; y no solo coincidir en el tipo genérico descrito por el indicador de las Tablas de Indicadores de Calidad del Contrato de

131. Al respecto, el numeral 2.54 del Contrato establece que los Indicadores de Calidad y Disponibilidad “*son aquellos indicadores que permiten monitorear el cumplimiento de los niveles de calidad y disponibilidad exigidos a la SGP, según se especifica en el Anexo N° 7*”.
132. Dichos indicadores se pueden apreciar, por ejemplo, en la página 616, referido al Servicio de Mantenimiento de Equipos:

D Indicador	
1	El inventario de equipos y su situación no está actualizado
2	La contratación de las labores de mantenimiento especializado se está haciendo con empresas no calificadas
3	Se detectan fallos u omisiones en la realización de las labores de mantenimiento en un equipo conforme a las especificaciones de los manuales técnicos de los fabricantes, de la norma técnica peruana y de cualquier otro que le sea aplicable
	Los materiales de repuesto, accesorios o cualquier elemento utilizado en el equipo no son originales (de la misma marca del equipo) o no cumplen los requisitos técnicos requeridos por el fabricante del

**El resaltado es del Tribunal*

133. Conforme a lo indicado en el numeral 115 del presente Laudo Arbitral, cada Servicio ofrecido por GEPEHO cuenta con indicadores, que son la herramienta mediante la cual se mide la calidad de dicho servicio. Cada Indicador está redactado de forma tal que representa un fallo en el Servicio brindado por GEPEHO, cada uno de estos fallos pueden ser de intensidad baja, media o alta, dependiendo del grado de perjuicio que genera en el paciente o el INSN-SB.

134. Ahora bien, GEPEHO señala que cada indicador cuenta con varios procedimientos. GEPEHO señala que hay situaciones en las que ha incurrido en fallos de distintos procedimientos que pertenecen a un mismo indicador, pero aun cuando dichos fallos pertenecen a un mismo indicador, cada fallo tiene una naturaleza distinta. Sin embargo, según GEPEHO, el Supervisor viene interpretando que aun cuando los fallos de procedimientos tienen una naturaleza distinta, al pertenecer a un mismo indicador, deben ser contabilizados como el fallo de un mismo indicador.
135. Esta interpretación es de vital importancia para GEPEHO, toda vez que el Contrato ha establecido que, si incurre en un fallo, pero logra subsanar dicho fallo en el tiempo establecido en el Contrato, dicho fallo no será contabilizado para efecto de las deducciones. Por el contrario, si GEPEHO incurre en varias fallas de un mismo indicador, aun cuando cumpla con subsanar dichos fallos en el tiempo establecido, el Supervisor no tendrá en cuenta dichas subsanaciones, realizando la deducción sobre todos los fallos en que ha incurrido GEPEHO, conforme se aprecia del Anexo N° 8 del Contrato, página 660:

En el caso que en un determinado mes se produzca algún fallo por una única vez y la SGP lo solucione en el tiempo de respuesta establecido, dicho fallo no será considerado a efectos de las deducciones.

No obstante, si un mismo fallo sucede más de una vez en un mismo mes y aunque la SGP los solucione en el tiempo establecido, a efectos de las deducciones, serán tenidos en cuenta todos los sucedidos y solucionados durante ese mes.

136. Así, por ejemplo, respecto al indicador 3 del Servicio de Mantenimiento de Equipos mostrado en el numeral 132 del presente Laudo Arbitral: “*Se detectan fallos u omisiones en la realización de labores de mantenimiento de un equipo conforme a las especificaciones de los manuales técnicos de los fabricantes, de la norma técnica peruana y de cualquier otro que sea aplicable*”, GEPEHO señala que incurriría en falla si no realizara el correcto mantenimiento del equipo X, pero si lograra subsanar dicho fallo en el tiempo establecido por el Contrato, dicha falla no se contabilizaría para efecto de las deducciones.
137. Pero ¿qué pasa si GEPEHO no realiza un correcto mantenimiento de los equipos “X” “Y” y “Z”? Aun cuando GEPEHO logre subsanar dichas fallas en el tiempo establecido por el Contrato, según lo establecido en el Anexo N° 8 del Contrato, página 660, estos tres fallos, aunque hayan sido subsanados, deberán ser contabilizados para efecto de las deducciones.
138. Esta es la interpretación que ha venido realizando el Supervisor. Sin embargo, para GEPEHO los fallos relatados en el numeral anterior del presente laudo son sustancialmente diferentes, y aun cuando configuren el fallo de un mismo indicador, al ser fallos sustancialmente distintos, por ejemplo por ser en equipos diferentes, deben ser contabilizados de forma individual, por lo que, si GEPEHO lograra subsanarlos en el

plazo establecido por el Contrato, no deben ser contabilizados para efecto de las deducciones.

139. Al respecto, este Tribunal no comparte la interpretación de GEPEHO toda vez que, en el caso que la propia GEPEHO ha expuesto, el incorrecto mantenimiento de los Equipos X; Y y Z, aunque hayan sido realizados en diferentes Equipos, siguen configurando un fallo en el mismo indicador: *“Se detectan fallos u omisiones en la realización de labores de mantenimiento de un equipo conforme a las especificaciones de los manuales técnicos de los fabricantes, de la norma técnica peruana y de cualquier otro que sea aplicable”*. Por lo que, aun cuando hayan sido subsanados en el plazo fijado por el Contrato, deben ser considerados para efectos de las deducciones, conforme al Anexo N° 8 del Contrato, página 660.
140. Por lo tanto, este Tribunal debe declarar infundado este extremo de la segunda pretensión principal de la demanda en cuanto la interpretación de GEPEHO dista de la interpretación que se debe hacer del concepto de *“lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones”* según el Contrato.

Sobre la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal

141. GEPEHO solicita que, en caso se desestime la segunda pretensión principal, sea el propio Tribunal Arbitral quien otorgue contenido y/o realice una interpretación respecto a las controversias de los tres conceptos mencionados en la segunda pretensión principal, de manera que sean aplicables a partir de agosto de 2016 en adelante o a partir de la fecha que el Tribunal Arbitral establezca.
142. Al respecto, este Tribunal señala que, conforme se observa de los numerales anteriores del presente laudo, no corresponde que el Tribunal otorgue contenido y/o realice una interpretación del concepto (2) *incremento de la intensidad de los fallos por efecto de repetición*, en cuanto el Tribunal ha acogido la interpretación que ha hecho GEPEHO sobre dicho concepto en su Demanda. Esta interpretación corresponde al sentido del Contrato, por lo que debe ser aplicado desde agosto de 2016 en adelante, conforme ha sido solicitado por la propia GEPEHO, conforme a los numerales 128 y 129 del presente laudo.
143. Ahora bien, este Tribunal no ha acogido las interpretaciones realizadas por GEPEHO en cuanto a (1) *frecuencia de control de las Tablas de Indicadores de calidad*; y (3) *lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones*.
144. Por lo tanto, dado que en el presente arbitraje es preciso analizar e interpretar el Contrato a fin de dar respuesta y solución a las controversias entre las partes, en específico a la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal, es necesario que se realice una interpretación de estos dos conceptos antes referidos. Por ello, conforme a lo solicitado por GEPEHO en su pretensión subordinada a la segunda pretensión principal, este Tribunal establece que ambos conceptos deben ser

interpretados, **a partir de la fecha de emisión del presente laudo**, de la siguiente manera:

(1) *Frecuencia de Control:*

145. Se debe interpretar el concepto de “*Frecuencia de Control*” conforme a lo desarrollado en los numerales 107 y 108 del presente laudo, es decir, que el Supervisor no solo está facultado a realizar el control de calidad del Contrato conforme a la frecuencia establecida para cada indicador en el Anexo N° 7 del Contrato, sino que también está facultado a realizar el control de calidad del Contrato de forma no programada y cuando lo considere oportuno en orden a la verificación de la realización del objeto del contrato.

(3) *Lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones*

146. Se debe interpretar el concepto de “*lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones*” conforme a lo desarrollado en el numeral 139 del presente laudo. Es decir, la repetición de dos o más fallos de distintos procedimientos de un mismo indicador, constituyen fallos del mismo indicador, y deben ser considerados para efectos de las deducciones, conforme al Anexo N° 8 del Contrato, página 660.

RESPECTO A LA TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SU PRETENSIÓN SUBORDINADA)

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral ordene al PRONIS y al MINSA que instruyan al Supervisor que recalculen los Porcentaje de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales, que corresponden aplicar a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación - RPMO de la SGP:

- (i) Desde el mes de agosto del 2016 hasta el mes de emisión del laudo que se genere en este proceso arbitral, conforme a los criterios que sean establecidos, según lo que resuelva en la segunda pretensión principal y;
- (ii) A partir de la emisión del laudo que se genere en este proceso arbitral en adelante, hasta la terminación del Contrato de Gerencia, conforme a los criterios que sean establecidos, según lo que resuelva en la segunda pretensión principal.

Que, como **pretensión subordinada a la Tercera Pretensión Principal**, que el Tribunal Arbitral determine los periodos respectos a los cuales deba ordenar al PRONIS y al MINSA que instruyan al Supervisor a recalcular los Porcentaje de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales, que corresponden aplicar a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación - RPMO que corresponden a la SGP.

Sobre la Tercera Pretensión Principal

147. El Tribunal advierte que esta pretensión ha sido planteada de manera autónoma; empero, su vinculación con la segunda pretensión principal no solo es estrecha, sino que depende de la misma, en tanto, si el Supervisor ha realizado deducciones a GEPEHO producto de una interpretación errada del Contrato, esta pretensión busca que el Tribunal determine la existencia de la obligación de devolver lo indebidamente deducido. Por lo tanto, esta pretensión de GEPEHO debe seguir la misma suerte de la segunda pretensión principal, por lo que debe ser declarada fundada sólo en el extremo referido al recálculo de los porcentajes de las deducciones por la incorrecta interpretación del concepto (2) *incremento de la intensidad de los fallos por efecto de repetición* e infundada en el extremo referido al recálculo de los porcentajes de las deducciones por la interpretación de los conceptos (1) *frecuencia de control de las Tablas de Indicadores de calidad* y (3) *lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones*.
148. Por lo tanto, este Tribunal debe ordenar a MINSA y a PRONIS que instruyan al Supervisor a realizar el recálculo de los Porcentajes de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales, que corresponden aplicar a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación - RPMO de GEPEHO, en concordancia a la correcta interpretación del concepto de (2) *incremento de la*

*intensidad de los fallos por efecto de repetición, **desde agosto de 2016 en adelante**, conforme a lo establecido en los numerales 128 y 129 del presente laudo.*

Sobre la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal

149. Este extremo de la controversia está referido al pedido de GEPEHO de que el Tribunal Arbitral determine los periodos respectos a los cuales debe ordenar al PRONIS y a MINSA que instruyan al Supervisor a realizar el recálculo de los Porcentajes de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales, que corresponden a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación – RPMO de GEPEHO.
150. Al respecto este Tribunal se remite a lo establecido en los numerales 147 y 148 del presente laudo, donde ya se ha determinado que el recálculo referido a la interpretación del concepto de (2) *incremento de la intensidad de los fallos por efecto de repetición **debe ser realizado a partir de agosto de 2016 en adelante*** y que no se debe realizar recálculo alguno referido a los conceptos de (1) *frecuencia de control de las Tablas de Indicadores de calidad*; y (3) *lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones*. Por lo tanto, esta pretensión de GEPEHO debe ser declarada infundada.

RESPECTO A LA CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SU PRETENSIÓN SUBORDINADA)

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral ordene al PRONIS y al MINSA, la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación - RPMO mensual que han sido indebidamente retenidos y deducidos como Porcentaje de Deducciones Mensuales, determinados por el Supervisor a partir de la Retribución por el Mantenimiento y Operación - RPMO del mes de agosto 2016 hasta el mes en que se emita el presente laudo, y en adelante, más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, conforme a los criterios que sean establecidos por este Tribunal Arbitral, según lo que resuelva en la Segunda Pretensión Principal.

Que, como **pretensión subordinada a la Cuarta Pretensión Principal**, que el Tribunal Arbitral determine los periodos respectos a los cuales deba ordenar al PRONIS y al MINSA devolver los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación - RPMO mensual que han sido indebidamente retenidos y deducidos como Porcentaje de Deducciones Mensuales, determinados por el Supervisor a partir de la Retribución por el Mantenimiento y Operación - RPMO, más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, conforme a los criterios que sean establecidos por este Tribunal Arbitral, según lo que resuelva en la Segunda Pretensión Principal.

Sobre la Cuarta Pretensión Principal

151. Al respecto, este Tribunal ha ordenado a PRONIS y a MINSA que instruyan al Supervisor a realizar el recálculo de los Porcentajes de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales, que corresponden aplicar a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación - RPMO de GEPEHO, con respecto a la interpretación del concepto de (2) *incremento de la intensidad de los fallos por efecto de repetición*, desde agosto de 2016 en adelante, conforme a lo establecido en los numerales 147 y 148 del presente laudo. Por lo tanto, corresponde ordenar a su vez, que PRONIS y MINSA restituyan a GEPEHO el monto producto de dicho recálculo y los intereses pactados.
152. Con respecto al reconocimiento del pago de IGV, este Tribunal observa que MINSA no ha cuestionado este extremo del pedido de GEPEHO y que los tribunales de los Arbitrajes GEPEHO-MINSA 1 y 2 han reconocido dicho concepto a favor de GEPEHO cada vez que se declaró fundado un pedido de devolución de GEPEHO. Por lo tanto, corresponde reconocer este extremo del pedido de pago de IGV a GEPEHO, siempre que se facture.
153. Esto mismo aplica para el reconocimiento del pago del interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, máxime si de diversas

cláusulas del Contrato⁵, se puede observar que el interés pactado por las partes en caso de incumplimiento en los pagos, es tasa del cupón del Bono Soberano más dos por ciento (2%) anual.

154. Por último, como se ha desestimado este extremo de la segunda pretensión principal, no corresponde que este Tribunal ordene devolución alguna referida a la interpretación de los conceptos de (1) *frecuencia de control de las Tablas de Indicadores de calidad*; y (3) *lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones*, máxime si el Supervisor ha venido aplicando una interpretación sobre dichos conceptos, similar a la que ha arribado este Tribunal Arbitral.

Sobre la Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal

155. Sobre este extremo de la controversia, este Tribunal puede observar que está referido al pedido de GEPEHO de que el Tribunal Arbitral determine los periodos respecto a los cuales debe ordenar al PRONIS y a MINSA que restituyan el saldo a favor de GEPEHO producto del recálculo de los Porcentajes de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales, que corresponden aplicar a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación - RPMO de GEPEHO respecto a lo decidido en la segunda pretensión principal .
156. Al respecto, este Tribunal se remite a lo establecido en los numerales 151 a 154 del presente laudo, donde ya se ha determinado que el PRONIS y MINSA **deben restituir el monto a favor** de GEPEHO producto del recálculo referido a la correcta interpretación del concepto de (2) *incremento de la intensidad de los fallos por efecto de repetición*, calculado a partir de agosto de 2016 en adelante y **que no se debe realizar devolución** alguna referida a los conceptos de (1) *frecuencia de control de las Tablas de Indicadores de calidad*; y (3) *lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones*. Por lo tanto, esta pretensión de GEPEHO debe ser declarada infundada.

RESPECTO A LA QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

⁵ Página 52 del Contrato; cláusula 11.3.3 del Contrato; etc.

QUINTA PRETENSION PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral ordene al MINSa y/o al PRONIS:

- (i) Que instruya al Supervisor a la correcta aplicación de deducciones, señalando de manera adecuada el indicador incumplido cuyo supuesto debe coincidir expresamente con la situación encontrada durante la supervisión y que se abstenga de aplicar deducciones incorrectas intentando aplicar supuestos generales sin indicar el incumplimiento expreso de la SGP.
- (ii) La devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación - RPMO mensual que han sido deducidos por la indebida aplicación de este criterio de deducción descontados de las RPMO de los meses de Octubre del 2016, Enero, Febrero, Marzo, Abril, Mayo, Junio, Julio, Septiembre y Noviembre del 2017, Enero, Marzo, Abril, Mayo y Julio del 2018, los cuales ascienden al monto de S/ 61,652.26 (Setenta y un mil seiscientos cincuenta y dos con 26/100 Soles) más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, resultando en un monto total de S/ 80,044.14 (Ochenta mil cuarenta y cuatro con 14/100 Soles).

Posición de GEPEHO

157. GEPEHO señala que existe una confusión por parte del Supervisor con respecto a las obligaciones que le corresponden (a GEPEHO) en relación al mantenimiento de la Ficha Técnica y, por otro lado, las obligaciones que le corresponden en relación al etiquetado del equipo médico. Según GEPEHO, la Guía Técnica para el Uso de Instrumentos de Registro y control de Mantenimiento señala que la ficha técnica puede ser física o digital.
158. GEPEHO sostiene que ha cumplido con elaborar la Ficha Técnica en formato digital a través del programa MANTHOSP. Sin embargo, el Supervisor ha realizado deducciones a GEPEHO por no mantener una Ficha Técnica física en los equipos médicos sobre los que realiza el mantenimiento, a pesar de que no es su obligación mantener una ficha técnica física en dichos equipos. En consecuencia, GEPEHO solicita que el Tribunal corrija esta situación y ordene la devolución de lo indebidamente deducido por el Supervisor en base a su incorrecta interpretación del Contrato.

Posición de MINSa

159. MINSa señala que lo indicado por GEPEHO con respecto a su quinta pretensión principal es falso, toda vez que lo que el Supervisor ha penalizado es el incumplimiento por parte de GEPEHO de mantener actualizada la Ficha Técnica conforme lo establece el Contrato, ya que este Contrato señala que es obligación de GEPEHO mantener

actualizado los documentos técnicos de mantenimiento incluidos en “*La Guía Técnica para el Uso de Instrumentos de Registro y control de Mantenimiento*”, conforme al indicador de monitoreo de Calidad N°13 para el caso de mantenimiento de equipo clínico y no clínico; y al indicador N° 10 para el caso de mantenimiento de equipamiento asociado a la infraestructura, que señalan que GEPEHO “*elabora y mantiene actualizado los documentos técnicos de mantenimiento incluidos en la Guía Técnica para el uso de instrumentos de registro y control de mantenimiento*”.

Posición del Tribunal

Sobre el pedido contenido en el numeral (i) de la Quinta Pretensión Principal

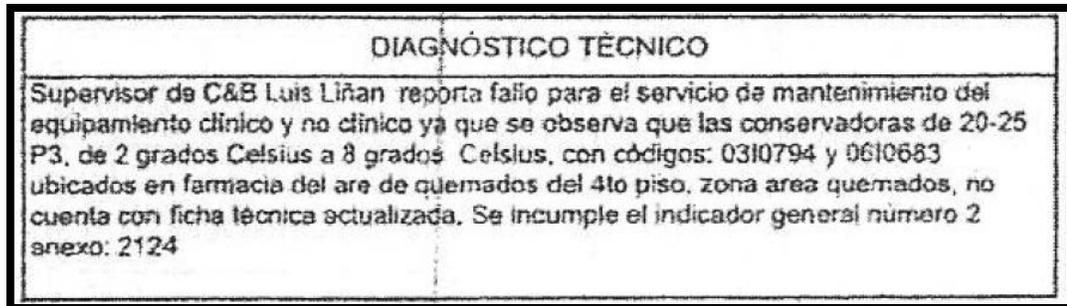
160. Los servicios materia de controversia requieren que GEPEHO cumpla con mantener actualizado el documento denominado “Ficha Técnica” conforme a “*La Guía Técnica para el uso de instrumentos de registro y control de mantenimiento*”, que es una Norma Técnica que todo centro médico del país debe cumplir, incluyendo al INSN-SB según el propio Contrato.
161. Así lo establece el acápite 7) del literal F. del Apartado 8 del Anexo N°7 del Contrato (para el Servicio de mantenimiento de la edificación, Instalaciones y Equipamiento asociado a la infraestructura del INSN-SB) y el acápite i) del literal F. del Apartado 8 del Anexo N°7 del Contrato (para el Servicio de mantenimiento del Equipamiento Clínico y no Clínico).
162. Ahora bien, “*La Guía Técnica para el uso de instrumentos de registro y control de mantenimiento*”, de obligatorio cumplimiento para GEPEHO, contiene tres tipos de documentos técnicos de mantenimiento, estos son: (i) Órdenes de Trabajo de Mantenimiento, (ii) Ficha Técnica y (iii) Registro Histórico. Según el acápite 7) del literal F. del Apartado 8 del Anexo N°7 del Contrato y según el acápite i) del literal F. del Apartado 8 del Anexo N°7 del Contrato, es obligación de GEPEHO mantener actualizados las (i) Órdenes de Trabajo de Mantenimiento, (ii) Ficha Técnica y (iii) Registro Histórico. La presente controversia se centra en el deber de GEPEHO de mantener actualizada la Ficha Técnica.
163. Según GEPEHO, existe una confusión por parte del Supervisor con respecto a las obligaciones que le corresponden a GEPEHO en relación al mantenimiento de la Ficha Técnica, puesto que el Supervisor le ha impuesto deducciones por no mantener una Ficha Técnica física en los equipos médicos sobre los que realiza el mantenimiento, cuando “*La Guía Técnica para el uso de instrumentos de registro y control de mantenimiento*”, establece que la Ficha Técnica puede ser llevada de forma física o virtual.
164. Sin embargo, luego de la revisión del material probatorio aportado por la propia GEPEHO, este Tribunal aprecia que GEPEHO no ha presentado documento alguno que acredite que el Supervisor le ha impuesto deducciones por mantener o no una Ficha Técnica de forma física además de la Ficha Técnica que GEPEHO asegura que ha

cumplido con elaborar de manera virtual, menos aún ha aportado prueba alguna que demuestre que el monto deducido por el Supervisor, que según GEPEHO es ascendente a S/ 61,652.26 soles, corresponde a una confusión de interpretación del Contrato por parte del Supervisor.

165. Por otra parte, en su contestación de demanda, MINSA ha adjuntado la Orden de Trabajo de fecha 14 de febrero de 2018 (Anexo E.3 de la contestación de demanda) donde se aprecia que lo que el Supervisor ha penalizado **es el hecho de que GEPEHO no mantuviera actualizada la Ficha Técnica**, tal y como se muestra a continuación:



166. Asimismo, de la orden de Trabajo de fecha 22 de marzo de 2018 (Anexo E.3 de la contestación de demanda) también se puede observar que el Supervisor penaliza la falta de actualización de la Ficha Técnica, como se aprecia a continuación:



167. Ahora bien, GEPEHO ha señalado que el Supervisor, para validar su supuesta indebida deducción, varió el indicador penalizado, explicado a pie de página, del indicador específico N° 13⁶ al indicador general N° 2⁷, tal y como se muestra del documento de fecha 22 de marzo de 2018 mostrado en la imagen anterior. Sin embargo, como se aprecia de la Carta N° 208/C&B/2018 de fecha 23 de marzo de 2018 (Anexo E.4. de la contestación de demanda), el Supervisor indicó que dicho cambio se debió a un error al

⁶ Indicador específico para el servicio de mantenimiento del equipamiento clínico y no clínico: "La SGP no elabora y mantiene actualizado los documentos técnicos de mantenimiento incluidos en la Guía Técnica para el uso de los instrumentos de registro y control de mantenimiento".

⁷ Indicador general para todos los servicios: "Incumplimiento de las directrices, protocolos y manuales de procedimientos aprobados y/o recogidos en el Contrato".

momento de notificar, debiendo ser el indicador N° 13 y no el N° 2, tal y como se muestra a continuación:

18317/18	22/03/2018 17:20	Mantenimiento del Equipo Clínico y Equipo No Clínico	Farmacia	Supervisor de C&B Luis Tínan reporta fallo para el servicio de mantenimiento del equipamiento clínico y no clínico ya que se observa que las conservadoras de 20-25 P3, de 2 grados Celsius a 8 grados Celsius, con códigos: 0310794 y 0610683 ubicados en farmacia del área de quemados del 4to piso, zona área quemados, no cuenta con ficha técnica actualizada. Se incumple el indicador específico número 13. anexo: 2124	MANT_EQUIL13	RESPONDIDO POR LA SGP
----------	---------------------	--	----------	--	--------------	--------------------------

Asimismo, señalar que ha existido un error al momento de la notificación del fallo, 18317/18, en el cual se ha referido "Se incumple el indicador número 2", cuando debe decir "Se incumple el indicador específico número 13".

168. Por lo tanto, se desvirtúa lo indicado por GEPEHO, en tanto que de la documentación aportada por el MINSA se puede apreciar que, lo que verdaderamente ha penalizado al Supervisor, es la falta de actualización de la Ficha Técnica, obligación de GEPEHO señalada en el indicador N° 13 para el caso de mantenimiento de equipo clínico y no clínico; y el indicador N° 10 para el caso de mantenimiento de equipamiento asociado a la infraestructura, es decir, el Supervisor no ha penalizado a GEPEHO por no mantener una Ficha Técnica en formato físico, sino por no mantener la Ficha Técnica actualizada. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la quinta pretensión principal es infundada.

Sobre el pedido contenido en el numeral (ii) de la Quinta Pretensión Principal

169. Este Tribunal puede observar que este pedido de GEPEHO es accesorio al pedido contenido en el numeral (i) de la Quinta Pretensión Principal. Por lo que, considerando que GEPEHO no ha acreditado que la deducción de S/ 61,652.26 soles responda a una confusión por parte del Supervisor al momento de interpretar la obligación de GEPEHO de tener actualizada la Ficha Técnica de los Equipos, este Tribunal no puede ordenar la devolución de monto alguno a GEPEHO.

RESPECTO A LA SEXTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

SEXTA PRETENSION PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral:

- (i) Declare que la cantidad de personal exigible con el que debe contar la SGP es aquel que esta misma determine como suficiente y necesario para la eficiente prestación de los servicios de acuerdo a las necesidades de los mismos, siempre que se cumpla con las especificaciones técnicas contempladas en el Anexo N° 7 del Contrato de Gerencia, en virtud de su facultad de dimensionamiento del personal contenida en la cláusula 13.2.1 de dicho contrato.
- (ii) Ordene al MINSA y/o al PRONIS la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación - RPMO mensual que han sido deducidos por la indebida aplicación de este criterio de deducción descontados de las RPMO de los meses de Julio a Septiembre y Diciembre

del 2016, Enero a Octubre y Diciembre del 2017, Enero a Diciembre del 2018 y Enero a Marzo del 2019, los cuales ascienden al monto de S/ 158,602.76 (Ciento cincuenta y ocho mil seiscientos dos con 76/100 Soles) más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) resultando en un monto total de S/198,856.66 (Ciento noventa y ocho mil ochocientos cincuenta y seis con 66/100 Soles).

Posición de GEPEHO

- 170. GEPEHO señala que, conforme a lo indicado en la cláusula 13.1.2 del Contrato, viene cumpliendo fehacientemente con su obligación contractual de dimensionar de manera adecuada al personal contratado para brindar de manera eficiente los servicios objeto del Contrato, cumpliendo con las características técnicas exigidas en el Anexo 7.
- 171. Asimismo, GEPEHO señala que conforme a la cláusula 13.1.2 del Contrato, posee una facultad de dimensionamiento del personal, es decir que, GEPEHO cuenta con la facultad de fijar la cantidad de personal necesario para cumplir con el Contrato, siempre que cumpla con las especificaciones técnicas contempladas en el Anexo N° 7 del mismo.
- 172. Sin embargo, según GEPEHO, el Supervisor entiende que debe encontrarse físicamente en todo momento la cantidad de personal ofrecido por GEPEHO en su propuesta técnica, sin tener en cuenta si personal efectivo dispuesto por GEPEHO es suficiente para el adecuado cumplimiento del servicio o no. Es por dicha razón que GEPEHO solicita que el Tribunal declare que la cantidad de personal exigible con la que debe contar GEPEHO, es aquel que la misma GEPEHO determine suficiente para la eficiente prestación del servicio y que, en consecuencia, se ordene la devolución de S/

198,856.66 soles deducidos a GEPEHO por parte del Supervisor debido a su incorrecta interpretación del Contrato.

Posición de MINSA

173. MINSA señala que GEPEHO no está facultada para dimensionar la cantidad del personal necesario para cumplir con sus obligaciones contractuales y que dicha cantidad de personal es la establecida en la oferta presentada por GEPEHO en su propuesta técnica. Según MINSA, GEPEHO calculó la cantidad de personal necesario para la prestación de los servicios y los plasmó en su propuesta técnica, propuesta técnica que ahora debe cumplir. Asimismo, MINSA señala que si se acogiera la interpretación realizada por GEPEHO se daría paso a dimensionamientos sin ningún tipo de sustento y que se estaría incurriendo en la modificación del Contrato.

Posición del Tribunal

Sobre el pedido contenido en el numeral (i) de la Sexta Pretensión Principal

174. La controversia gira en torno a la facultad de fijar la cantidad de personal que GEPEHO debe proveer al INSN-SB para cumplir con el Contrato y si tiene que mantenerse físicamente dicho personal permanentemente en las instalaciones del INSN-SB. Mientras que GEPEHO interpreta que la cláusula 13.1.2 del contrato la faculta a fijar de forma autónoma la cantidad de personal necesario para cumplir con el Contrato, MINSA señala que la cantidad de personal que GEPEHO debe proveer para el cumplimiento del contrato es la cantidad ofertada en la propuesta técnica de GEPEHO.
175. Este Tribunal considera pertinente citar lo señalado en el Contrato en cuanto a la provisión de Recursos Humanos que es obligación de GEPEHO. La cláusula 13.1.2 citada por la propia demandante señala que es obligación de GEPEHO “*Dimensionar la plantilla necesaria, en términos de personal equivalente a los requerimientos de jornadas horas de trabajo necesarios en cada caso para asegurar la correcta prestación continuada de los Servicios de acuerdo a las especificaciones técnicas establecidas en el presente contrato*” (Énfasis agregado). Así, el Tribunal observa que la facultad para determinar el número de personal necesario para cumplir con el Contrato lo establece el propio Contrato en sus especificaciones técnicas, es decir en el Anexo N° 7 del Contrato.
176. Al revisar el Anexo N° 7 del Contrato, se puede observar que existe un literal referido al personal para cada servicio brindado por GEPEHO, (que por lo general es el literal E⁸) donde se establecen los parámetros generales que debe cumplir el personal para cada servicio. De una revisión detenida de dichos literales referidos al Personal, se puede apreciar que, con excepción del servicio de asistencia técnica de adquisición⁹, en dichos

⁸ Con la excepción del servicio de Gestión de Residuos Hospitalarios, donde el literal D, es el referido al personal.

⁹ Que establece que GEPEHO debe contar con por lo menos un (1) ingeniero biomédico con experiencia en el mantenimiento del equipamiento clínico y no clínico.

literales E referidos al Personal, no se ha fijado de forma exacta la cantidad de personal que debe proveer GEPEHO para cumplir con el contrato, limitándose a indicar que **el personal será el necesario conforme a los requerimientos del Contrato.**

177. Estando a la posición de MINSA, resulta necesario revisar lo ofertado por la propia GEPEHO en su Propuesta Técnica, que según la cláusula 2.83 del Contrato, forma parte integrante del propio Contrato. En dicha Propuesta Técnica, GEPEHO ofertó un número determinado de personal para cumplir con cada uno de los servicios. Así, por ejemplo, para el servicio de Alimentación, GEPEHO ofertó lo siguiente:

RECURSOS HUMANOS APORTADOS AL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN

3.1. Número de Personas asignadas al Servicio

EL CONSORCIO GESTORA PERUANA DE HOSPITALES aportará al servicio de alimentación a pacientes del Instituto Nacional de Salud del Niño - San Borja una plantilla compuesta por las siguientes personas y categorías:

Categorías	Nº Efectivos	Jornada semanal
Director de Explotación	1	40 horas
Encargado	3	40 horas
Dietistas	5	48 horas
Dietista	1	40 horas
Técnicos de Calidad	5	48 horas
Técnico de Calidad	1	40 horas
Almacenero	3	40 horas
Almacenero	1	32 horas
Jefe de Cocina	1	40 horas
Cocinero	7	40 horas
Cocinero	2	16 horas
Ayudante de Cocina	4	40 horas
Ayudante de Cocina	2	16 horas
Auxiliares de Servicio-Distribución-Lavado	40	48 horas
TOTAL PLANTILLA	76	

178. Con respecto al Servicio de Seguridad Integral, ofertó lo siguiente:

II.4.5.6 RELACION DE PUESTOS DE TRABAJO

La relación de puestos de trabajo es la que se indica en el cuadro adjunto

ACTIVIDAD	Laborables		Todos los días		TOTAL
	Mañana	Tarde	Turno D 12 h	Turno N 12 h	
Jefe Servicio	1	24h localizada	24h localizada	24h localizada	1
Ingeniero de Sistemas	1	24h localizada	24h localizada	24h localizada	1
Supervisor			1	1	4
Técnicos Sistemas	1	1	24h localizada	24h localizada	2
Responsable Equipo Seguridad			1	1	2
OPE Centro de Control			1	1	4
Vigilante Control accesos			4	2	12
Vigilantes Urgencias			2	2	8
Vigilante Rondas			2	2	8
Vigilante Edificios			3	3	12
TOTAL TURNO	3	1	14	12	54

179. Sin embargo, GEPEHO alega que el personal que ofertó originalmente respondía a las estimaciones preliminares, pero en la actualidad dichas estimaciones han quedado desfasadas conforme se ha venido ejecutando el Contrato. GEPEHO sostiene que la necesidad real de personal para cumplir con el Servicio ha variado, requiriéndose en algunas áreas del INSN-SB una menor cantidad de personal de la que originalmente fue ofertada en la Propuesta Técnica, razón por la cual GEPEHO ha redimensionado la cantidad de personal que brinda al INSN-SB, **puesto que no tiene sentido que GEPEHO mantenga en servicio mayor personal al que es realmente necesario.**
180. Al respecto, este Tribunal ha podido observar en el Informe N°2018/C&B/004 (Anexo F.2 del escrito de Contestación de Demanda), que el Supervisor, a fin de corroborar si GEPEHO cumple o no con brindar el personal necesario para cumplir con el Servicio de Seguridad Integral, ha tenido en cuenta lo establecido en el POA (Plan Operacional Anual) elaborado por GEPEHO y aprobado por el INSN-SB para el año 2017, conforme se aprecia a continuación:

2.3 Plan Operativo Anual (En adelante, POA) aprobado del Servicio de Seguridad Integral del 2017. En la página 43 y 44 del POA del Servicio, el INSN-SB establece la cantidad de puestos de Seguridad necesarios para la adecuada gestión de la Seguridad dentro del INSN-SB.

CUADRO DE DESCRIPCIÓN DE PUESTOS DE VIGILANCIA

PUESTOS ASIGNADOS AL SERVICIO		DÍA	NOCHE
1	JEFE DE SERVICIO	01	
2	INGENIERO DE SISTEMAS – CCTV (*)	01	
3	ANALISTA DE BÚSQUEDA DE ARCHIVOS – CCTV	01	
4	SUPERVISORES – VIGILANCIA FÍSICA	01	01
AGENTES			
1	Jefe de grupo y ronda interna	01	01
2	Puerta de ingreso peatonal al INSN-SB – Javier Prado	02	01
3	Puerta lateral izquierda (acceso peatonal) Javier Prado	02	01
4	Puerta de acceso vehicular (Emergencia) – Rosa Toro	02	01
5	Puerta lateral izquierda (acceso proveedores) Rosa Toro	02	01
6	Torreón Posterior (Coincidente con el polideportivo),	01	01
7	1er Piso Consultorio Externa	01	01
8	2do Piso	01	01
9	3er Piso	02	01
10	4to Piso	01	01
11	5to Piso	01	01
12	6to Piso	01	01
13	7mo Piso	01	01
14	8vo Piso	01	01
15	Plaza de Estacionamiento	01	
16	Operadores CCTV (3 turnos de ocho horas).	05	03
PERSONAL DE SEGURIDAD:		TOTAL	37
			15

2.4 Numeral 4.5.1 (Folio 000597) de la Sección Recursos Humanos de la Propuesta Técnica:

- 3.5 Ahora bien, independientemente de la cantidad de personal de Seguridad Propuesto inicialmente, según el Contrato de Gerencia **"El número de personal requerido será el necesario para garantizar la seguridad del INSN-SB las 24 horas del día los 365 días del año, tanto en número de agentes como de supervisores. Con especial relevancia en las áreas más sensibles del INSN-SB (entrada, accesos a las plantas, accesos a las UCIs)."**
- 3.6 En razón a lo mencionado previamente, la distribución del personal manifestada en la propuesta técnica (Dos Vigilantes las 24 horas de rondas por las instalaciones y Tres vigilantes 24 horas en el Hospital), no satisface la necesidad del INSN-SB, en la medida que, deja sin seguridad a algunos de los puestos definidos en el POA 2017, documento que refleja la real necesidad mínima de la Institución.
- 3.7 Sin perjuicio de lo señalado, y pese a que el POA 2017 refleja la necesidad real del INSN-SB, en cuanto al número real de personal que debe ser destacada para cada puesto, se han suscitado en la operación de los servicios las siguientes incidencias:

181. Como se puede observar, por ejemplo, el Supervisor ha señalado que la necesidad real de personal que requiere el INSN-SB en cuanto al Servicio de Seguridad Integral es el que refleja el Plan Operativo Anual (En adelante, POA) para el Servicio de Seguridad Integral. El POA es, según la cláusula 2.77 del Contrato “...el documento o conjunto de documentos preparados por la SGP en el que se detallan las actividades que desarrollará durante un determinado año calendario respecto de cada Servicio considerando las especificaciones técnicas definidas en el Anexo N°7. Este documento requiere la aprobación del INSN-SB para su vigencia”. De lo indicado por el Supervisor para el Servicio de Seguridad Integral y del concepto de POA señalado en el Contrato, se colige que el POA de cada servicio estipula la cantidad de personal necesario para cumplir con los Servicios del Contrato para cada año calendario, **según la real necesidad del INSN-SB.**
182. Entonces, considerando que GEPEHO ha señalado en su escrito de demanda que el Personal necesario para cumplir con el Contrato debe ser dimensionando en base a la real necesidad del INSN-SB, y considerando que el POA recoge las necesidades de cada servicio para cada año calendario, se concluye que el Personal exigible a GEPEHO es el estipulado en los POA de cada servicio para cada año calendario. Máxime si, para que dicho POA tenga validez debe ser aprobado por el INSN-SB, lo cual otorga validez consensuada al dimensionamiento real del personal que brinda el Servicio, dado que GEPEHO propone un número determinado de personal en el POA, y el INSN-SB, en base a la necesidad real del Hospital, aprobará dicha cantidad de personal para cada año calendario. Por lo tanto, es infundada la pretensión de GEPEHO en cuanto a declarar que el personal exigible a GEPEHO es el que esta misma determine.

Sobre el pedido contenido en el numeral (ii) de la Sexta Pretensión Principal

183. Este Tribunal puede apreciar que este pedido es accesorio al contenido en el numeral (i) de la Sexta Pretensión Principal. Por lo tanto, considerando que el pedido principal de GEPEHO ha sido declarado infundado, no corresponde que el Tribunal ordene la devolución de la cantidad de S/ 198,856.66 soles deducidos a GEPEHO por parte del Supervisor.

RESPECTO A LA SÉPTIMA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

SÉPTIMA PRETENSION PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral:

- (i) Ordene que el MINSA y/o el PRONIS instruyan al INSN-SB, a fin de que el servicio de mantenimiento general del INSN-SB sea el único encargado de la generación de las Órdenes de Trabajo de Mantenimiento (OTM) para el servicio de mantenimiento de equipamiento clínico y no clínico como para el servicio de mantenimiento de la edificación, instalaciones y equipamiento asociado a la infraestructura que brinda la SGP, tal como se estipula en el acápite C del literal F del numeral 9 del Anexo N° 7 del Contrato de Gerencia y estas no sean generadas y remitidas por el área usuaria de cada servicio directamente a la SGP.
- (ii) Ordene al MINSA y/o al PRONIS la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación - RPMO mensual que han sido restados como deducciones en el presente caso por el monto de S/1,261,279.41, más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) resultando en un monto total de S/1,567,540.49 al 31 de mayo del 2019, debiendo ser actualizado a la fecha efectiva de pago.

Posición de GEPEHO

184. GEPEHO solicita que el Tribunal ordene al MINSA a instruir al INSN-SB para que este, sea el único encargado de la generación de las Órdenes de Trabajo de Mantenimiento (en adelante OTM) a través de su órgano denominado Servicio de Mantenimiento General. GEPEHO realiza este pedido para dos de los servicios del Contrato:
 - a. Para el servicio de mantenimiento del equipo clínico y no clínico
 - b. Para el servicio de mantenimiento de la edificación, instalaciones y equipamiento asociado a la infraestructura.
185. Según GEPEHO, la OTM es la herramienta técnico administrativa utilizada para solicitar, reprogramar, registrar y controlar las acciones de mantenimiento de los establecimientos de salud del MINSA. Es utilizada como fuente principal de información de la gestión de mantenimiento y comunicación entre el usuario y la Oficina de Mantenimiento del Establecimiento de Salud. GEPEHO sostiene que conforme al acápite c) del literal F del numeral 9 del anexo N° 7¹⁰ (Pág. 609) del Contrato, el Servicio de Mantenimiento General del INSN-SB debe ser el único órgano autorizado a generar y remitir las OTM a GEPEHO. Sin embargo, en la actualidad, el Servicio de Mantenimiento General del

¹⁰ "La SGP deberá implantar los planes de mantenimiento en coordinación con el servicio de mantenimiento general del INSN-SB o quien haga sus veces.

La SGP recibiría los avisos de reparación a través de la Orden de Trabajo de Mantenimiento (OTM) tramitada por el servicio de mantenimiento general. Una vez reparado el equipo, esta OTM se devolverá conformado y tratado informáticamente al servicio de mantenimiento general con un informe resumen de la reparación efectuada".

INSN-SB no actúa como el encargado de generar y remitir las OTM, sino que las áreas usuarias de cada servicio las generan y las envían directamente a GEPEHO. Este hecho ha ocasionado que se terminen generando OTM que no proceden, que se encuentran duplicadas o que no se encuentran generadas correctamente, lo cual perjudica la correcta prestación de los servicios de mantenimiento por parte de GEPEHO.

186. Por último, GEPEHO solicita que, al ser declarada fundada esta pretensión se ordene la devolución del monto de S/ 1'261,279.41 soles más IGV e intereses, esto debido a que, como consecuencia de los hechos relatados en líneas anteriores, GEPEHO ha sido objeto de continuas deducciones aplicadas erróneamente.

Posición de MINSA

187. Respecto al servicio de mantenimiento de equipo clínico y no clínico. MINSA sostiene que, de una revisión del Contrato y sus partes integrantes, entre las que se incluye la propuesta técnica de GEPEHO, no se desprende que sea obligación o potestad exclusiva del Servicio de Mantenimiento General del INSN-SB ser el encargado de la generación de las OTM para el servicio de mantenimiento del equipo clínico y no clínico. Asimismo, el acápite c) del literal F del numeral 9 del anexo N° 7 que cita GEPEHO, sólo establece la obligación del INSN-SB de tramitar las OTM, no de generarlas.
188. Para MINSA, el Contrato establece que GEPEHO conocerá de las fallas que afecten o puedan afectar a los equipos mediante comunicación expedida por los usuarios de los equipos. Incluso en su propuesta técnica, GEPEHO propuso que sea la propia GEPEHO la encargada del llenado de las OTM y no limitando la atención de las averías a la presentación de las OTM o a que su generación la realice exclusivamente el servicio de mantenimiento general del INSN-SB, como ahora pretende sin ningún sustento contractual sólido.
189. Para MINSA, GEPEHO se comprometió en su propuesta técnica a dar trámite a las OTM generadas por cualquier área usuaria, puesto que en ninguna parte de su propuesta técnica se señala que sea el Servicio de Mantenimiento General del INSN-SB el único encargado de generar y tramitar las OTM de servicio de mantenimiento de la edificación, instalaciones y equipamiento asociado a la infraestructura, pudiendo venir las OTM para dicho servicio desde cualquier área usuaria del INSN-SB y por cualquier medio, sea telefónico, aviso escrito o vía web. Por lo tanto, MINSA señala que amparar el pedido de GEPEHO materia de la presente controversia implicaría una modificación del Contrato.
190. Por último, MINSA rechaza el pedido de devolución del monto de S/1'261,279.41 soles más IGV e intereses efectuado por GEPEHO, en cuanto la tramitación de las OTM, MINSA señala que GEPEHO no ha demostrado con ningún documento el criterio errado del Supervisor que le haya generado la deducción de los montos cuya devolución solicita, no bastando que GEPEHO ofrezca como medio probatorio para acreditar dichas deducciones una liquidación hecha por la propia GEPEHO.

*Posición del Tribunal***Sobre el pedido contenido en el numeral (i) de la Séptima Pretensión Principal**

191. **Respecto al servicio de mantenimiento de equipo clínico y no clínico**, el Tribunal advierte que el Contrato es claro al señalar en su acápite c) del literal F del numeral 9 del anexo N° 7 que, para el servicio de mantenimiento de equipo clínico y no clínico, debe existir una coordinación entre GEPEHO y **el Servicio de Mantenimiento General del INSN-SB o quien haga sus veces**. Dicha coordinación consiste, según dicho acápite c), en que GEPEHO recibirá los avisos de reparación a través de las OTM tramitadas (entendiéndose, de forma previa) por el Servicio de Mantenimiento General del INSN-SB o quien haga sus veces. Entonces, se entiende que esta cláusula está diseñada para que las OTM pasen primero por el Servicio de Mantenimiento General del INSN-SB (o quien haga sus veces), sean tramitadas por dicho órgano y luego sean remitidas a GEPEHO.
192. De la misma opinión es el Supervisor del Contrato, toda vez que en la Carta N°249/C&B/2019 de fecha 28 de marzo de 2019, al ser consultado sobre si el INSN-SB se encontraba incumpliendo lo dispuesto en el Contrato respecto a la emisión de las OTM, el Supervisor citó lo dispuesto en el acápite c) del literal F del numeral 9 del anexo N° 7 del Contrato, indicando que, si bien es cierto que el Servicio de Mantenimiento General del INSN-SB no existe, **quien viene haciendo sus veces es el Área de Servicios Generales del INSN-SB**. El Supervisor indicó también que dicho órgano a la fecha no venía emitiendo ni tramitando ninguna OTM y que dicha labor venía siendo ejecutada por GEPEHO, tal y como se observa a continuación:

Sobre el particular, a Supervisión tiene conocimiento que, conforme a lo señalado en la carta c) de la referencia, el servicio de mantenimiento general del INSN-SB (que no existe) y es el Área de Servicios Generales quien vincula sobre el tema, sin embargo, no viene generando ni tramitando las Ordenes de Trabajo de Mantenimiento (OTM) conforme a lo estipulado en el Contrato de Gerencia; siendo que, dicha labor ha venido siendo realizada por la SGP

193. Es más, el propio Supervisor indica en la misma Carta °249/C&B/2019 de fecha 28 de marzo de 2019, que el Servicio de Mantenimiento General del INSN-SB es el encargado de generar y tramitar las OTM para el mantenimiento de los equipos, tal y como se muestra a continuación:

Sobre el particular, debemos señalar que la Supervisión en la reunión de Comisión Mixta de Seguimiento (CMS) de fecha 27 de marzo de 2019 cumplió con alertar sobre dicha situación a vuestra representada y al INSN-SB; advirtiéndole que en cumplimiento estricto de lo establecido en el Contrato de Gerencia corresponde que el servicio de mantenimiento general del INSN-SB genere y tramite las OTM para el mantenimiento de los equipos.

194. Por último, este Tribunal no puede dejar de advertir que a la fecha el INSN-SB viene realizando las acciones correspondientes para poder contar con el personal para realizar esta actividad de coordinación (en referencia a la coordinación para el trámite de la OTM), tal y como se desprende del Informe N°000053-2019-INGCL-ESG-UAD-INSNSB de fecha 13 de mayo de 2019 dirigido a la señora Dany Keli Gómez Ávila, Jefe del Equipo de Servicios Generales, área que justamente hace las veces del servicio de mantenimiento general del INSN-SB, tal y como se aprecia a continuación:

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Mientras se resuelve la controversia de quien debe generar las OTMs, se informa que el instituto a la fecha está realizando las acciones correspondientes para poder contar con personal para realizar esta actividad de coordinación.

Así mismo, se recomienda programar una reunión de trabajo entre las Partes del Contrato de Gerencia y la supervisión para elaborar el flujo de trabajo que se debe seguir para la elaboración de OTMS.

195. Por lo tanto, conforme al Contrato, y en concordancia con lo expresado por el Supervisor y en concordancia con las acciones tomadas por el propio INSN-SB para la tramitación de las OTM, este Tribunal entiende que el Contrato ha previsto que las OTM sean generadas y tramitadas por el Área de Servicios Generales del INSN-SB, que vienen haciendo las veces del Servicio de Mantenimiento General del INSN-SB por lo que debe ordenar a MINSA y al PRONIS que instruyan al INSN-SB a fin de que las OTM para el servicio de mantenimiento del equipo clínico y no clínico sólo puedan ser generadas y tramitadas por el Área de Servicios Generales del INSN-SB¹¹ de forma previa a su remisión a GEPEHO.
196. Ahora bien, **respecto al servicio de mantenimiento de la edificación, instalaciones y equipamiento asociado a la infraestructura**, este Tribunal tiene presente el concepto de OTM presente en la Guía Técnica para el Uso de los Instrumentos de Registro y Control de Mantenimiento, que es de obligatoria observancia para los servicios de mantenimiento que brinda GEPEHO:

¹¹ Quien hace las veces de Servicio de Mantenimiento General del INSN-SB

Definición:

La Orden de Trabajo de Mantenimiento (OTM) es una herramienta Técnico Administrativa utilizada para solicitar, programar, registrar y controlar las acciones del mantenimiento de los Establecimientos de Salud del MINSA. Es utilizada como fuente principal de información en la Gestión del Mantenimiento y como medio de comunicación entre el solicitante o usuario y la Oficina de Mantenimiento del Establecimiento de Salud.

*El resaltado es del Tribunal

197. Como se puede observar, la OTM es la herramienta utilizada para solicitar, programar, registrar y controlar las acciones de **mantenimiento general** del INSN-SB, no haciéndose distinción alguna sobre si dichas OTM están dirigidas a realizar el mantenimiento de equipos o de la infraestructura del INSN-SB. Es más, la propia Guía indica que las OTM son un medio de comunicación entre el usuario (áreas usuarias del INSN-SB) y la Oficina de Mantenimiento del Establecimiento de Salud (el INSN-SB) que, como ya quedó establecido en numerales anteriores del presente laudo, es el Área de Servicios Generales del INSN-SB.
198. En ese sentido, este Tribunal no encuentra que el Contrato permita que se realice un diferenciamiento entre las OTM generadas para el servicio de mantenimiento del equipamiento clínico y no clínico y las OTM para el servicio de mantenimiento de la edificación, instalaciones y equipamiento asociado a la infraestructura, puesto que la Guía Técnica para el Uso de las OTM no hecho distinción alguna, teniendo en consideración a su vez, que las OTM necesarias para brindar el servicio de mantenimiento para el INSN-SB, son un medio de comunicación entre las áreas usuarios del INSN-SB y el Área de Servicios Generales del INSN-SB (quien hace las veces de la Oficina de Mantenimiento del INSN-SB).
199. Por lo tanto, a criterio de este Tribunal, y en cumplimiento de la cláusula 13.2.6 del Contrato que señala que es obligación de MINSA “*cumplir con los mecanismos de coordinación establecidos en el presente Contrato de Gerencia*”, se debe ordenar a MINSA y al PRONIS que instruyan al INSN-SB a fin de que las OTM para el servicio de mantenimiento de la edificación, instalaciones y equipamiento asociado a la infraestructura sólo puedan ser generadas y tramitadas por el Área de Servicios Generales del INSN-SB de forma previa a su remisión a GEPEHO en tanto no exista el Servicio de Mantenimiento General del INSN-SB.

Sobre el pedido contenido en el numeral (ii) de la Séptima Pretensión Principal

200. Respecto al pedido de devolución del monto de S/ 1'261,279.41 soles más IGV e intereses contenido en el numeral (ii) de la Séptima Pretensión Principal. GEPEHO ha adjuntado como medio probatorio, a fin de acreditar este monto, dos hojas que

contienen un cuadro con el cálculo de lo que se le habría deducido a GEPEHO producto de la generación desordenada de las OTM.

201. Al respecto, este Tribunal considera que dicho cuadro presentado por GEPEHO, elaborado únicamente por dicha parte, no es suficiente para demostrar que, efectivamente, se le hayan impuesto deducciones por el monto de S/1'261,279.41 soles producto de la generación desordenada de las OTM. Por lo tanto, este pedido devolutivo de GEPEHO debe ser desestimado.

RESPECTO A LA OCTAVA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

NOVENA PRETENSION PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral ordene al MINSA y/o al PRONIS:

- (i) La devolución del monto de S/ 285,325.00 (Doscientos Ochenta mil trescientos veinticinco con 00/100 Soles) por concepto de penalidades contractuales por "No haber contratado al personal indicado en el organigrama funcional presentado dentro del plazo establecido desde la Fecha de Cierre" imputadas en los meses de Febrero, Marzo, Abril, Mayo, Junio, Agosto, Setiembre, Octubre y Noviembre de 2018 y Enero, Febrero y Marzo del 2019, descontadas a la SGP en las RPMO de los meses de Setiembre, Noviembre y Diciembre del 2018 así como Enero, Febrero, Marzo, Abril, Junio y Julio del 2019.
- (ii) Que no se apliquen, y por ende, no se deduzcan, las penalidades aplicadas por el Supervisor correspondientes al mes de Abril de 2019 por "No haber contratado al personal indicado en el organigrama funcional presentado dentro del plazo establecido desde la Fecha de Cierre", de la RPMO del mes de Julio de 2019 o de cualquier otra RPMO posterior por la suma de S/ 37,800 (Treinta y siete mil ochocientos y 00/100 Soles).

Posición de GEPEHO

202. GEPEHO solicita al Tribunal que ordene la devolución de los montos de S/ 285,325.00 soles y S/ 37,800 soles que han sido descontados a GEPEHO por la supuesta incorrecta imposición de la penalidad establecida en el anexo 11 del Contrato que se muestra a continuación:

Cláusula Contrato	Monto UIT	Descripción	Criterio de Aplicación
19.1	0.5	No haber contratado al personal indicado en el organigrama funcional dentro del plazo establecido en la Fecha de Cierre	Cada vez

203. GEPEHO señala que lo que realmente penaliza esta cláusula es el incumplimiento por parte de GEPEHO de no contratar, por lo menos, al personal que se indica en el organigrama funcional dentro del plazo establecido en la Fecha de Cierre, obligación que GEPEHO ha cumplido.
204. Sin embargo, el Supervisor viene aplicando dicha penalidad a fin de amonestar a GEPEHO por no garantizar que el personal contratado por ella para todos los servicios que brinda, cumpla con los perfiles¹² descritos en los POA y en su Propuesta Técnica. Para GEPEHO este criterio es errado y contraviene el principio de tipicidad, puesto que la penalidad materia de controversia no busca sancionar un incumplimiento de perfiles por parte del personal contratado por GEPEHO; sino que dicha penalidad sanciona a GEPEHO en caso no cumpla con proveer el personal detallado en el organigrama funcional dentro del plazo establecido en la Fecha de Cierre¹³, no más.
205. GEPEHO señala que el Supervisor ha aplicado este criterio errado en los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, agosto, setiembre, octubre y noviembre de 2018, así como en los meses de enero, febrero y marzo de 2019, descontando a GEPEHO los montos de dichas penalidades a las RPMO de los meses de setiembre, noviembre y diciembre de 2018, así como enero, febrero, marzo, abril, junio y julio de 2019, conforme a los documentos acompañados a la Demanda, por el monto total de S/ 285,325.00 soles, tal como se aprecia del siguiente cuadro:

¹² Al hablar de perfiles, el Supervisor se refiere a las características profesionales mínimas que debe tener el personal para ejecutar su labor dentro del Contrato.

¹³ Conforme a la cláusula 2.48 del Contrato, la Fecha de cierre "Es el día, hora y lugar en el que se suscribió el Contrato de Gerencia".

N°	Periodo de Imputación	Monto de la Penalidad	Informe de Supervisor que aplica penalidad (Adjuntado a Demanda)
1	Febrero 2018	S/. 80,925.00	Informe N°012/C&B/2018
2	Marzo 2018	S/. 41,500.00	Informe N°021/C&B/2018
3	Abril 2018	S/. 18,675.00	Informe N°037/C&B/2018
4	Mayo 2018	S/. 20,750.00	Informe N°058/C&B/2018
5	Junio 2018	S/. 2,075.00	Informe N°059/C&B/2018
6	Agosto 2018	S/. 8,300.00	Informe N°046/C&B/2018
7	Setiembre 2018	S/. 2,075.00	Informe N°060/C&B/2018
8	Octubre 2018	S/. 2,075.00	Informe N°005/C&B/2019
9	Noviembre 2018	S/. 18,675.00	Informe N°015/C&B/2019
10	Diciembre 2018	S/. 2,075.00	Informe N°019/C&B/2019
11	Enero 2019	S/. 37,800.00	Informe N°025/C&B/2019
12	Febrero 2019	S/. 25,200.00	Informe N°029/C&B/2019 corregido mediante Carta N°469/C&B/2019
13	Marzo 2019	S/. 25,200.00	Informe N°031/C&B/2019
	Total	S/. 285,325.00	

206. Por último, GEPEHO sostiene que el Supervisor ha aplicado la penalidad materia de controversia en el mes de abril de 2019 por el monto de S/ 37,800 soles que, según GEPEHO actualmente está en proceso de impugnación, y que GEPEHO pide que el Tribunal ordene que el Supervisor no aplique por ser también atípica conforme a los argumentos descritos en líneas anteriores.

Posición de MINSA

207. Por su parte, MINSA señala que la penalidad materia de controversia penaliza a GEPEHO en caso incumpla cualquier obligación contenida en la totalidad de la cláusula 19.1. Dicha cláusula estipula una serie de obligaciones respecto a la contratación del personal por parte de GEPEHO y sus subcontratistas, que MINSA describe de la siguiente manera:

- La SGP deberá **contratar** para la ejecución de los Servicios **únicamente al personal técnico que este calificado y tenga experiencia** en su respectiva área de trabajo y profesión, así como, aquellos que sean competentes para brindar **la supervisión adecuada del trabajo**.
- La SGP deberá **contratar** para la ejecución de los Servicios **únicamente al personal calificado** según sea necesario **para la ejecución adecuada y oportuna de los Servicios**.
- **Definir el perfil del personal técnico**, describiendo igualmente las características y dedicación de dicho personal.

208. Para MINSA la penalidad materia de controversia garantiza el cumplimiento de la totalidad de la cláusula 19.1 del Contrato, por lo que GEPEHO no solo está en la obligación de contratar al personal establecido en el organigrama funcional. Es decir, no se trata solo de “cubrir puestos”, sino que deberá asegurarse previamente que este personal sea calificado, de acuerdo con los perfiles definidos en manuales de organización y funciones elaborados para cada Servicio y que forman parte de los POA de cada uno de los Servicios.
209. En ese sentido, cuando la Supervisión ha detectado que el personal contratado en los puestos descritos en el organigrama funcional no cumple con las calificaciones descritas anteriormente, ha concluido que GEPEHO ha incurrido en la conducta penalizada en el anexo 11 del Contrato y que, para MINSA, garantiza el cumplimiento de todas las obligaciones contenidas en la cláusula 19.1 del Contrato.

Posición del Tribunal

Sobre el pedido contenido en el numeral (i) de la Novena Pretensión Principal

210. Respecto de esta pretensión, se debe tener en cuenta que la cláusula penal es una herramienta contractual de naturaleza restrictiva, y como tal se debe aplicar al hecho punible explícitamente descrito en la propia cláusula penal del contrato o en una que lo refiera, conforme al principio de observancia de la tipicidad. Mediante ella las partes han pactado de antemano la indemnización –o punición- que deriva del incumplimiento de las obligaciones específicamente indicadas. Al respecto, DIEZ-PICAZO señala que “(...) *la prestación contenida en la cláusula penal deviene exigible en los casos para que la propia cláusula lo establezca.*”¹⁴. En el mismo sentido, ARANA DE LA FUENTE sostiene que la penalidad “*deberá ser aplicada cuando el deudor incurra en el concreto tipo de incumplimiento en ella previsto*”¹⁵.
211. Así, la cláusula penal materia de controversia establece lo siguiente:

¹⁴ DIEZ PICASO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Sexta edición. Madrid: civitas. Thomson Reuters, 2009, pág. 466.

¹⁵ ARANA DE LA FUENTE, Isabel. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria. En: Anuario de Derecho Civil. Tomo LXVII. Fascículo IV. Octubre-diciembre. Madrid: 2010, pág. 1610.

<i>Cláusula Contrato</i>	<i>Monto UIT</i>	<i>Descripción</i>	<i>Criterio de Aplicación</i>
19.1	0.5	No haber contratado al personal indicado en el organigrama funcional dentro del plazo establecido en la Fecha de Cierre	Cada vez

212. De la revisión de dicha cláusula, se puede observar claramente que el hecho penalizado es que GEPEHO no cumpla con contratar al personal indicado en el organigrama funcional dentro del plazo establecido en la fecha de cierre, no más.
213. Ambas partes han coincidido en que el Supervisor no ha penalizado a GEPEHO por no contar con el personal descrito en el organigrama funcional en la fecha de cierre, si no que luego de que GEPEHO contrató a dicho personal, y habiendo transcurrido la fecha de cierre, el Supervisor ha observado que algunos de estos trabajadores no cumplían con los perfiles establecidos en los POA y el Contrato, aplicando la penalidad materia de controversia de forma extensiva a un tipo completamente distinto, es decir, que GEPEHO no contrate personal conforme a los perfiles establecidos en los POA y el Contrato.
214. El Tribunal no coincide con el criterio aplicado por el Supervisor para penalizar a GEPEHO, en cuanto se puede observar claramente que el Supervisor pretende hacer extensiva la penalidad contenida en la cláusula, a un hecho no contemplado en la propia cláusula penal. Conforme al principio de tipicidad, este Tribunal no puede amparar dicho uso extensivo de la cláusula penal por parte del Supervisor, más aún cuando una cláusula penal es un pacto por el que, ante determinado incumplimiento muy puntualmente establecido, uno de los contratantes queda obligado al pago de dicha penalidad, por la cual se limita el resarcimiento; en ese sentido, por su propia naturaleza, la cláusula penal debe ser aplicada de manera restrictiva y bajo una férrea tipicidad. No está demás indicar que, a este respecto, ya el Tribunal Arbitral del arbitraje GEPEHO-MINSA 1 dejó claro que la aplicación de las penalidades establecidas en el Anexo N° 11 del Contrato, deben ser típicas.
215. Si el supervisor era de la opinión de que GEPEHO había incumplido con sus obligaciones contenidas en la cláusula 19.1 con respecto al perfil del personal contratado, debió sancionar a GEPEHO a través del mecanismo contractual correspondiente¹⁶, y no a través de la cláusula penal que se refiere a otra obligación, y

¹⁶ Como, por ejemplo, el indicador de calidad 5 de los Indicadores de Obligaciones Generales presentes en el Anexo 7 del Contratado que señala: "El personal a cargo de la SGP no cumple con el perfil profesional exigido en la norma vigente para la actividad que desarrolla, o dicha acreditación está caducada"

que por un criterio de tipicidad, sólo puede ser aplicada para el hecho punible explícitamente contenido en sí misma.

216. Por lo tanto, este Tribunal concluye que las penalidades aplicadas a GEPEHO, por no haber contratado al personal indicado en el organigrama funcional dentro del plazo establecido en la Fecha de Cierre, han sido aplicadas sin observar el criterio de tipicidad, esto es, desviándose de lo establecido en el Contrato, por lo cual no pueden ser exigibles a GEPEHO. Por lo que el monto de S/ 285,325.00 soles deducido a GEPEHO por concepto de penalidad por no haber contratado al personal indicado en el organigrama funcional dentro del plazo establecido en la Fecha de Cierre, que ha sido debidamente acreditado por GEPEHO mediante las cartas e informes del Supervisor¹⁷ debe ser devuelto a la demandante.

Sobre el pedido contenido en el numeral (ii) de la Novena Pretensión Principal

217. En cuanto al pedido de no aplicación de la penalidad de S/ 37,800 soles contenido en el numeral (ii) de la Novena Pretensión Principal, si bien es cierto que la propia GEPEHO ha señalado que dicha aplicación de penalidad se encuentra en proceso de impugnación, este Tribunal puede advertir que el Supervisor, mediante Informe N° 030/C&B/2019 de fecha 10 de junio de 2019, impone penalidades a GEPEHO bajo los mismos criterios señalados al momento de desarrollar el pedido contenido en numeral (i) de la novena pretensión principal, es decir que, a pesar de que en la Descripción se señala que la penalidad es por *“no haber contratado al personal indicado en el organigrama funcional dentro del plazo establecido en la Fecha de Cierre”*, lo cierto es que en la Motivación y Razonabilidad se manifiesta que, luego de haber contratado dicho personal, el Supervisor verificó que, a su criterio, dicho personal no satisfacía los perfiles necesarios para cumplir dicha función, tal como se observa del propio Informe N° 030/C&B/2019:

¹⁷ Tomos I y II de los anexos de la demanda para la pretensión 9, presentados por GEPEHO.

- **Sobre la Tipicidad:**

La penalidad por el incumplimiento en el que ha incurrido la SGP se encuentra tipificada en el numeral 19.1 del Anexo 11 del Contrato de Gerencia, conforme a lo siguiente:

Clausula Contrato	Monto UIT	Descripción	Criterio de Aplicación
19.1	0.5	No haber contratado al personal indicado en el organigrama funcional presentado dentro del plazo establecido desde la Fecha de Cierre	Cada Vez

Esta penalidad se aplica ante el incumplimiento de lo señalado en el numeral 19.1 de la Cláusula Décimo Novena del Contrato de Gerencia, que establece que la SGP debe emplear al personal que se indica en el organigrama funcional.

- **Sobre la Motivación**

Conforme a lo establecido en la cláusula 19.1 del Contrato de Gerencia, la SGP tiene la obligación de contratar al personal indicado en el organigrama funcional, **bajo los requisitos a los que se comprometió; es decir, lo establecido en los POA vigentes a la fecha de contratación del personal.**

- **Sobre la Razonabilidad**

Sobre el particular, **esta Supervisión ha utilizado como criterios para determinar de la penalidad en primer lugar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los perfiles descritos en el POA y/o Contrato de Gerencia; y, en ausencia de éstos, lo ofertado en la Propuesta Técnica, dado que existe un compromiso por parte de la SGP de cumplir con tales requisitos plasmado en dichos documentos.**

218. Como se puede observar, la supervisión sustenta el tipo penalizable en el incumplimiento de los perfiles descritos en el POA para la contratación del personal indicado en el organigrama funcional, imponiendo a GEPEHO una penalidad por el monto de S/ 37,800 soles, en clara contravención del principio de tipicidad, conforme a los argumentos desarrollados en los párrafos 213 a 216 precedentes por el presente Tribunal al momento de decidir sobre el pedido contenido en numeral (i) de la presente cuestión controvertida, por lo tanto, este Tribunal determina que no corresponde que se aplique la penalidad impuesta a GEPEHO por el monto de S/ 37,800 soles, a la que se refiere el Informe N° 030/C&B/2019 de fecha 10 de junio de 2019.

RESPECTO A LA NOVENA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (DÉCIMO SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

DÉCIMO SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral declare que los servicios de limpieza deben prestarse de acuerdo a las especificaciones del Anexo N° 7 del Contrato de Gerencia, sin contar ambientes que no formaban parte del metraje del INSN-SB al inicio de operaciones.

Posición de GEPEHO

219. GEPEHO señala que, en la actualidad, el personal del INSN-SB le viene exigiendo que realice el servicio de Limpieza y Bioseguridad¹⁸ sobre áreas nuevas del INSN-SB que fueron construidas con posterioridad a la suscripción del Contrato, pedidos que GEPEHO ha venido rechazando ya que la cláusula 2.56 del Contrato es clara al establecer que la infraestructura del INSN-SB cuenta con un área construida de 32,563.17 m², sobre la cual GEPEHO tiene la obligación de cumplir con los Servicios del Contrato. Según GEPEHO, dicho metraje fue establecido en los Términos de Referencia (en adelante TDR) del Contrato y no puede extenderse de forma indefinida.
220. Para GEPEHO, el área construida del INSN-SB era un parámetro de condición a tomarse en cuenta al momento de elaborar su formulación técnica y propuesta económica, de manera que GEPEHO se comprometió a prestar sus servicios respecto del área definida del INSN-SB. Sin embargo, ahora, MINSA y el INSN-SB vienen ampliando de forma unilateral el área del INSN-SB y requiriendo a GEPEHO que brinde el servicio de Limpieza y Bioseguridad sobre dichas áreas nuevas, lo cual, para GEPEHO, rompe el equilibrio económico financiero que debe guardar el Contrato conforme a la cláusula 10.5 del Contrato. Es por ello que GEPEHO solicita al Tribunal que declare que GEPEHO solamente está obligado a prestar los servicios de limpieza de acuerdo al Anexo N° 7 del Contrato, sin contar ambientes que no formaban parte del metraje del INSN-SB al inicio de operaciones.

Posición de MINSA

221. MINSA señala que, de una lectura concordada del Contrato y su Anexo N° 7, se tiene que, la prestación del servicio de Limpieza y Bioseguridad por parte de GEPEHO no se encuentra limitada a los ambientes existentes; ya que, en dicho extremo del Contrato, se prevé la realización de obras adicionales en el INSN-SB sobre las que GEPEHO debe brindar el servicio de Limpieza y Bioseguridad.

¹⁸ Objeto del Servicio de Limpieza y Bioseguridad: "El servicio de limpieza y bioseguridad tiene por objeto la gestión integral de la limpieza ambiental, desinfección y la bioseguridad en todas las instalaciones, espacios, equipamiento y mobiliario del INSN-SB, mediante su conservación en perfecto estado en términos de higiene y estética. Además de la limpieza y desinfección, el servicio incluye las tareas de fumigación, desinsectación, desinfestación y desratización del INSN-SB."

222. Así, el literal F del Apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato, referido al Servicio de Limpieza y Bioseguridad, establece que GEPEHO debe garantizar un servicio que proporcione limpieza y desinfección a todas las áreas del INSN-SB. Asimismo, para MINSA el inciso b) del literal F del Apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato establece que GEPEHO debe proveer el servicio de limpieza tras la realización de obras, pinturas, otras operaciones de mantenimiento, reformas o reparaciones, etc.
223. Por lo tanto, MINSA interpreta que el Contrato otorga la potestad al INSN-SB de solicitar que GEPEHO brinde la limpieza correctiva en los ambientes, edificios, espacios u otros análogos que se vayan implementando en el plazo de vigencia del Contrato. Para MINSA esta interpretación va de la mano con el numeral 1) del literal F del Apartado N° 8 del Anexo N° 7 del Contrato, referido al Servicio de Mantenimiento de la Edificación, Instalaciones y Equipamiento Asociado a la infraestructura, que establece que GEPEHO se encuentra obligada a brindar *“el mantenimiento de los nuevos edificios, espacios e instalaciones que pudieran incorporarse a lo largo del plazo de vigencia del Contrato de Gerencia.”*

Posición del Tribunal

224. De una lectura concordada de las partes integrantes del Contrato, se puede observar que la cláusula 2.56 del Contrato establece que la infraestructura del INSN-SB cuenta con un área construida de 32,563.17 m² sobre la cual, GEPEHO tiene la obligación de cumplir con los Servicios del Contrato y que los TdR, **sobre los que se basó GEPEHO para la realización de su Propuesta Técnica**, también mencionan que el área construida del INSN-SB es de 32,563.17 m². Se entiende entonces que, al ofertar sus servicios, GEPEHO calculó la realización del servicio de limpieza y bioseguridad sobre el área de 32,563.17 m², por lo que exigirle la realización del servicio de limpieza sobre un área sobre la cual no pudo prever al momento de realizar su propuesta técnica rompería el equilibrio económico-financiero del Contrato, pues obliga a GEPEHO a cargar con gastos por Limpieza y Bioseguridad sobre un área no presupuestada originalmente.
225. Ahora bien, MINSA señala que según el inciso b) del literal F del Apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato, GEPEHO debe proveer el servicio de limpieza tras la realización de obras, pinturas, otras operaciones de mantenimiento, reformas o reparaciones, etc. Lo cual, a criterio de MINSA debe ser entendido como la obligación de GEPEHO de realizar los servicios de Limpieza sobre las nuevas áreas construidas por el INSN-SB.
226. Sin embargo, este Tribunal no coincide con esta interpretación de MINSA, ya que se puede observar que el inciso b) del literal F del Apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato está referido a *“Limpieza concreta o correctiva”* y cuyo encabezado indica lo siguiente *“la SGP deberá disponer de un servicio de limpieza correctiva para atender las posibles urgencias y emergencias surgidas por la actividad del INSN-SB”*, dentro de dichos servicios específicos de Limpieza y bioseguridad se observa la obligación a la que

MINSA hace referencia: “*Aquella que se efectuase en cualquier momento por necesidades específicas como limpieza tras la realización de obras, pinturas, otras operaciones de mantenimiento, reformas o reparaciones, etc.*”. Se entiende entonces que esta obligación de GEPEHO **es una obligación de emergencia y que debe ser realizada con ocasión de la realización de obras, pinturas, otras operaciones de mantenimiento, reformas o reparaciones que realice el INSN-SB** y no es una obligación destinada a que GEPEHO realice el servicio de Limpieza programada sobre áreas nuevas construidas de forma unilateral por el INSN-SB, por lo que este argumento de MINSA debe ser desestimado.

227. Asimismo, MINSA señala que el numeral 1) del literal F del apartado N° 8 del Contrato obliga a GEPEHO a brindar “*el mantenimiento de los nuevos edificios, espacios e instalaciones que pudieran incorporarse a lo largo del plazo de vigencia del Contrato de Gerencia.*” A criterio del Tribunal este argumento de MINSA, para obligar a GEPEHO a brindar el servicio de Limpieza y Bioseguridad programada sobre áreas nuevas es incorrecto, en cuanto el Apartado N° 8 del Anexo 7 del Contrato está referido al Servicio de Manteamiento de la Edificación, Instalaciones y Equipamiento Asociado a la Infraestructura, servicio que es distinto al que es materia de la presente controversia es decir el Servicio de Limpieza y Bioseguridad contenido en el Apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato.
228. Por estos fundamentos, este Tribunal establece que no corresponde exigirle a GEPEHO la realización del Servicio de Limpieza y Bioseguridad establecido en el apartado N° 3 de Anexo 7 del Contrato, fuera del área de 32,563.17 m² que fue originalmente pactada por las partes, quedando expedito el derecho de las partes de negociar entre ellas a fin de que GEPEHO realice dichos servicios sobre las áreas nuevas construidas por el INSN-SB, con la debida contraprestación.

RESPECTO A LA DÉCIMA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (DÉCIMO TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

DÉCIMO TERCERA PRETENSION PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral:

- (i) Declare que tanto el equipo informático como los sistemas informáticos y de comunicación se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del servicio de mantenimiento del equipamiento clínico y no clínico, y por ende, no deben ser brindados por la SGP.
- (ii) Declare que, en caso se determine que el mantenimiento de los equipos informáticos así como de los sistemas informáticos y de comunicación deben formar parte del servicio de mantenimiento del equipamiento clínico y no clínico, este servicio deberá ser remunerado por el Contratante de manera adicional a la RPMO recibida mensualmente por la SGP.
- (iii) Ordene al MINSA y/o al PRONIS a devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación - RPMO mensual que han sido deducidos por la indebida aplicación del criterio de que corresponde a la SGP realizar el mantenimiento sobre sistemas informáticos y de comunicación, descontados de las RPMO de los meses de Julio, Octubre, Noviembre y Diciembre del 2018, los cuales ascienden al monto de S/ 31,126.00 (Treinta y un mil ciento veintiséis con 00/100 Soles) más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, haciendo un monto total de S/ 37,887.95 (Treinta y siete mil ochocientos ochenta y siete con 95/100 Soles).

Posición de GEPEHO

- 229. GEPEHO sostiene que desde la elaboración del proyecto para la gestión del Hospital del Niño de San Borja y durante el Concurso Público Internacional – Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto “Gestión del Instituto Nacional de Salud del Niño San Borja”, que trajo como consecuencia la adjudicación de la buena pro del Contrato, se estableció de manera expresa que GEPEHO no está en la obligación de brindar mantenimiento al equipo Informático y Sistemas Informáticos y de comunicación. Dicho servicio está a cargo de COSAPI DATA (en adelante, COSAPI)
- 230. GEPEHO sostiene que MINSA firmó un contrato aparte con COSAPI para realizar dicho servicio. En ese sentido, la primera versión de las Bases del Concurso referido a las prestaciones brindadas por GEPEHO en cuanto al servicio de mantenimiento, estipulaba lo siguiente:

- El mantenimiento del Equipo Clínico y No Clínico del INSN-SB: clasificado en las siguientes familias:
- Equipo biomédico
 - Equipo complementario
 - Equipo electromecánico
 - Informático, excepto lo incluido en el contrato con COSAPIDATA
 - Mobiliario administrativo
 - Mobiliario clínico
 - Sistemas Informáticos y de Comunicación, , excepto lo incluido en el contrato con COSAPIDATA

231. Asimismo, GEPEHO indica que mediante Circular N° 6 del Concurso, donde se procedió a absolver consultas sobre el alcance de los servicios a brindar, se enumeró los sistemas informáticos con que contaba el INSN-SB, indicando expresamente que COSAPI debía brindar el servicio de mantenimiento sobre dichos equipos, conforme se aprecia a continuación:

Respuesta:

Se incluyen los siguientes sistemas:

- Sistema de telefonía IP
- Procesamiento, almacenamiento y respaldo de información
- Licencias Microsoft
- Sistemas de filtros y protección de virus
- Sistemas de TV Cable, LED 32" y 46"
- Equipamiento Ofimática
- Sistema de video conferencia
- Sistema de colas
- Conectividad, red física e inalámbrica
- Sistema de circuito cerrado de TV
- Sistema de Traducción simultanea
- Sistema de Radio/HF/VHF

Asimismo, el servicio a ser prestado por Cosapi Data incluye el suministro de insumos, repuestos, mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos en un plazo de 60 meses, contados a partir de la suscripción del Acta de conformidad de la recepción, instalación y pruebas operativas.

Culminado ese periodo, la SGP deberá brindar este servicio:

232. Si bien es cierto dicha Circular N° 6 indicaba que luego del periodo de 60 meses GEPEHO debía brindar dicho servicio, GEPEHO sostiene que la Circular N° 6, y por

ende el plazo de 60 meses señalados en dicha circular, no fue incluida en la versión final de las Bases del Concurso.

233. A pesar de que está claro que el mantenimiento del equipo Informático y Sistemas Informáticos y de comunicación está a cargo de COSAPI, el 5 de junio de 2018 el INSN-SB exigió a GEPEHO la prestación del servicio de mantenimiento del Equipo informático y de los Sistemas Informáticos y de Comunicación. GEPEHO sostiene que trasladar una obligación como la de COSAPI a GEPEHO, le generaría un grave perjuicio económico, ya que se le estaría trasladando la carga de realizar el servicio de mantenimiento sobre un nuevo universo de equipos sin recibir ninguna remuneración adicional.
234. Es más, según GEPEHO, el Supervisor le ha llegado a aplicar deducciones de forma indebida por el incumplimiento de dicho mantenimiento hasta por un monto total de S/ 31,326.00 soles. Es por ello que GEPEHO solicita al Tribunal que declare que el servicio de mantenimiento del Equipo informático y de los Sistemas Informáticos y de Comunicación no deben ser brindados por GEPEHO, o, si el Tribunal encuentra que esta obligación sí le corresponde a GEPEHO, ordene que dicho servicio sea remunerado de forma adicional a la RPMO recibida mensualmente por GEPEHO. Como consecuencia del amparo de su pretensión principal, GEPEHO solicita que el Tribunal ordene la devolución de lo indebidamente deducido por el Supervisor por el supuesto incumplimiento de este servicio que no le corresponde a GEPEHO.

Posición de MINSA

235. Para MINSA, a fin de determinar los alcances contractuales del servicio de Mantenimiento del Equipo Clínico y no Clínico, se debe tener en cuenta el orden de preferencia documental pactado, que pone en primer orden al Contrato de Gerencia (con sus anexos y apéndices), seguido de las circulares y en último lugar a las Bases del Concurso. En dicha línea, siguiendo el orden prioritario establecido por las Partes, se tiene que el numeral ii de la cláusula octava del Contrato, obliga a GEPEHO a cumplir con el servicio de Mantenimiento del equipo clínico y no clínico, servicio que está detallado en el Apartado N° 9 del Anexo 7 del Contrato. Este Apartado N° 9 del Anexo 7 del Contrato, en su literal B) establece que el servicio de mantenimiento del equipo clínico y no clínico alcanza al Equipo informático y los Sistemas Informáticos y de Comunicación, lo que es congruente con la Circular N° 6 del Concurso.
236. Según MINSA, fue la propia GEPEHO quien en su propuesta Técnica ofertó prestar el servicio de mantenimiento del equipamiento informático y a los Sistemas informáticos y de Comunicación, ofertando una atención especial a los *“equipos informáticos unidos a equipos de electromedicina o que sean necesarios para su funcionamiento”* mediante subcontrata si por sus propios medios no lo pudieran realizar con fiabilidad y seguridad. En consecuencia, debe declararse infundada la pretensión de GEPEHO de excluir los equipos informáticos como los sistemas informáticos y de comunicaciones del servicio de mantenimiento de los equipos clínicos y no clínicos.

237. En cuanto a la pretensión subordinada de GEPEHO, MINSA señala que dicho pedido vulneraría lo estipulado en el Contrato, toda vez que la prestación del servicio de mantenimiento de los equipos informáticos y los sistemas informáticos y de comunicaciones se encuentra incluido en el servicio de mantenimiento de los equipos clínicos y no clínicos. Además, puesto que ha sido ofertado como parte de su propuesta técnica, se entiende que su costo ha sido considerado en ella para efectos de la determinación de la RPMO que propusieron, no existiendo desequilibrio económico alguno entre las partes que genere pago adicional a favor de GEPEHO.
238. Por último, con respecto al pedido devolución de GEPEHO por el monto de S/ 31,326.00 soles, MINSA señala que GEPEHO no ha adjuntado medio probatorio alguno que acredite la deducción de dicho monto, por lo que dicha pretensión debe ser desestimada por carecer de sustento probatorio. Sin perjuicio de lo anterior, MINSA señala que, considerando que GEPEHO sostiene que el monto de S/ 31,326.00 soles se le ha descontado por no realizar el mantenimiento de los equipos informáticos y los sistemas informáticos y de comunicaciones, este monto ha sido correctamente descontado, pues está acreditado que es obligación de GEPEHO realizar el mantenimiento de los equipos informáticos y los sistemas informáticos y de comunicaciones como parte del servicio de mantenimiento del equipo clínico y no clínico.

Posición del Tribunal

Sobre el pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Tercera Pretensión Principal

239. Al respecto el Tribunal señala que el Contrato es claro al señalar las obligaciones de GEPEHO con respecto al mantenimiento del equipo clínico y no clínico, que están contenidas en el Apartado N° 9 del Anexo 7 del Contrato, obligan a GEPEHO a realizar el servicio de mantenimiento al Equipo Informático y a los Sistemas Informáticos y de Comunicación, conforme se observa a continuación:

B. Alcance y ámbito de aplicación

Este servicio incluirá el mantenimiento a todos los niveles de los siguientes activos y elementos aunque sin limitarse a ellos:

- Equipo biomédico.
- Equipo complementario.
- Equipo electromecánico.
- **Informático.**
- Laboratorio.
- Mobiliario Administrativo.
- Mobiliario clínico.
- **Sistemas informáticos y de Comunicación.**

**El resaltado es del Tribunal*

240. GEPEHO ha señalado que el proyecto final de Bases del Concurso estipuló que el servicio de mantenimiento del Equipo informático y de los Sistemas Informáticos y de Comunicación estaban a cargo de COSAPI DATA S.A. y no de GEPEHO. Al respecto, el Tribunal considera oportuno revisar lo indicado en el Contrato respecto a lo establecido por las partes para la interpretación del propio Contrato. Así, la cláusula 3.4 señala que:

“(...) En caso de discrepancia en la interpretación de los alcances del presente Contrato, la prelación de la documentación será la siguiente:

- 1. El presente contrato que incluye sus Anexos y Apéndices. En el caso de los Anexos del Contrato, la relación es la misma que el orden de su numeración respectiva.*
- 2. Las Circulares.*
- 3. Las Bases que incluye sus Anexos y Apéndices.”*

241. Para GEPEHO las Bases del Contrato establecieron que el servicio de mantenimiento del Equipo informático y de los Sistemas Informáticos y de Comunicación estaban a cargo de COSAPI DATA S.A. mientras que para MINSA, el Contrato y sus Anexos señalan que dicha obligación le corresponde a GEPEHO.

242. A fin de resolver dicha discrepancia, se debe hacer uso del orden de prelación descrito en la cláusula 3.4 del Contrato, debiéndose priorizar lo dispuesto por el Contrato y sus Anexos por sobre lo indicado por las Bases, por lo que considerando que el Contrato señala, en el literal B del Apartado N° 9 del Anexo 7 que el servicio de mantenimiento del Equipo informático y de los Sistemas Informáticos y de Comunicación está incluido en el servicio de mantenimiento del Equipamiento clínico y no clínico, se debe desestimar el pedido principal de GEPEHO.

243. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera que acceder al pedido de GEPEHO modificaría el Contrato, en cuanto se suprimiría la obligación de GEPEHO de realizar el mantenimiento del equipo informático y de los Sistemas Informáticos y de Comunicación, en contravención de lo indicado en el artículo 62 de la Constitución, que establece que *“...Los términos contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otras disposiciones de cualquier clase...”*. Por este motivo, el pedido de GEPEHO también debe ser desestimado.

Sobre el pedido contenido en el numeral (ii) de la Décimo Tercera Pretensión Principal

244. Este pedido de GEPEHO podría calificarse como una pretensión subordinada al pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Tercera Pretensión Principal, en cuanto GEPEHO solicita que en caso se declare que el servicio de mantenimiento del Equipo informático y de los Sistemas Informáticos y de Comunicación está incluido en el

servicio de mantenimiento del Equipamiento clínico y no clínico, se declare que dicho servicio sea remunerado.

245. Al respecto, la cláusula décima del Contrato establece que GEPEHO es retribuida por los servicios objeto del Contrato, conforme se aprecia a continuación:

CLAUSULA DECIMA:	REGIMEN ECONOMICO
El Contratante retribuirá a la SGP por la prestación de los Servicios objeto del Contrato de Gerencia. Dicha retribución está compuesta por los siguientes conceptos:	
<ul style="list-style-type: none">• Retribución por el Mantenimiento y Operación (RPMO)• Retribución por Prueba Equivalente Adicional de Laboratorio (RPAL)• Retribución por Servicio de Reparación y Puesta en Funcionamiento Inicial (RSI)• Retribución por Demanda No Cubierta por la RPMO	

246. Por lo anterior, considerando que GEPEHO actualmente recibe una retribución por realizar los servicios comprendidos en el Contrato, entre los que figura el servicio que es materia de la presente controversia, es decir, el Servicio de mantenimiento del Equipo Informático y de los Sistemas Informáticos y de Comunicación, que a su vez forma parte del alcance y ámbito de aplicación del Servicio de Mantenimiento del Equipo Clínico y no Clínico, se concluye que GEPEHO ya está siendo retribuida por el servicio que es materia de análisis, con lo cual el pedido subordinado de GEPEHO es infundado.
247. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal tampoco puede acceder a este pedido subordinado de GEPEHO, en cuanto el servicio de mantenimiento del Equipo informático y de los Sistemas Informáticos y de Comunicación es un servicio que la propia GEPEHO se obligó a cumplir, y que, por lo tanto, debió incluir dentro del cálculo de la RPMO. Esto concuerda con su propia propuesta técnica, cuya parte pertinente fue adjuntada como anexo M.1 de la contestación de demanda. En dicha propuesta técnica, GEPEHO ofreció realizar el servicio de mantenimiento del Equipo informático y de los Sistemas Informáticos y de Comunicación, tal como se aprecia a continuación:



**El resaltado es del Tribunal*

248. Por lo que, considerando (i) que GEPEHO ya viene siendo retribuida por el servicio de mantenimiento del Equipo informático y de los Sistemas Informáticos y de Comunicación que se comprometió a realizar, conforme se observa de su propuesta técnica, coligiéndose a su vez (ii) que GEPEHO incluyó el gasto realizado por dicho servicio dentro del cálculo de la RPMO, el Tribunal debe desestimar la pretensión subordinada de GEPEHO.

Sobre el pedido contenido en el numeral (iii) de la Décimo Tercera Pretensión Principal

249. Este pedido de devolución del monto de S/ 31,326.00 soles más IGV e intereses es claramente un pedido accesorio a la décimo tercera pretensión principal. Por lo que, considerando que este Tribunal ha desestimado tanto la pretensión principal como la pretensión subordinada de GEPEHO contenidas en los numerales (i) y (ii) de la Décimo Tercera Pretensión Principal, no corresponde que se ordene la devolución del monto de S/ 31,326.00 soles más IGV e intereses.

RESPECTO A LA DÉCIMO PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (DÉCIMO CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

DÉCIMO CUARTA PRETENSION PRINCIPAL: Que el Tribunal:

- (i) Declare que el mantenimiento del equipo denominado Angiógrafo Siemens Artis Zee Biplano no se encuentra dentro del alcance del servicio de mantenimiento del equipamiento clínico y no clínico prestado por la SGP por contar con vicios ocultos producto del mantenimiento defectuoso prestado por un tercero de manera previa al inicio de la obligación de la SGP.
- (ii) Ordene al MINSA y/o al PRONIS la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación - RPMO mensual que han sido deducidos indebidamente S/121,268.02 más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, haciendo un monto total de S/ 144,577.49.
- (iii) Ordene al MINSA y/o al PRONIS la devolución de los montos por gastos para mantenimiento del equipo por la suma de S/329,584.18 más el IGV que corresponda.

Posición de GEPEHO

- 250. GEPEHO sostiene que no está en la obligación de brindar el mantenimiento del equipo Angiógrafo Siemens Artis Zee Biplano (en adelante, el Angiógrafo) toda vez que dicho equipo médico recibió un mantenimiento deficiente por parte de la empresa SIEMENS, empresa que debía brindar dicho servicio como parte de la garantía del equipo. Estos mantenimientos deficientes constituyen un vicio oculto, conforme al artículo 1503° del Código Civil, en cuanto no ha realizado una adecuada transferencia de riesgo respecto del Angiógrafo, razón por la cual, GEPEHO quedó liberada de la obligación de dar mantenimiento a dicho Equipo Médico.
- 251. GEPEHO sostiene que luego de finalizado el periodo de garantía, procedió a realizar la revisión del Angiógrafo dejando constancia en las correspondientes OTM que el Angiógrafo presentaba fallas continuas. Según GEPEHO estas fallas no fueron debidamente atendidas en su oportunidad por SIEMENS, a pesar de que el Angiógrafo aún se encontraba cubierto por la garantía.
- 252. Es por ello que GEPEHO solicita que el Tribunal declare que el mantenimiento del Angiógrafo no se encuentra dentro del alcance del servicio prestado por GEPEHO por contar con vicios ocultos producto del mantenimiento defectuoso realizado por SIEMENS. Asimismo, solicita que el Tribunal ordene que el Supervisor devuelva el monto de S/ 121,268.02 soles indebidamente deducido a GEPEHO por no brindar el

mantenimiento del Angiógrafo, que como se ha visto en líneas anteriores, no es responsabilidad de GEPEHO, y que se ordene al MINSA la devolución del monto de S/ 329,584.18 que pretende cobrarle SIEMENS para realizar el mantenimiento del Angiógrafo, que como se ha visto en líneas anteriores, no le corresponde realizar a GEPEHO.

Posición de MINSA

253. MINSA señala que los equipos en garantía sí forman parte del Servicio de mantenimiento del equipamiento clínico y no clínico, ya que, dentro del Contrato, no se ha establecido lo contrario.
254. Incluso si así lo fuera, y los equipos en garantía estuvieran fuera del alcance de los servicios de mantenimiento de GEPEHO, MINSA sostiene que lo señalado en la página 605 del contrato no solo estipula el deber de GEPEHO de realizar una labor de coordinación con SIEMENS para la realización del mantenimiento del Angiógrafo, puesto que la página 605 del Contrato indica lo siguiente: *“El control de las intervenciones de mantenimiento y del cumplimiento del calendario de mantenimiento preventivo o predictivo de dichos equipos ajenos al alcance de las responsabilidades de la SGP, será asumido por el servicio prestado por la SGP”*. Es decir, para MINSA, la obligación de GEPEHO no consiste en simplemente realizar una coordinación, sino la realización de un control de dicho mantenimiento. Para MINSA, toda la documentación hace presumir a que GEPEHO no ha realizado dicho control.
255. Así, MINSA ha verificado que, las órdenes de trabajo de mantenimiento realizadas por la empresa SIEMENS, tienen firma de conformidad por parte de GEPEHO, sin insertar ninguna observación al respecto en ninguno de los mantenimientos preventivos durante el periodo de garantía.
256. Según MINSA, si GEPEHO advirtió los supuestos incumplimientos por parte de SIEMENS, estos debieron ser informados una vez producidos. Sin embargo, GEPEHO recién advirtió los supuestos incumplimientos de SIEMENS el 18 de diciembre de 2018 mediante su carta N° 087/GT-GPH-2018, fecha en la que ya había vencido la garantía del Angiógrafo. Para MINSA esto demostraría la falta de diligencia por parte de GEPEHO sobre la gestión del mantenimiento del Angiógrafo y, por lo tanto, el incumplimiento a las obligaciones a su cargo establecidas en el Contrato.
257. Respecto a los vicios ocultos mencionados por GEPEHO, MINSA sostiene que no resulta atendible este argumento, toda vez que GEPEHO se encontraba obligada a constatar que el mantenimiento del Angiógrafo se haya realizado con los procedimientos, protocolos, y piezas adecuadas. Por lo tanto, al no haber advertido los supuestos incumplimientos de SIEMENS antes del 18 de diciembre de 2018, hace inferir a MINSA que GEPEHO no actuó diligentemente.
258. Por último, MINSA sostiene respecto de las pretensiones devolutivas de la demanda, que GEPEHO no ha acreditado con ningún documento la veracidad o el monto de las

supuestas deducciones realizadas por el Supervisor y, para el caso del monto que SIEMENS pretende cobrarle para realizar el mantenimiento del Angiógrafo, solo adjuntan una carta presupuesto, no acreditando que tal pago se haya realizado a la fecha y que por tanto les haya causado perjuicio alguno.

Posición del Tribunal

Sobre el pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Cuarta Pretensión Principal

259. Respecto a los supuestos vicios ocultos que liberarían a GEPEHO de su obligación de brindar el servicio de mantenimiento al equipo Angiógrafo, este Tribunal no puede acoger este fundamento de GEPEHO, el mismo que se basa en que no puede (GEPEHO) realizar el mantenimiento de un equipo que presenta vicios ocultos como consecuencia de mantenimientos previos realizados por SIEMENS. GEPEHO ha sido contratada por el MINSa con el objetivo de brindar el servicio de mantenimiento a los equipos clínicos y no clínicos del INSN-SB; y cuando se realizaba en equipos en garantía, y por lo tanto, fuera de su alcance de actuación, su obligación era disponer de un adecuado acompañamiento del personal técnico responsable del mantenimiento de dichos equipos, que estaban dentro de las instalaciones del INSN-SB, conforme al penúltimo párrafo del literal B) del Apartado 9 del Anexo N° 7 del Contrato (primer párrafo de la página 605 del Contrato). Se entiende por ello que tiene conocimientos y experiencia en los servicios de mantenimiento que dichos equipos requieren, y la forma de realizarlos. Por lo tanto, no es posible admitir que GEPEHO no haya tenido la capacidad material para advertir el supuesto mantenimiento deficiente realizado por SIEMENS.
260. Esto se corrobora con las OTM de fecha 3 de mayo de 2016; 28 de octubre de 2016; 24 de abril de 2017 y 18 de octubre de 2017, adjuntadas como anexos N.1 de la contestación de demanda, donde SIEMENS describe los servicios de mantenimiento realizados al Angiógrafo. Al final de dichas OTM se puede observar que GEPEHO otorgó el visto bueno a dichos servicios sin observaciones, por lo tanto, se deduce que GEPEHO participó y revisó el accionar de SIEMENS y que producto de su conocimiento y experiencia, GEPEHO debió advertir el supuesto mantenimiento deficiente de SIEMENS, y si no lo hizo, dejó consentir dichos mantenimientos de SIEMENS al otorgar su visto bueno.
261. Por dichas consideraciones, este Tribunal debe desestimar el pedido de GEPEHO de declarar que el servicio de mantenimiento del Angiógrafo se encuentra excluido de los servicios de mantenimiento del equipo clínico y no clínico que brinda GEPEHO por supuestos vicios ocultos producto del supuesto mantenimiento defectuoso de SIEMENS, en la medida que, al ser GEPEHO una empresa que brinda mantenimiento a equipos clínicos y no clínicos, tiene la experiencia y conocimiento suficiente para advertir el supuesto servicio de mantenimiento deficiente realizado por SIEMENS al Angiógrafo.

Sobre el pedido contenido en el numeral (ii) de la Décimo Cuarta Pretensión Principal

262. Ahora bien, con respecto al pedido de devolución del monto de S/ 121,268.02 contenido en el numeral (ii) de la Décimo Cuarta Pretensión Principal, adicionalmente a los argumentos mencionados en los puntos anteriores, que por sí mismos determinan que la pretensión sea infundada, este Tribunal puede observar que GEPEHO no ha adjuntado material probatorio alguno que acredite que dicho monto fue deducido por el Supervisor debido al incumplimiento de su obligación de brindar el servicio de mantenimiento del Angiógrafo. Por lo tanto, esta pretensión de GEPEHO debe ser desestimada.

Sobre el pedido contenido en el numeral (iii) de la Décimo Cuarta Pretensión Principal

263. Del mismo modo respecto al pedido de devolución del monto de S/ 329,584.18 contenido en el numeral (iii) de la Décimo Cuarta Pretensión Principal, este Tribunal advierte que, adicionalmente a los argumentos mencionados en los puntos anteriores, que por sí mismos determinan que la pretensión sea infundada, el documento adjuntado por GEPEHO para acreditar el monto a devolver es solo un presupuesto elaborado por SIEMENS en caso realice el hipotético mantenimiento al Angiógrafo. Es decir, es un gasto que GEPEHO no acredita haber realizado. Por lo tanto, no cabe ordenar la devolución solicitada.

RESPECTO A LA DÉCIMO SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (DÉCIMO SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

DÉCIMO SEXTA PRETENSION PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral:

- (i) Declare que, de acuerdo a las especificaciones técnicas del servicio de lavandería, estipuladas en el Anexo N° 7 del Contrato de Gerencia, los Equipos de Protección Personal (EPP), la ropería y descartables para visitantes (no pacientes) se encuentran fuera del alcance del servicio, y por lo tanto, su dotación no resulta exigible a la SGP.
- (ii) Ordene al MINSA y/o al PRONIS la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación - RPMO mensual que han sido restados como deducciones en el presente caso por el monto de S/29,790.94, más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) resultando en un monto total de S/37,112.78 al 31 de mayo del 2019, debiendo ser actualizado a la fecha efectiva de pago.

Posición de GEPEHO

- 264. Según GEPEHO, el alcance del servicio de Ropería (incluido en el servicio de Lavandería) está limitado a la dotación de ropa al INSN-SB, comprendiendo como tal, únicamente a los pacientes y personal de dicha Entidad conforme al Apartado N° 2 del Anexo N° 7.
- 265. Sin embargo, el INSN-SB viene requiriendo a GEPEHO que brinde mandilones para los padres de familia de los pacientes. GEPEHO se ha negado a realizar dicho servicio toda vez que, según el Contrato, su obligación consiste únicamente en dotar de la ropa requerida por el INSN-SB tanto al propio personal como a los pacientes de la entidad, pero no a los familiares de los pacientes. Al respecto, para GEPEHO, el acápite e) del literal F del Anexo N° 7, señala el alcance del servicio de ropería, indicando que GEPEHO está en la obligación de dotar al INSN-SB, solo con ropa de hospitalización y quirófano y el uniforme del personal del INSN-SB, es decir, GEPEHO solo debe proveer ropa a los pacientes y al personal del INSN-SB.
- 266. Al ser consultado sobre los alcances del servicio materia de controversia, el Supervisor ha concluido que los mandilones para los padres de familia constituyen ropa para el paciente, por lo que considerando que GEPEHO está en la obligación de brindar ropa para el paciente, también se encuentra en la obligación de entregar los mandilones a los padres de familia de los pacientes. Indica GEPEHO que el Supervisor ha llegado incluso a concluir que GEPEHO se encuentra en la obligación de proveer este servicio a los familiares de los pacientes ya que así lo ha consentido al haber dotado en una oportunidad los mandilones a los familiares de los pacientes por pedido expreso del INSN-SB.

267. GEPEHO no coincide con la interpretación del Supervisor, puesto que para GEPEHO la ropa para el paciente, es justamente eso, ropa para el paciente y no ropa para los familiares de los pacientes. Asimismo, GEPEHO señala que dotó de mandilones a los familiares de los pacientes por única vez en los meses de octubre y noviembre de 2017 y por pedido expreso del INSN-SB, lo que GEPEHO cumplió de buena fe. Según GEPEHO este fue un evento particular, toda vez que en los dos años anteriores el propio INSN-SB había venido entregando mandilones a los familiares de los pacientes, por lo cual el INSN-SB no puede interpretar este hecho como una aceptación de una obligación que no le corresponde a GEPEHO según el Contrato.
268. Además de los mandilones para familiares de los pacientes, que fueron requeridos por el INSN-SB, GEPEHO considera que no forma parte de su obligación dotar al INSN-SB con equipos de protección (EPP) y ropa descartable para visitantes (familiares de los pacientes) tales como gorras, mascarillas, cubre-bocas, etc.
269. Es por ello que GEPEHO solicita que el Tribunal declare que no se encuentra en la obligación de brindar los equipos de protección personal (en adelante EPP), la ropería y descartables a los visitantes (padres de familia de los pacientes).
270. Asimismo, GEPEHO solicita que el Tribunal ordene la devolución del monto de S/ 29,790.94 más IGV e intereses, monto que, según GEPEHO, le ha sido descontado de forma indebida por el Supervisor por el supuesto incumplimiento del servicio materia de controversia.

Posición de MINSA

271. MINSA sostiene que, si bien en el Contrato y en el catálogo de ropa no se detalla qué tipo de ropa y EPP se tiene que brindar a los familiares del paciente, la dotación de mandiles a los padres de familia, así como los EPP constituyen material textil necesario para que el INSN-SB realice sus actividades esenciales; por lo que la dotación de dichas prendas constituye obligación de GEPEHO. Para MINSA, la cláusula 7.10 del Contrato¹⁹ obliga a GEPEHO a abastecer la cantidad y tipo de prendas necesarias para el adecuado funcionamiento del INSN-SB.
272. MINSA sostiene que GEPEHO ha reconocido que los mandilones para los padres de familia constituyen ropa para el paciente, prueba de ello son las entregas de mandilones para padres de familia que la propia GEPEHO realizó durante los años 2017; 2018 y 2019 a diferentes ejes hospitalarios del INSN-SB. Entregas que quedaron registradas en el SIGI²⁰. Para MINSA es claro entonces que GEPEHO no tendría base legal ni

¹⁹ "corresponde a la SGP el cumplimiento íntegro y exacto del Contrato, lo cual supone e incluye la asunción de cualquier previsión, planeamiento, tarea, obra labor, servicio, suministro, actividad, estudios, pruebas y en general todo lo que se entienda implícitamente requerido a la SGP conforme a los mejores estándares de diligencia para poder llevar a cabo y completar adecuadamente de la prestación de los Servicios que le son requeridos en el Anexo N° 7".

²⁰ **Sistema Informático de Gestión de Incidencias (SIGI):** Constituye el elemento de enlace y auto supervisión para el adecuado funcionamiento operativo del INSN-SB durante las 24 horas, los 365 días del año. El SIGI recibe todas las quejas, avisos, notificaron de las solicitudes, fallos de calidad y disponibilidad

contractual para negarse a atender los requerimientos del INSN-SB, por lo que el Tribunal debe declarar que corresponde a GEPEHO continuar con suministrar los mandilones para los padres de familia de los pacientes del INSN-SB.

273. Por último, MINSA señala que GEPEHO no ha adjuntado los tickets de fallos, actas u otro documento que acredite las supuestas deducciones que se la haya realizado a GEPEHO con relación a la presente cuestión controvertida, y que GEPEHO está solicitando que le sean devueltos, razón por la cual, MINSA solicita al Tribunal que rechace de plano el pedido devolutivo de GEPEHO.

Posición del Tribunal

Sobre el pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Sexta Pretensión Principal

274. GEPEHO ha solicitado al Tribunal que declare que no está en la obligación de dotar al INSN-SB con (1) los EPP para visitantes del INSN-SB; (2) la ropería para los visitantes del INSN-SB y (3) los descartables para visitante del INSN-SB.
275. Con respecto a los extremos (1) y (2). En primer lugar, este Tribunal puede observar de los medios probatorios ofrecidos por la propia GEPEHO que lo que ha venido siendo materia de discusión entre el INSN-SB y GEPEHO es **si GEPEHO está o no en la obligación de dotar mandilones de bramante sanforizado para los padres de familia de los pacientes del INSN-SB.**
276. Así se puede verificar de la Carta N°148-2018-UA-ESG-119-INSN-SAN BORJA (Anexo O.1. del escrito de Demanda), que el requerimiento específico del INSN-SB es que **GEPEHO brinde mandilones de bramante sanforizado a los padres de familia de los pacientes de las áreas de UCI's, hospitalización, emergencia y Centro Quirúrgico (Recuperación)**, tal como se puede observar de dicha Carta:

Es grato dirigirme a usted, a fin de hacerle llegar mis cordiales saludos y a su vez comunicarle la necesidad de la institución de contar con el abastecimiento y suministro de mandilones requeridos como ropa de paciente según la descripción de mandil de bramante sanforizado, cuya finalidad es brindar a las áreas de UCI'S, Hospitalización, emergencia y Centro Quirúrgico (Recuperación) mandilones limpios de forma diaria para destinarlos al uso de los padres y familiares de los pacientes.

277. Ante la solicitud del INSN-SB de dotar de **mandilones a los padres de familia de los pacientes de las áreas de UCI's, hospitalización**, emergencia y Centro Quirúrgico (Recuperación), GEPEHO expresa su disconformidad con dicho pedido conforme se aprecia de la Carta N° 045/LAV-GPH-2018 (Anexo O.2 del escrito de Demanda):

reportados, así como el seguimiento y resolución de los mismos o bien el estatus de cualquier solicitud relacionada con el funcionamiento del INSN-SB (Concepto obtenido de la página 636 del Contrato)

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarla y al mismo tiempo aprovecho la ocasión para dar respuesta a su solicitud de confeccionar y entregar 735 mandilones (Talla L), para ser utilizados por los padres de familia en las áreas de Hospitalización, UCIs, Centro Quirúrgico (URPA) y Emergencias.

Al respecto, exponemos nuestra disconformidad con el requerimiento formulado por su representada en base a los siguientes argumentos:

- El día 15 de septiembre de 2016, en una reunión sostenida entre el INSN-SB y la SGP, se confirmó la lista final para la dotación de ropa quirúrgica, la cual contenía el detalle de los trece (13) tipos de prendas con sus respectivas especificaciones. Cabe señalar que todos los acuerdos adoptados en dicha reunión fueron liderados conjuntamente por el Director Ejecutivo de la Unidad de Administración del INSN-SB y la Gerente General de la SGP, y que además se indicó que para todos los efectos el Catálogo de Prendas Institucional complementa los acuerdos adoptados en el Acta.

- De esta manera, en dicha lista final, que fue consensuada y aprobada entre las partes, no se consideró la inclusión de barreras de protección de material descartable o de tela, y por tanto, al ser los mandilones para padres una barrera de protección, no le corresponde a la SGP su dotación.

- En ese sentido, tal y como les indicamos en la carta de la referencia b), debemos mencionar que las barreras de protección, sean de tela o descartables, están directamente asociadas a la atención clínico quirúrgica del paciente, de los cuales debe hacerse cargo el propio INSN-SB, según la Cláusula 7.6 del Contrato de Gerencia:

- Además, en el Catálogo de Prendas Institucional, que se detalla a continuación, **no se contempló a los mandilones para padres de familia** (a excepción de los mandilones de drill para familiares en URPA), **pues estos no se encuentran dentro de ninguna especificación de ropa plana, ropa de cama o de paciente.** Además, dado que estos mandilones sirven como EPP o barreras de protección, proveerlos está fuera del alcance de la SGP, por lo que sería responsabilidad del INSN-SB abastecerlos. Así, de acuerdo al Acta de Reunión GG-01, la SGP es responsable de entregar las siguientes prendas:

- **Ropa de cama:** Sábanas, frazadas, colchas, fundas, pañales, toallas, para el uso de los pacientes del INSN-SB.

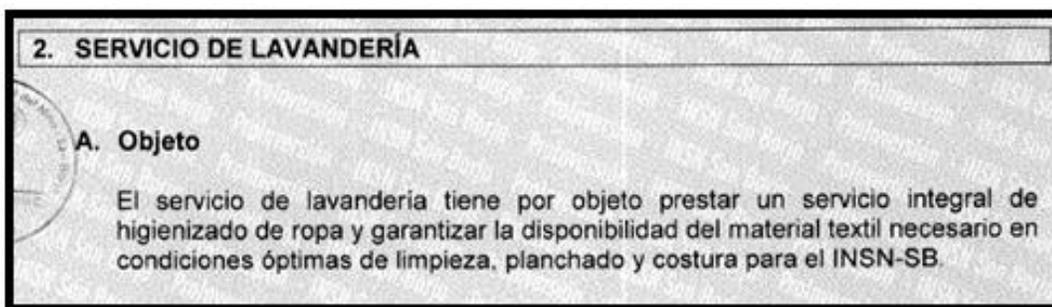
Lo único que no se aceptó, y se comunicó por carta al INSN-SB, fue no dotar de protectores de incubadora, pues no cumplían su función de ropa para paciente, puesto que era un cobertor que se coloca sobre la incubadora, para bloquear la luz que ingresa al paciente.

- **Ropa de paciente:** Pijamas verano, pijamas invierno, pijamas lactantes (batas).
- **Uniformes:** Asistenciales y administrativos.
- **Ropa quirúrgica:** Pantalón y chaqueta para cirujano, sábana, campos, fundas, ponchos, bolsa electrocauterio, piñeras, mandilón quirúrgico con protector (p. cirujano), mandilón drill (p. familiares en URPA) y batas verde agua para pacientes que ingresan a sala o van a URPA). Se adjunta acta con el detalle.

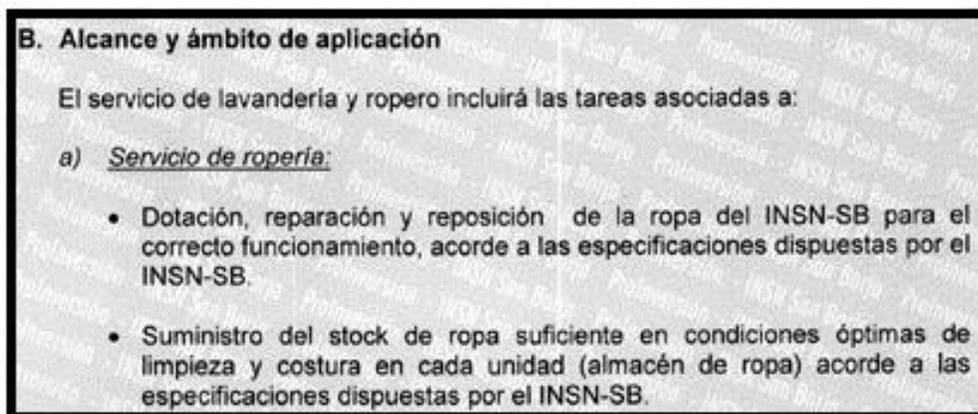
- Teniendo en cuenta ello, el alcance del Servicio de Lavandería según el Contrato de Gerencia, especifica que el servicio de ropería incluya: *"Dotación, reparación y reposición de la ropa del INSN-SB para el correcto funcionamiento, acorde a las especificaciones dispuestas por el INSN-SB"*. [El subrayado es agregado] (pág. 506).

278. Como se puede observar, GEPEHO se negó a entregar los mandilones requeridos por el INSN-SB, toda vez que a su criterio, no tiene obligación de entregar barreras de protección (EPP) al INSN-SB como parte del servicio de ropería. Y ya que según señala, dichos mandilones son EPP, no tenía obligación de dotar al INSN-SB con los referidos mandilones. En esa misma línea, GEPEHO indicó que los mandilones no estaban dentro del Catálogo de prendas institucionales (es decir, del INSN-SB) y ya que GEPEHO sólo debe proveer las prendas, acorde a las especificaciones dispuestas por el INSN-SB, y ya al no estar en el referido catálogo de prendas los mandilones para padres de familia no estaba en obligación de entregarlos.

279. Ahora bien, los mandilones de bramante sanforizado son mandiles hechos a base de bramante²¹, **que es un material textil**, que debe ser sanforizado²² (proceso que evita que se encoja al ser lavado). Por lo tanto, se colige que lo que está requiriendo el INSN-SB a GEPEHO es la dotación de material textil (mandilones) para los padres de familia de los pacientes del INSN-SB.
280. El objeto del Servicio de Lavandería, que incluye al servicio de Ropería, es el siguiente:



281. Como se puede observar, el objeto del Servicio materia de controversia es prestar un servicio integral de higienizado de ropa y garantizar la disponibilidad **del material textil** necesario para el funcionamiento del INSN-SB.
282. El alcance del servicio de Ropería es el siguiente:



283. Como se puede apreciar, el servicio de Ropería está ligado a las especificaciones dispuestas por el INSN-SB. Asimismo, el Contrato no ha señalado que el alcance del servicio de Ropería comprenda sólo a pacientes y personal del INSN-SB, sino que señala **que se debe dotar de ropa y material textil al INSN-SB acorde a las especificaciones dispuestas por el propio INSN-SB**. Por lo tanto, al realizar una

²¹ Según definición de la RAE, "bramante" es "Hilo gordo o cordel muy delgado hecho de cáñamo"

²² Según definición de la RAE, "sanforizar" es "Tratar [las telas de hilo o de algodón] con un procedimiento industrial que evita el encogimiento al ser lavadas".

interpretación del objeto y el alcance del servicio de lavandería, que incluye el servicio de ropería, se puede observar que GEPEHO debe brindar al INSN-SB el servicio de dotación de ropa y material textil para garantizar el funcionamiento del INSN-SB acorde a las especificaciones dispuestas por el propio INSN-SB.

284. Por lo tanto, con respecto al extremo (2) de la presente controversia, este Tribunal considera correcto que el INSN-SB requiera a GEPEHO la dotación de mandilones de bramante sanforizado para los padres de familia de los pacientes (visitantes), toda vez que dichos mandilones **son material textil que el INSN-SB requiere para sus labores**, máxime si se considera que dicha ropa no solo está destinada a la protección del padre del paciente, sino que también está destinada a la protección del propio paciente.
285. Ahora bien, en cuanto al extremo de la controversia referido a (1) los EPP para visitantes del INSN-SB, GEPEHO sostiene que no debe brindar el servicio de ropería a los visitantes del INSN-SB en la medida que estos son EPP. Sin embargo, el Supervisor ha indicado, en el Informe N° 002/C&B/2018²³, que es deber de GEPEHO proveer al INSN-SB con EPP **en tanto sean de material textil**, tal y como se observa a continuación

Al respecto, la obligación de la SGP de la dotar y abastecer de ropa, no exceptúa a los EPP, **en tanto éstos sean de material textil**, dado que ambas categorías (material textil y EPP) no son excluyentes. Un ejemplo claro, es el uniforme del personal asistencial del centro quirúrgico o del personal que brinda atención al paciente aislado, el cual constituye una barrera de protección corporal ante los fluidos corporales del paciente, a pesar de ser un textil.

**El resaltado es del Tribunal*

286. El Tribunal coincide con lo indicado por el Supervisor, en cuanto es obligación de GEPEHO entregar los EPP a los padres de familia de los pacientes del INSN-SB, **siempre y cuando dichos EPP sean de material textil**, conforme al objeto y alcance del servicio de ropería.
287. Con respecto al extremo (3) del pedido de GEPEHO de declarar que los descartables para visitante del INSN-SB no resultan exigibles a GEPEHO, este Tribunal observa que GEPEHO no ha presentado medio probatorio alguno que demuestre que el INSN-SB le haya exigido en algún momento la dotación de descartables para los padres de los pacientes del INSN-SB, con lo cual, este extremo de la pretensión deviene en infundado por falta de prueba.
288. En síntesis, este Tribunal concluye que el servicio de Lavandería, que incluye el servicio de Ropería, obliga a GEPEHO a brindar al INSN-SB **toda ropa y material textil que este necesite para cumplir con su labor**, incluyendo los mandilones de bramante sanforizado a los padres de familia de los pacientes de las áreas de UCI's,

²³ Anexo de la Carta N°039-2018-PRONIS/CG, que es el Anexo

hospitalización, emergencia y Centro Quirúrgico (Recuperación), máxime si se considera que dichos mandilones no solo protegen a los familiares del paciente, sino también al paciente. Por lo tanto, este Tribunal debe desestimar el pedido de GEPEHO.

Sobre el pedido contenido en el numeral (ii) de la Décimo Sexta Pretensión Principal

289. Respecto al pedido de devolución del monto de S/ 29,790.94 más IGV e intereses que supuestamente habría deducido el Supervisor por el incumplimiento de la obligación de brindar el servicio de ropería para los padres de familia de los pacientes del INSN-SB. Esta pretensión es, por su naturaleza, accesoria, o complementaria al pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Sexta Pretensión, por lo que este Tribunal lo declara infundado en cuanto se ha desestimado la anterior.

RESPECTO A LA DÉCIMO TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (DÉCIMO SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

DÉCIMO SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral declare que el alcance del servicio de asistencia técnica de adquisición comprende única y exclusivamente la asistencia por parte de la SGP con relación a equipos considerados de reposición en conformidad con lo estipulado en el Contrato de Gerencia, ya sea por el fin de su vida útil o de aquellos que serán repuestos en virtud de nuevos avances tecnológicos, excluyendo de su alcance aquellos estudios de mercado tentativos o nuevas adquisiciones que no sean considerados como equipos de reposición.

Posición de GEPEHO

290. GEPEHO sostiene que el alcance del servicio de asistencia técnica de adquisición contenido en el Apartado N° 10 del Anexo 7, comprende únicamente a los equipos considerados de "reposición", es decir aquellos equipos que deban ser reemplazados por el fin de su vida útil o aquellos que deban ser repuestos en virtud de nuevos avances tecnológicos, excluyendo de su alcance aquellos estudios de mercado tentativos o nuevas adquisiciones que no sean considerados como equipo de reposición, conforme al numeral 13.2.7 del Contrato²⁴.
291. En la misma línea, la cláusula décimo quinta del Contrato establece de forma expresa que el MINSA está en la obligación de realizar la reposición de equipos y que "La SGP

²⁴ "Aprobar y gestionar **la adquisición de los Equipos por reposición** derivada del fin de su vida útil u otros indicadores técnicos que sustenten dicha reposición incluyendo la disponibilidad de los avances tecnológicos, **teniendo como apoyo la asistencia técnica que brinde la SGP a dicho proceso** el Informe técnico que elabore en coordinación con la Comisión Técnica de Adquisiciones de Equipos; así como, tramitar las autorizaciones necesarias para dichas adquisiciones se realicen oportunamente en cumplimiento de los acuerdos tomados por la Comisión Técnica de Adquisiciones de Equipos". Énfasis de GEPEHO.

brindará asistencia técnica al Contratante²⁵ respecto a la Reposición de Equipos”, es decir la SGP (GEPEHO) está en obligación de asistir a MINSA únicamente en la labor de adquisición de equipos considerados de “reposición”.

292. Asimismo, GEPEHO sostiene que el Literal F del Apartado N° 10 del Anexo 7 del Contrato, referido a las especificaciones técnicas particulares del servicio de Asistencia Técnica de Adquisición, establece que dicho servicio comprende únicamente el desarrollo de actividades de planificación, implementación y verificación para la oportuna y eficiente adquisición de equipos de reposición.
293. Sin embargo, el INSN-SB ha solicitado en diversas oportunidades a GEPEHO la realización de actividades que escapan al alcance del servicio como por ejemplo la elaboración de estudios de mercado únicamente tentativos, sin que efectivamente se vaya a llevar a cabo la adquisición, es decir, únicamente una cotización, así como la elaboración de dichos estudios y demás actividades para la adquisición de nuevos bienes para el INSN-SB que no son considerados bienes de reposición.

Posición de MINSA

294. Para MINSA, el Contrato señala que el Servicio de Asistencia Técnica de Adquisición es un servicio de colaboración técnica que GEPEHO brindará al INSN-SB en el proceso de adquisición de equipos. Es decir, el Contrato no hace diferenciación para los equipos de reposición, indicando únicamente que el servicio de GEPEHO alcanza a la asistencia de adquisición de equipos en general.
295. Así la cláusula 2.98 del Contrato establece que *“El servicio de Asistencia Técnica de Adquisición consiste en el servicio de colaboración técnica que la SGP brindará al INSN-SB para que este pueda efectuar de forma eficiente las tareas de planificación implementación y verificación del proceso de adquisición de equipos.”*
296. En la misma línea, para MINSA, el literal A del Apartado N° 10 del Anexo 7 del Contrato establece que el objeto del Servicio de Asistencia Técnica de Adquisición es que GEPEHO brinde la colaboración o asistencia técnica al INSN-SB durante el proceso de adquisición de equipos, sin distinción sobre si se trata de equipo de reposición o no.
297. Asimismo, el literal B del Apartado N° 10 del Anexo 7 del Contrato señala que *“La SGP deberá coordinar con el INSN-SB la colaboración técnica que esta puede requerir para la planificación, implementación y verificación del proceso de adquisición de los Equipos (...)”*
298. Para MINSA, una lectura integral de las cláusulas anteriormente citadas, referidas al objeto y al alcance del Servicio de Asistencia Técnica de Adquisición, demuestran que la prestación de dicho servicio incide en la colaboración y/o asistencia técnica en los

²⁵ Según la cláusula segunda del Contrato, que contiene las definiciones del Contrato, el contratante es la República del Perú, representado por el MINSA.

procesos de adquisición (planificación, implementación y verificación) de equipos, no limitándola y/o circunscribiéndola a la reposición de estos.

Posición del Tribunal

299. El inciso b) del apartado 10 del anexo 7 referido al alcance y ámbito de aplicación del servicio materia de controversia señala lo siguiente:

“La SGP deberá coordinar con el INSN-SB, la colaboración técnica que esta puede requerir para la planificación, implementación y verificación del proceso de adquisición de los Equipos.

300. Ahora bien, la cláusula 13.2.7 indica lo siguiente como obligación del MINSA:

*“Aprobar y gestionar la adquisición de los equipos **por reposición derivada del fin de su vida útil u otros indicadores técnicos que sustenten dicha reposición incluyendo la disponibilidad de avances tecnológicos, teniendo como apoyo la asistencia técnica que brinde la SGP a dicho proceso y el informe técnico que elabore en coordinación con la comisión técnica de adquisiciones de Equipos...**”* El resaltado es del Tribunal.

301. Conforme se observa de la cláusula 13.2.7, MINSA es el responsable de la adquisición de reposición de equipos del INSN-SB, **ya sea por el fin de su vida útil o por avance tecnológicos, disponiendo, para dicha actividad, de la asistencia técnica de GEPEHO**, es decir, los equipos que serán adquiridos por el MINSA, o quien haga sus veces, serán los equipos de reposición y todos los que deban ser reemplazados por avances tecnológicos, recibiendo asistencia técnica de GEPEHO para dicho fin.

302. Dicha cláusula guarda directa relación con la cláusula décimo quinta del Contrato de Gerencia referido a la renovación de equipos. Dicha cláusula señala lo siguiente:

*“El contratante estará a cargo y es responsable de la reposición de los equipos...La SGP **brindará asistencia técnica al Contratante respecto a la Reposición de Equipos...**La renovación de los Equipos deberá incluir cambios o avances tecnológicos que permitan brindar un mejor y más eficiente Servicio.* El resaltado es del Tribunal.

303. De dicha cláusula se puede extraer lo siguiente:

1. MINSA es el encargado de la reposición de los equipos.
2. GEPEHO asiste de forma técnica al contratante en su labor de reposición de equipos.
3. La renovación de los Equipos incluye el reemplazo de equipos debido a cambios o avances tecnológicos.

304. Por lo tanto, de una interpretación conjunta de las cláusulas pertinentes del Contrato, este Tribunal concluye que el servicio de asistencia técnica de adquisición que debe

brindar GEPEHO sólo alcanza a los equipos de reposición que por su vida útil deban ser reemplazados y todos aquellos equipos que, por avances tecnológicos, deban ser reemplazados, quedando exceptuados todos los otros equipos que no reúnan dichas características, debiéndose declarar fundada esta pretensión de GEPEHO.

RESPECTO A LA DÉCIMO CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (DÉCIMO OCTAVA PRETENSÓN PRINCIPAL):

DÉCIMO OCTAVA PRETENSÓN PRINCIPAL.- Que el Tribunal Arbitral declare que:

- (i) La SGP no está obligada a realizar la limpieza de la Unidad Paciente;
- (ii) La SGP no está obligada a proveer de insumos para la limpieza de la Unidad Paciente tales como a) armonio cuaternario de 5ta generación; b) paños de limpieza;
- (iii) La dotación de insumos a cargo del Servicio de Limpieza incluye únicamente los establecidos en el Anexo N° 07 del Contrato de Gerencia y no otros requeridos por el INSN-SB, PRONIS y/o el MINSAs; y en consecuencia, declare que la SGP no está obligada a proveer los siguientes insumos: i) clorhexidina 2%; ii) clorhexidina 4%; iii) papel toalla interfoliado.
- (iv) Como consecuencia de lo anterior, se ordene al MINSAs y/o PRONIS que cumpla con la devolución de los gastos incurridos por la SGP en la dotación de insumos de limpieza de la Unidad Paciente por la suma de S/581,585.69 más IGV, así como insumos de limpieza no establecidos en el Contrato de Gerencia: clorhexidina 2%, clorhexidina 4%, papel toalla interfoliado, armonio cuaternario de 5ta generación y paños de limpieza por la suma de S/631,606.26 más IGV; gastos que ascienden en total a la suma de S/1,213,191.95, más IGV de S/218,374.55, dando como resultado S/1,431,566.50.

Posición de GEPEHO

Esta pretensión de GEPEHO contiene dos controversias:

Primera controversia

305. GEPEHO señala que a la fecha existe divergencia entre las partes con respecto a la obligación de brindar el servicio de limpieza de la "Unidad Paciente" y la dotación de los insumos necesarios para realizar dicho servicio. Según la Resolución Ministerial N° 372-2011/MINSAs de fecha 16 de mayo de 2011, y vigente a la fecha, la Unidad Paciente está definida de la siguiente manera:

13. Unidad del paciente: Se considera unidad del paciente al conjunto formado por el espacio de la habitación, el mobiliario y el material que utiliza el paciente durante su estancia en un establecimiento de salud. En una unidad de hospitalización habrá tantas unidades de paciente como número de camas. La limpieza de la "unidad de paciente", estará a cargo de un Técnico de Enfermería.

14. Zona de limpieza del ambiente: Para esta guía la zona de limpieza del ambiente está compuesta de pisos, paredes, zócalos, ventanas, techos, persianas, lavaderos, puertas, servicios higiénicos. La limpieza de la "unidad de limpieza", estará a cargo del personal de limpieza.

306. GEPEHO señala que para la limpieza de la Unidad Paciente es necesario contar con los siguientes insumos: Amonio Cuaternario de 5ta. Generación, PH Neutro y paños de limpieza. GEPEHO sostiene que, de acuerdo al Contrato, no es obligación suya la limpieza de la Unidad Paciente ni proveer los insumos de Amonio Cuaternario de 5ta. Generación, PH Neutro y paños de limpieza, necesarios para dicho servicio de limpieza. A pesar de ello, el Supervisor obliga a GEPEHO a realizar el servicio de limpieza de la Unidad Paciente y la adquisición de los insumos necesarios para dicho servicio, es decir, la adquisición de Amonio Cuaternario de 5ta. Generación, PH Neutro y paños de limpieza.
307. GEPEHO sostiene que en el literal C del Anexo 9 de los TdR del Contrato se puede observar que, para el servicio de limpieza no se estableció que GEPEHO iba a encargarse de la limpieza de las Unidad Paciente. Por otro lado, de acuerdo con el numeral 3 del literal F del Anexo 7 referido a "Especificaciones técnicas particulares del Servicio" del Contrato, se estableció una rutina básica de limpieza a cargo de GEPEHO, de la cual no forma parte la limpieza de la Unidad Paciente.
308. Asimismo, GEPEHO señala que la Resolución Ministerial N°372-2011/MINSA de fecha 16 de mayo de 2011, establece expresamente que la limpieza de la Unidad Paciente debe ser realizada por el personal técnico en enfermería, por lo que, considerando que no se incluyó en ninguna parte de la Oferta Técnica que GEPEHO provea personal de dichas características (Enfermeros Técnicos) al INSN-SB, GEPEHO no podría estar obligada a cumplir con la Limpieza de la Unidad Paciente, puesto que no cuenta con el personal especializado para ello.
309. Según GEPEHO, la presencia de un técnico en enfermería para la limpieza de la Unidad Paciente es de especial relevancia, puesto que dicha limpieza no puede ser efectuada por personal de limpieza común, por el riesgo de contagio de enfermedades, en tal sentido, la limpieza de la Unidad Paciente no se encuentra dentro de los alcances del Servicio de Limpieza y Bioseguridad que debe brindar GEPEHO. Por lo tanto, GEPEHO tampoco está en la obligación de proveer los insumos necesarios para realizar la limpieza de dicha Unidad Paciente.
310. A pesar de que para GEPEHO es claro que la limpieza de Unidad Paciente y la adquisición de insumos para realizar dicho servicio, no forman parte de los servicios de Limpieza y Bioseguridad que, conforme al Contrato, son obligación de GEPEHO, el

Supervisor ha venido obligando a GEPEHO a realizar dichas actividades junto con la adquisición de los insumos correspondientes, lo que ha generado un gasto a GEPEHO por el monto de S/ 581,585.69 más IGV, que GEPEHO pide le sea devuelto. GEPEHO adjunta como medio probatorio las facturas que acreditan dichos gastos.

Segunda Controversia

311. GEPEHO señala que, conforme al Contrato, está obligada a dotar de insumos de aseo común al INSN-SB. Dicha obligación está regulada expresamente en el literal D (“Recursos Materiales”) del Apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato referido al Servicio de Limpieza y Bioseguridad en los siguientes términos:

• Material de aseo: toallas de papel, papel higiénico, jabón líquido, alcohol gel y sus correspondientes dispensadores, bolsas de basura para todas las dependencias del INSN-SB, etc. Además la SGP deberá proporcionar e instalar un sistema desodorizador en los servicios higiénicos públicos y contenedores higiénicos.

312. Según GEPEHO, el contrato estipula que es obligación de GEPEHO dotar al INSN-SB con: (i) toallas de papel; (ii) papel higiénico; (iii) jabón líquido, (iv) alcohol gel y sus correspondientes dispensadores, (v) bolsas de basura y (vi) sistemas de desodorización. Sin embargo, a la fecha el Supervisor ha venido obligando a GEPEHO a incluir dentro de dicho servicio la dotación de: (i) Jabón líquido Clorhexidina 2%; (ii) Jabón Líquido Clorhexidina 4% y Papel Interfoliado, insumos especiales que son usados para el lavado de manos clínico y quirúrgico y que son muy distintos a los jabones líquidos y papeles toalla comunes que GEPEHO tiene la obligación de proveer.
313. El Supervisor, mediante el Informe N° 2018/C&B/018, señala que estos jabones especiales son necesarios para realizar los tres tipos de lavado de manos que se ejecutan en el INSN-SB, conforme al siguiente detalle:

- El lavado de mano social es el lavado de manos de rutina, realizado por la población general usando agua y jabón común, y que tiene una duración no menor de 20 segundos, su práctica permite remover un 80% la flora transitoria, y permite la remoción mecánica de suciedad.²
- El lavado clínico, es aquel que se realiza antes y después de la atención de cada paciente³. Asimismo, los cinco momentos para el lavado de manos son: (1) Antes del contacto con el paciente; (2) Antes de un procedimiento limpio. Aséptico (3) Después del riesgo de exposición a fluidos corporales; (4) Después del contacto con el paciente; (5) Después del contacto con el entorno del paciente⁴.
- El lavado de mano quirúrgico se define como un frote enérgico de todas las superficies de las manos hasta los codos con una solución antimicrobiana, seguida de enjuague al chorro de agua. Busca eliminar, la flora transitoria y disminuir la concentración de bacterias de la flora residente. Se realiza antes de un procedimiento que involucra manipular material estéril que penetre en los tejidos, sistema vascular y cavidades normalmente estériles.⁵

314. Para el supervisor, GEPEHO está en la obligación de proveer los insumos para estos tres tipos de lavado de manos, puesto que son de aseo común. Sin embargo, GEPEHO precisa que el Supervisor no ha tenido en cuenta que tanto el lavado de manos clínico y el lavado de manos quirúrgico no son de aseo común. Esta diferenciación es importante, puesto que mientras que el lavado de manos social requiere insumos de aseo común, el lavado de manos clínico y quirúrgico requiere insumos que no son de aseo común (Jabón líquido Clorhexidina 2%, jabón Líquido Clorhexidina 4% y Papel Interfoliado), sino que son insumos quirúrgicos. Por lo tanto, GEPEHO sostiene que deben ser brindados por el propio INSN-SB.
315. Así el numeral 7.6 del Contrato señala que “...el INSN-SB será responsable de proveer todos los insumos y materiales que tengan relación directa con la atención clínico quirúrgica del paciente. Esto incluye de manera enunciativa y no limitativa, medicamentos, materiales e insumos médicos y quirúrgicos”.
316. Asimismo, GEPEHO sostiene que, conforme se puede observar de su oferta técnica, GEPEHO ofertó únicamente materiales de aseo común, en el caso del papel toalla y jabón líquido para el servicio de lavado de manos social, más no los insumos para el lavado de manos clínico y quirúrgico.
317. A pesar de lo expuesto, GEPEHO señala que ha suministrado al INSN-SB de Clorhexidina 2%, Clorhexidina 4% y papel interfoliado por un monto total de S/ 631,606.26 soles, a pesar de que no se encontraba en la obligación de hacerlo. Es por ello que solicita que el Tribunal ordene al MINSA devolver a GEPEHO dicho monto. GEPEHO adjunta como medio probatorio las facturas que acreditan dichos gastos.

Posición de MINSA

Primera Controversia

318. MINSAs sostiene que GEPEHO sí está en la obligación de realizar la Limpieza de la Unidad Paciente, y que, por ende, está en la obligación de suministrar los insumos necesarios para cumplir con dicho servicio.
319. Así el literal A del apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato señala que es objeto del Servicio de Limpieza y Bioseguridad ***“la gestión integral de la limpieza ambiental, desinfección y la bioseguridad en todas las instalaciones, espacios, equipamiento y mobiliario del INSN-SB, mediante su conservación en perfecto estado en términos de higiene y estética”***. El subrayado es de MINSAs.
320. Asimismo, el literal B del apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato, referido al Servicio de Limpieza y Bioseguridad, señala que GEPEHO debe realizar las labores de limpieza, desinfección y bioseguridad sobre el Equipamiento y el Mobiliario del INSN-SB, cumpliendo como mínimo lo señalado por la “Guía Técnica de Procedimientos de Limpieza y Desinfección de ambientes en los Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo”, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 372-2011/MINSAs.
321. Además, el inciso a) del literal F del apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato, referido al Servicio de Limpieza y Bioseguridad, establece que, dentro de la limpieza programada, que es obligación de GEPEHO, esta debe realizar una limpieza diaria y concurrente de las habitaciones de pacientes, cambio de sábanas y colchas, incluyendo mesillas, camas, armarios, butacas, televisores, protectora pared, toma de gases, lámparas, etc.
322. Respecto al argumento de GEPEHO sobre que no cuenta con profesionales técnicos para realizar la labor de Limpieza de la Unidad Paciente, MINSAs sostiene que, conforme al Literal E del Apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato, GEPEHO está en la obligación de proveer el número de personal necesario conforme a los requerimientos del Contrato. En la misma línea, MINSAs señala que según el literal b) de la cláusula 19.1 del Contrato, referida a la obligación de contratación del personal, GEPEHO está en la obligación de proporcionar ***“A personal calificado según sea necesario para la ejecución adecuada y oportuna de los Servicios”***.
323. En cuanto a los insumos necesarios para realizar la limpieza de la Unidad Paciente, es decir el Amonio Cuaternario de 5ta. Generación, PH neutro y los palos de limpieza, MINSAs sostiene que, según el literal D del Apartado 3 del Anexo N° 7 referido al Servicio de Limpieza y Bioseguridad, GEPEHO está en la obligación de proveer los productos necesarios para realizar su labor de Limpieza y Bioseguridad.

Segunda Controversia.

324. MINSAs sostiene que es obligación de GEPEHO proveer al INSN-SB de jabón líquido Clorhexidina 2%, jabón líquido Clorhexidina 4% y Papel Interfoliado en el marco de lo estipulado en el Contrato y debe seguir suministrándolo. Caso contrario incurriría en un incumplimiento contractual. Así, según MINSAs, es pertinente observar lo dispuesto en el

tercer y cuarto párrafos del Literal B del Apartado 3 del Anexo N°7 del Contrato que establecen lo siguiente:

La SGP será responsable asimismo de:

(...)

- Colocará el auto dispensador de papel toalla blanco, jabón líquido antiséptico, alcohol gel, papel higiénico en los servicios higiénicos y en los servicios y áreas que defina el comité de prevención de infecciones intrahospitalarias.”

Asimismo, MINSA señala que es pertinente lo establecido en el segundo párrafo del mismo literal D del Apartado 3 del Anexo 7 del Contrato, donde se puede observar lo siguiente:

“(...)

La SGP deberá proporcionar todo el equipamiento, dispositivos, material e insumos necesarios para la prestación del servicio. Entre otros, la SGP deberá proporcionar:

(...)

- Material de aseo: Toallas, papel higiénico, jabón líquido, alcohol gel y sus correspondientes dispensadores, bolsas de basura para todas las dependencias del INSNSB, etc.

(...).”

325. Según MINSA, estas obligaciones se condicen con lo establecido en el primer párrafo del literal D. del Apartado 3 del Anexo 7 del Contrato, que regula los recursos materiales que debe brindar GEPEHO para cumplir con el servicio de Limpieza y Bioseguridad. En dicho literal D, se establece que es obligación de GEPEHO “...la obtención, almacenamiento seguro y uso de los productos requeridos para el desarrollo del servicio de limpieza y bioseguridad, así como de todos los costes en que se incurra para su obtención y conservación.”.
326. Para cumplir dicha labor, GEPEHO deberá tener en cuenta que los productos a emplear, así como su grado de dilución en función de la criticidad de las zonas de aplicación, deben contar con la aprobación del INSN-SB, haciendo especial énfasis en los desinfectantes, indicando respecto a estos que GEPEHO “deberá regirse por las indicaciones que determinan las normas legales, reglamentarias y técnicas vigentes a nivel local, regional y nacional durante el periodo de contrato.”
327. Así, la Resolución Ministerial N° 372-2011/MINSA establece la utilización del jabón líquido Clorhexidina 2% y Jabón Líquido Clorhexidina 4% como desinfectante en los ambientes hospitalarios como la Unidad de Paciente. Asimismo, la “Coordinación Técnica de Epidemiología”, que hace las veces del “Comité de Prevención de Infecciones Intrahospitalarias”, aprobó la dotación de dichos insumos en el Plan Operativo Anual-POA del Servicio de Limpieza y Bioseguridad.

328. Habiéndose desestimado los pedidos de GEPEHO, MINSA concluye que no corresponde que el Tribunal ordene el pago que GEPEHO exige como devolución por los gastos en que habría incurrido para la obtención de dichos insumos.

Posición del Tribunal

Las dos controversias que debe analizar el Tribunal son:

1. **La Limpieza de la Unidad Paciente:** Determinar a quién le corresponde la Limpieza de la Unidad Paciente y la obligación de brindar los insumos necesarios para realizar dicha Limpieza: Amonio Cuaternario, PH neutro y paños de limpieza.
2. **La dotación de Insumos relacionados al Aseo del INSN-SB:** Determinar a quién le corresponde la obligación de dotar al INSN-SB con y jabón líquido Clorhexidina 2%, jabón líquido Clorhexidina 4% y papel toalla Interfoliado.

Respecto a la Primera Controversia

329. Al respecto, se deben responder a las siguientes dos preguntas (i) ¿Es obligación de GEPEHO brindar el servicio de Limpieza de la Unidad Paciente? y (ii) ¿Le corresponde a GEPEHO proveer los insumos necesarios para la limpieza de la Unidad Paciente? ¿Debe proveer GEPEHO el personal especializado para hacerlo? El Tribunal pasa a responder estas interrogantes.

¿Es obligación de GEPEHO brindar el servicio de Limpieza de la Unidad Paciente?

330. Al respecto, este Tribunal considera oportuno tener presente cuál es el concepto de Unidad Paciente. Así, GEPEHO ha mencionado correctamente que dicho concepto se ubica en la “*Guía Técnica de Procedimientos de Limpieza y Desinfección de Ambientes en los Establecimientos de Salud y Servicios Medios de Apoyo*” aprobado por Resolución Ministerial N° 372-2011/MINSA, donde se puede observar que la Unidad Paciente es:

13.Unidad del paciente: Se considera unidad del paciente al conjunto formado por el espacio de la habitación, el mobiliario y el material que utiliza el paciente durante su estancia en un establecimiento de salud. En una unidad de hospitalización habrá tantas unidades de paciente como número de camas. La limpieza de la “unidad de paciente”, estará a cargo de un Técnico de Enfermería.

Se puede observar entonces que la Unidad Paciente del INSN-SB es:

1. La habitación que utiliza el paciente durante su estancia en el INSN-SB.
2. El mobiliario que utiliza el paciente durante su estancia en el INSN-SB.
3. El material que utiliza el paciente durante su estancia en el INSN-SB.

331. Por lo tanto, el servicio de Limpieza de la Unidad Paciente comprende la limpieza de estos tres elementos.
332. **Respecto de la limpieza de habitación del paciente**, este Tribunal considera pertinente observar lo dispuesto en las Especificaciones Técnicas particulares del servicio de Limpieza y Bioseguridad contenido en el literal F. del Apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato, GEPEHO está en la obligación de realizar una *limpieza programada*, regulada en el inciso a) de dicho literal F. del Apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato. Como parte de dicha obligación de *limpieza programada*, GEPEHO está en la obligación de realizar una limpieza diaria de las habitaciones de pacientes, conforme se aprecia a continuación:

limpieza básica o de rutina deberá tener la siguiente periodicidad:

- Diaria:

- Diariamente, y en el turno de mañana, se realizará la limpieza concurrente de habitaciones de pacientes, cambio de sábanas y colchas, incluyendo mesillas, camas, armarios, butacas, televisores, protectores pared, tomas de gases, lámparas, etc., además de suelos, superficies, puertas, con muy especial atención a los tiradores de éstas; mamparas acristaladas de separación; salidas de aire acondicionado y similares; cuartos de baño, complementos, cortinas de ducha y/o mamparas, vestíbulo, escaleras, ascensores, terrazas, etc.

333. **Respecto a la limpieza del Mobiliario y el material que utiliza el paciente durante su estancia en el INSN-SB**, el Alcance y Ámbito de aplicación del Servicio de Limpieza y Bioseguridad contenido en el literal B. del Apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato, señala que **GEPEHO está en la obligación de realizar las labores de limpieza y desinfección y bioseguridad sobre el mobiliario del INSN-SB.**
334. Esta obligación de GEPEHO se condice con lo ofrecido por la propia GEPEHO en su Propuesta Técnica, específicamente en el numeral II.1.5.2.3.1 (reverso del folio 000350), donde GEPEHO se comprometió a realizar el Servicio de Limpieza y Bioseguridad sobre el mobiliario del INSN-SB de la siguiente manera:

“**MOBILIARIO**

Todo el mobiliario y sus accesorios se limpiarán cuidadosamente, prestando atención a aquel que esté en contacto con el enfermo...”. El énfasis es del Tribunal.

335. De la interpretación conjunta de estas cláusulas contractuales se puede apreciar que la limpieza de la habitación de los pacientes y la limpieza de todo el mobiliario del INSN-SB, en especial, el que ha tenido contacto con el enfermo, son obligación de GEPEHO. Por lo que considerando que la Unidad Paciente se compone de la habitación donde está el paciente y del mobiliario con el que tiene contacto el paciente, se concluye que GEPEHO está en la obligación de brindar el servicio de limpieza de la Unidad Paciente, pues justamente la Unidad Paciente está compuesta de la habitación del Paciente y del mobiliario que tiene contacto el paciente.
336. Ahora bien, GEPEHO ha señalado que lo que ofertó no fue la limpieza de la Unidad Paciente, sino la limpieza post alta, ofreciendo una pericia para demostrar dicho fundamento. En dicha Pericia, el doctor en ciencias de la salud Walter Gómez Gonzales indica que GEPEHO nunca ofertó la limpieza de Unidad Paciente, solo la limpieza post-alta, como se observa a continuación.

tenido contacto con el paciente, lo que se ha ofertado es la limpieza de mobiliario que ha estado en contacto con el paciente post alta de paciente, por lo que realizar la limpieza y desinfección de este tipo de mobiliario con personal de limpieza capacitado no conlleva a un incumplimiento de la RM N°372-2011/MINSA (1), asimismo remarcar lo que dice la norma en forma literal en el inciso 13 (La limpieza de la "unidad del paciente" estará a cargo de un Técnico de Enfermería)

337. Esta conclusión fue contradicha por el Informe N°000090-2019-EPI-UTI-INSN-SB realizado por el doctor Carlos Francisco Santillán Salas con fecha 31 de julio de 2019, y que fue adjuntado por MINSA como medio probatorio de la contestación de demanda. Dicho Informe señala lo siguiente:

Como puede apreciarse, tanto el cambio de las sábanas y colchitas, como la limpieza adecuada de las camas y mesillas (todos estos mobiliarios forman parte de la unidad del paciente) se debe realizar de forma diaria, por lo que indefectiblemente se tendría que limpiar la unidad del paciente, debido a que es de público conocimiento que las camas de cualquier hospital se habilitan para el ingreso de pacientes a cualquier hora durante el transcurso del día y, por consiguiente, si se realizan actividades programadas de limpieza de mobiliario (como camas y mesillas, así como cambio de sábanas y colchitas) en un horario de mañana, este tipo de mobiliario debe ser limpiado ya sea que tenga o no ocupación con pacientes durante el horario programado, por lo que es imposible hablar de una limpieza y desinfección diaria y entenderla únicamente como "post alta".

Adicionalmente a lo ya mencionado, la limpieza post alta a la que hace mención está consignada dentro del anexo 7 como limpieza concreta, por lo que la limpieza post alta es solo una de sus obligaciones, sin perjuicio de los otros tipos de limpieza especificados en dicho Anexo.

- *"Se considerará limpieza concreta: La que debe realizarse en las habitaciones tras el alta de los pacientes, su traslado o fallecimiento."*

*El resaltado es del Tribunal

338. Este Tribunal coincide con lo indicado del Informe N°000090-2019-EPI-UTI-INSN-SB presentado por MINSA, en cuanto la limpieza de la Unidad Paciente post-alta -es decir, la limpieza concreta que debe realizar GEPEHO una vez se ha dado alta al paciente- es solo uno de los servicios que debe proveer GEPEHO, además de la obligación diaria de realizar una limpieza de la habitación del paciente, tal como se puede observar del inciso b) del Literal F. del Apartado 3 del Anexo N° 7 del Contrato. En dicho inciso, se aprecia que, además de la limpieza programada (inciso a) del mismo apartado del Contrato) a la que se hizo referencia en el numerales anteriores, GEPEHO tiene la obligación de realizar una limpieza *concreta o correctiva*, de la que forma parte, la limpieza de las habitaciones del paciente "*tras el alta de los pacientes, su traslado o fallecimiento*"²⁶. Por lo que desestima entonces el fundamento de GEPEHO.
339. Por último, con respecto a lo indicado por GEPEHO en el sentido que no estaría en la obligación de realizar la limpieza de la Unidad Paciente, pues según la Resolución Ministerial N°372-2011/MINSA la limpieza de la Unidad Paciente debe ser realizada por el personal técnico en enfermería,; considerando que no se incluyó en ninguna parte de la Oferta Técnica que GEPEHO provea personal de dichas características (Enfermeros Técnicos), GEPEHO no podría estar obligada a cumplir con la Limpieza de la Unidad Paciente, puesto que no cuenta con el personal especializado.
340. El Tribunal puede observar que ambas partes coinciden en que la limpieza de la Unidad Paciente solo puede ser realizada por un Técnico en Enfermería conforme lo establece la Resolución Ministerial N°372-2011/MINSA. Sin embargo, a criterio del Tribunal, este hecho no exonera a GEPEHO de su obligación de realizar la limpieza de la Unidad Paciente por los siguientes motivos:

²⁶ Página 523 del Contrato.

341. Conforme se aprecia del segundo punto de la cláusula 13.1.2 del Contrato, referido a los recursos humanos que son obligación de GEPEHO, es justamente una obligación de GEPEHO “*Contratar a personal idóneo y debidamente capacitado para la adecuada prestación de los Servicios. El personal deberá disponer de la titulación necesaria para desempeñar su puesto de trabajo en óptimas condiciones*”
342. Está obligación se condice con lo establecido en la cláusula décimo novena referida a los Trabajadores. Así la cláusula 19.1 señala como obligaciones generales lo siguiente:

La SGP y cualquier Subcontratista proporcionarán y contratarán en relación con la ejecución de los Servicios únicamente:

- a) Al personal técnico que esté calificado y tenga experiencia en su respectiva área de trabajo y profesión, así como, aquellos que sean competentes para brindar la supervisión adecuada del trabajo. La SGP será responsable de solucionar cualquier problema de comunicación que pueda surgir; y
- b) A personal calificado según sea necesario para la ejecución adecuada y oportuna de los Servicios.

343. Este Tribunal también considera pertinente observar lo establecido en el numeral 13.1.9 referido a las obligaciones de GEPEHO en cuanto al cumplimiento de la Normativa. Dicha cláusula señala que es obligación de GEPEHO “*Cumplir de forma inexcusable con toda la normativa, actual o futura, en materia general o específica, **de los Servicios***”²⁷. Esta cláusula cobra especial relevancia en cuanto la necesidad de contar con un técnico en enfermería para realizar el servicio de limpieza de la Unidad Paciente está establecida mediante normativa especial, concretamente en la “*Guía Técnica de Procedimientos de Limpieza y Desinfección de ambientes en los Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo*”, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 372-2011/MINSA.
344. Entonces, este Tribunal concluye que el hecho de que GEPEHO no haya ofertado, de manera expresa, técnicos en enfermería como parte de su personal para cumplir con el servicio de Limpieza contenido en el Contrato, no la exime de su obligación de realizar la limpieza de la Unidad Paciente, sino todo lo contrario, puesto que, si es obligación de GEPEHO cumplir con la normativa referida a los servicios que brinda al INSN-SB, y la limpieza de la Unidad Paciente es parte de dichos servicios, GEPEHO está en la obligación de cumplir toda la normativa referida a dicho servicio, y en consecuencia contar con el personal técnico y calificado para cumplir con el servicio de Limpieza de los establecimientos de salud, conforme a la normativa señalada en el numeral anterior del presente Laudo.

²⁷ Énfasis del Tribunal

345. Por todo lo expuesto, este Tribunal concluye que es obligación de GEPEHO brindar el servicio de Limpieza de la Unidad Paciente. Por lo tanto, este extremo del pedido de GEPEHO es infundado.

¿Le corresponde a GEPEHO proveer los insumos necesarios para la limpieza de la Unidad Paciente?

346. Ahora bien, con respecto a este extremo de la controversia, el Tribunal puede observar que GEPEHO lo ha planteado de forma accesoria, es decir, si el Tribunal declara que es obligación de GEPEHO realizar la limpieza de la Unidad paciente, en consecuencia, también se debe declarar que GEPEHO está en la obligación de brindar los insumos necesarios para realizar dicho servicio. Es por ello que, considerando que este Tribunal ha concluido que sí es obligación de GEPEHO brindar el servicio de limpieza de la Unidad Paciente, este extremo de la pretensión de GEPEHO debe ser declarado infundado, por lo que se concluye que GEPEHO sí debe proveer los insumos necesarios para la limpieza de la Unidad Paciente.

Respecto a la Segunda Controversia

347. La segunda controversia está relacionada a si GEPEHO tiene el deber de dotar al INSN-SB con jabón líquido Clorhexidina 2%, jabón líquido Clorhexidina 4% y papel toalla Interfoliado como parte de su servicio de dotación de insumos relacionados al Aseo. Mientras que, para GEPEHO el servicio de dotación de insumos para aseo solo incluye jabón líquido común y papel toalla común, para MINSA el servicio de dotación de insumos incluye la dotación de jabón líquido Clorhexidina 2%, jabón líquido Clorhexidina 4% y papel toalla Interfoliado.
348. Al respecto el Tribunal considera pertinente revisar lo dispuesto en la cláusula 7.6 del Contrato referido a los aspectos esenciales del proyecto. La cláusula 7.6 del Contrato indica lo siguiente:

la salud (médicos, enfermeros, técnicos, entre otros). Asimismo, el INSN-SB será el responsable de proveer todos los insumos y materiales que tengan relación directa con la atención clínico quirúrgica del paciente. Esto incluye, de manera enunciativa y no limitativa, medicamentos, materiales e insumos médicos y quirúrgicos.

349. GEPEHO sostiene que el jabón líquido Clorhexidina 2%, jabón líquido Clorhexidina 4% y papel toalla Interfoliado son insumos necesarios para la atención clínico-quirúrgica, puesto que conforme su nombre lo indica, son necesarios para el lavado de manos clínico quirúrgico. Por lo que, considerando que la atención clínico quirúrgica es parte del servicio asistencial del INSN-SB, es el propio INSN-SB quien debe procurarse el jabón líquido Clorhexidina 2%, jabón líquido Clorhexidina 4% y papel toalla Interfoliado conforme a la cláusula 7.6 del Contrato.

350. Al respecto, el Supervisor ha indicado en el Informe N°2018/C&B/018 que los jabones materia de controversia no solo se usan para el servicio clínico y quirúrgico, sino que también se usan en otras áreas del hospital, conformes se ve a continuación:

La SGP considera que los insumos detallados en el numeral 3.3 del presente informe, son usados en la atención clínico-quirúrgica del paciente, por lo cual, la dotación de los mismos no estaría dentro de su alcance según lo establecido en el Contrato de Gerencia¹. Al respecto, esta Supervisión debe mencionar que si bien, dichos insumos pueden ser utilizados para la atención clínico-quirúrgica, en el INSNSB, los insumos dotados por la SGP son utilizados para la higiene de manos, tal como lo establecido el Protocolo de abastecimiento de insumos de limpieza aprobado en el POA 2017 del Servicio de Limpieza y Bioseguridad.

Así, dado que el INSNSB, es un instituto de alta complejidad donde existen áreas asistenciales como hospitalización en las que el lavado de mano es del tipo clínico, y áreas quirúrgicas donde el lavado de manos es de tipo quirúrgico; es de vital importancia dotar los insumos adecuados para el lavado de manos según las actividades.

Por lo expuesto, si le competiría a la SGP dotar de los insumos mencionados con sus respectivos dispensadores, ya que el Contrato de Gerencia lo estipula, sin hacer algún tipo de distinción entre los componentes activos y sus concentraciones. Además, estos insumos son utilizados para la higiene de manos en las Unidades de Centro quirúrgico, UCIs, Unidad de Trasplante, Emergencia y otros.

Del mismo modo, respecto al insumo (papel toalla interfollado), el Contrato de Gerencia no limita las especificaciones de papel toalla que deberá dotar la SGP, razón por la cual estaría dentro de su alcance entregar este insumo.

351. A criterio del Tribunal, estas aseveraciones del Supervisor no hacen sino confirmar lo indicado a GEPEHO en cuanto el jabón líquido Clorhexidina 2%, jabón líquido Clorhexidina 4%, **no son jabones comunes**, sino que son jabones que se encuentran en zonas muy específicas del INSN-SB (UCI, Unidad de Trasplante, etc.) y que tiene relación directa con el servicio clínico quirúrgico que brinda el INSN-SB. Asimismo, la “Guía Técnica de Procedimientos de Limpieza y Desinfección de ambientes en los Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo” (que la propia MINSA cita en la página 80 de su escrito de Contestación de Demanda) indica como función del jabón líquido Clorhexidina 2%, jabón líquido Clorhexidina 4% el siguiente:

3.8 Clorhexidina (2 y 4%)

Uso:

- Lavado de manos en preparación preoperatoria.

Ventajas:

- Efecto residual
- Aceptación de los usuarios

352. Se puede ver claramente entonces que los jabones materia de controversia no son jabones comunes, sino que son usados en zonas específicas del INSN-SB y que no se usan para cualquier tipo de lavado, sino para el lavado de manos en preparación preoperatoria.
353. Para resolver la presente cuestión controvertida este Tribunal considera adecuado analizar el material probatorio adjuntado por GEPEHO a su Décimo Sexta Pretensión Principal (Servicio de lavandería – entrega de mandilones a los padres de familia de los pacientes del INSN-SB), por lo siguiente.
354. El Tribunal observa lo indicado por el Supervisor en el Informe N° 002/C&B/2018, que es Anexo de la Carta N°039-2018-PRONIS/CG (Anexo O.6 del escrito de Demanda), y que adjuntó GEPEHO como medio probatorio de su décimo sexta pretensión. En dicho Informe, el Supervisor le indicó a GEPEHO que no puede rehusarse a brindar el servicio de Ropería amparándose **en la cláusula 7.6 del Contrato** (cuya interpretación es esencial para resolver la presente controversia), en tanto los mandilones para los padres de familia de los pacientes del INSN-SB no forman parte de los insumos necesarios para el servicio clínico quirúrgico que brinda el INSN-SB, conforme al Anexo N° 01 de la Norma Técnica de los Servicios de cuidados intensivos e intermedios NT N°031-MINSA/DGSP-V.01 (Lista de materiales fungibles para cuidados críticos) y conforme al Anexo N°06 de la Norma Técnica de Salud de los Servicios de Emergencia NTS N°042-MINSA/DGSP V.01 (Listado de material Fungible), conforme se muestra a continuación:

La SGP refiere que los mandilones para padres de familia son insumos y/o materiales directamente asociadas a la atención clínico-quirúrgica del paciente, de los cuales debe hacerse cargo el propio INSN-SB, según la cláusula 7.6 del Contrato de Gerencia.

Al respecto, en el Anexo N°01 de la Norma técnica de los Servicios de cuidados intensivos e intermedios (NT N°031-MINSA/DGSP-V.01), se muestra la **Lista de materiales fungibles para cuidados críticos** y en el Anexo N°06 de la Norma Técnica de Salud de los Servicios de emergencia (NTS N°042-MINSA/DGSP V.01) se detalla el **Listado de material fungible**.

De la revisión de los citados dispositivos normativos, se tiene que dentro de los listados en los que se detalla el material o insumo médico o clínico para la atención clínico-quirúrgica del paciente, no se incluye el material textil.

355. Se puede ver entonces que, a fin de determinar si los mandilones para padres de familia estaban o no dentro de los insumos que el propio INSN-SB debe adquirir por su cuenta conforme a la cláusula 7.6 del Contrato, **el Supervisor tuvo en cuenta los Anexos de las Normas Técnicas NT N°031-MINSA/DGSP-V.01 y NTS N°042-MINSA/DGSP V.01.** Dichas Normas Técnicas **contienen los insumos que son materia de la presente controversia, es decir el jabón líquido Clorhexidina 2%, jabón líquido Clorhexidina 4%, conforme se aprecia a continuación:**

- Anexo N° 01 de la Norma Técnica de los Servicios de cuidados intensivos e intermedios NT N°031-MINSA/DGSP-V.01:

ANEXO 1: LISTADO DE MATERIAL FUNGIBLE PARA CUIDADOS CRÍTICOS							
ITEMS	PRODUCTO	CLASIFICACIÓN					
		HOSP. II-2		HOSP. III-1		HOSP. III-2	
		UCI	UCI	UCIN	UCI PED	UCI	UCIN

	CATETER ENDOVENOSO CENTRAL ANTIBACTERIANO TRIPLE LUMEN		X			X	
	CLORHEXIDINA ESPUMA CON DISPENSADOR AL 2% CIRCUITO CERRADO	X	X	X	X	X	X
	CLORHEXIDINA ESPUMA CON DISPENSADOR AL 4% CIRCUITO CERRADO	X	X	X	X	X	X

- Anexo N°06 de la Norma Técnica de Salud de los Servicios de Emergencia NTS N°042-MINSA/DGSP V.01

LISTADO DE MATERIAL FUNGIBLE
PRODUCTO
AEROCÁMARA
AGUJA DE SUTURA QUIRÚRGICA CORTANTE
AGUJA DE PUNCIÓN LUMBAR (ESPINAL)
BOLSA COLECTORA DE ORINA
RECIPIENTE DE DRENAJE TORÁXICO HORARIO
BOLSA CALENTADORA DE FLUIDOS
BOLSA DE REANIMACIÓN RESPIRATORIA DESCARTABLE
CAMPANA DE OXÍGENO
CAMPANA DE OXÍGENO PARA TRAQUEOSTOMÍA
CÁNULA BINASAL DE OXÍGENO
CÁNULA BINASA PARA OXÍGENO Y CO2
CÁNULA DE TRAQUEOSTOMÍA
CATETER ENDOVENOSO CENTRAL MULTILUMEN
CATETER ENDOVENOSO CENTRAL PEDIÁTRICO
CATETER ENDOVENOSO PERIFÉRICO
CLORHEXIDINA ESPUMA CON DISPENSADOR

356. Como se puede observar entonces, la Clorhexidina sí forma parte de la lista de insumos que son parte del servicio clínico quirúrgico que brinda el INSN-SB. Por todo lo anterior, considerando que los jabones materia de controversia son (i) jabones especiales, (ii) insumos fungibles, (iii) solo son usados en lugares específicos del INSN-SB, (iv) solo son usados para el lavado de manos en preparación preoperatoria y (v) que forman parte de la lista de insumos que guardan relación con la atención clínico quirúrgica que brinda el INSN-SB según la Norma Técnica de los Servicios de cuidados intensivos e intermedios NT N°031-MINSA/DGSP-V.01 y la Norma Técnica de Salud de los Servicios de Emergencia NTS N°042-MINSA/DGSP V.01, se **concluye que los jabones materia de controversia son insumos necesarios para la atención clínico quirúrgica que brinda el INSN-SB, por lo que conforme a la cláusula 7.6 del Contrato, estos insumos (Clorhexidina 2%, jabón líquido Clorhexidina 4%) deben ser adquiridos por el propio INSN-SB y no por GEPEHO.**
357. Con respecto al papel especial interfoliado, se comprende que dicho papel también forma parte de los insumos que debe adquirir el INSN-SB puesto que es deber de GEPEHO solo brindar el papel toalla básico y no el necesario para el lavado de manos

clínico y quirúrgico, es decir el papel toalla interfoliado solicitado por el INSN-SB para el lavado de manos clínico y quirúrgico.

Sobre los pedidos de devolución de GEPEHO contenidos en el numeral (iv) de la Décimo Octava Pretensión Principal.

358. GEPEHO solicita que el Tribunal ordene a MINSA y/o PRONIS que devuelva la cantidad de S/581,585.69 soles más IGV, que GEPEHO habría desembolsado para la adquisición de los insumos necesarios para la limpieza de la Unidad Paciente. Al respecto, este Tribunal debe declarar infundado este extremo del pedido contenido en el numeral (iv) de la Décimo Octava Pretensión Principal, ya que, conforme al numeral 346 del presente laudo, se ha determinado que es obligación de GEPEHO dotar los insumos necesarios para la limpieza de la Unidad Paciente.
359. Por otro lado, GEPEHO solicita que el Tribunal ordene a MINSA y/o PRONIS que devuelva la cantidad de S/ 631,606.26 soles por la compra de Clorhexidina 2%, jabón líquido Clorhexidina 4%, y papel interfoliado no contemplados en el Contrato. Si bien es cierto este Tribunal ha determinado en los numerales 356 y 357 del presente laudo, que no es obligación de GEPEHO dotar al INSN-SB con Clorhexidina 2%, jabón líquido Clorhexidina 4%, y papel interfoliado, por lo que todo lo que ha gastado GEPEHO para adquirir dichos insumos debe serle devuelto; por la forma en que ha sido aportado el material probatorio este Tribunal no encuentra elementos o evidencias suficientes para determinar de forma cierta y precisa qué montos fueron utilizados exactamente para la adquisición de dichos insumos entre enero de 2018 y junio de 2019, pues dicha información no fluye de forma indubitable de las facturas adjuntadas por GEPEHO con el objetivo de acreditar dichos gastos.
360. Así, de los más de 700 folios de facturas adjuntadas por GEPEHO, se puede observar que algunas de ellas son de 2017, otras difieren del monto señalado en el cuadro de gastos que la propia GEPEHO coloca en la página 179 de su demanda. Así, ante la falta de prueba el Tribunal no puede determinar de forma indubitable el gasto que GEPEHO afirma haber realizado entre enero de 2018 y junio de 2019 para la compra de los insumos que son materia de controversia, razón por la cual su pedido devolutivo debe ser desestimado.
361. **En síntesis, conforme a lo expuesto hasta este punto, este Tribunal da respuesta a los pedidos contenidos en los numerales (i); (ii); (iii) y (iv) de la Décimo Octava Pretensión Principal (Décimo Cuarta Cuestión Controvertida):**
362. Sobre el pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Octava Pretensión Principal. Conforme al numeral 345 del presente laudo, se debe desestimar este pedido de GEPEHO, en cuanto este Tribunal ha concluido que sí es obligación de GEPEHO realizar la limpieza de la Unidad Paciente.
363. Sobre el pedido contenido en el numeral (ii) de la Décimo Octava Pretensión Principal. Conforme a los numeral 346 del presente laudo, se concluye que este pedido, accesorio

al pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Cuarta Pretensión Principal que fue declarado infundado, debe ser, por ende, también declarado infundado.

364. Sobre el pedido contenido en el numeral (iii) de la Décimo Octava Pretensión Principal. Conforme a los numerales 356 y 357 del presente laudo, este Tribunal debe amparar este pedido y declarar que GEPEHO no está obligada a proveer al INSN-SB con los siguientes insumos: i) Clorhexidina 2%; ii) Clorhexidina 4%; iii) papel toalla interfoliado.
365. Sobre el pedido contenido en el numeral (iv) de la Décimo Octava Pretensión Principal. Conforme a los numerales 358; 359 y 360 del presente laudo, este Tribunal debe declarar infundados los pedidos devolutivos de GEPEHO.

RESPECTO A LA DÉCIMO QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (DÉCIMO NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL):

DÉCIMO NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que el Tribunal Arbitral:*

- (i) *Declare que el Plan Operativo Anual (POA) de cada servicio, de acuerdo a su propia definición estipulada en el Contrato de Gerencia, debe ser aprobado por periodos de un (1) año calendario entendiéndose dicho concepto como el periodo de doce (12) meses comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre, incluyendo ambas fechas.*
- (ii) *En consecuencia de lo anterior, declare que el POA aprobado para un año calendario únicamente permanecerá vigente para el periodo en que fue aprobado, no resultando válida su aplicación para un periodo distinto.*
- (iii) *Declare que el contenido del POA no puede generar obligaciones adicionales o distintas para la SGP yendo más allá del alcance del Contrato de Gerencia o modificándolo implícitamente.*
- (iv) *Ordene al MINSA y/o al PRONIS la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación - RPMO mensual que han sido deducidos por la indebida aplicación de este criterio de deducción descontados de las RPMO de los meses de Enero a Diciembre del 2017, Enero a Diciembre del 2018 y Enero a Marzo del 2019, los cuales ascienden al monto de S/ 391,227.22 (Trescientos noventa y un mil doscientos veintisiete con 22/100 Soles) más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago, resultando en un monto total de S/ 490,888.25 (Cuatrocientos noventa mil ochocientos ochenta y ocho con 25/100 Soles).*

Posición de GEPEHO

1. Respecto a la duración de los POA

366. GEPEHO sostiene que el Plan Operacional Anual²⁸ (en adelante POA) para cada uno de los servicios que brinda GEPEHO, tal como su nombre lo indica, tiene una duración

²⁸ Concepto según cláusula 2.77: " **Plan Operacional Anual:** Es el documento o conjunto de documentos preparados por la SGP en el que se detallan las actividades que desarrollará durante un determinado año

de un año calendario. Teniendo en consideración que, según el numeral 2.7 del Contrato, el concepto de año calendario es “*el periodo de doce (12) meses comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre, ambas fechas inclusive*”, se colige que los POA tienen una duración de un año, que va desde el 1 de enero al 31 de diciembre.

367. GEPEHO señala que el Contrato no ha regulado un plazo máximo para la aprobación de los POA por parte del INSN-SB, únicamente señalando que este debe aprobarse para un Año Calendario. Así, GEPEHO manifiesta que ha estado cumpliendo con su obligación de presentar los POA correspondientes para cada Servicio. Sin embargo, el INSN-SB ha demorado, en algunos casos, hasta cinco meses para su aprobación. Producto de este supuesto retraso, GEPEHO señala que los POA, que deben regir para un periodo de doce meses, rige para un periodo más corto, y que, en el tiempo entre la presentación y la aprobación de los POA, no se cuenta con un POA vigente.
368. Para GEPEHO este hecho es de especial relevancia toda vez que, según GEPEHO, el INSN-SB ha venido considerando que, mientras no se aprueben los POA, seguirá vigente el POA inmediatamente anterior, exigiendo su cumplimiento a GEPEHO y aplicándole deducciones en base a dichos POA.
369. Es por estos fundamentos que GEPEHO solicita al Tribunal que declare que los POA solo tienen una duración de un año calendario, que va del 1 de enero al 31 de diciembre y, en consecuencia, declare que los POA aprobados para un año calendario solo permanecerán vigentes para el periodo para el que fueron aprobados, no resultando válida su aplicación para un periodo distinto.

2. Respecto a la indebida generación de obligaciones adicionales al Contrato en los POA

370. Adicionalmente a estos hechos relatados, GEPEHO señala que, durante el procedimiento de aprobación de los POA de los Servicios de Limpieza y Bioseguridad y Residuos Hospitalarios, el INSN-SB ha requerido al GEPEHO obligaciones adicionales²⁹ a las señaladas en el Contrato de Gerencia, las cuales se encuentran fuera del alcance del Servicio, modificando el contrato tácitamente y retrasando el procedimiento de aprobación de los POA. Estos requerimientos adicionales serían los siguientes, según GEPEHO:

calendario respecto de cada Servicio considerando las especificaciones técnicas definidas en el Anexo N°7. Este documento requiere la aprobación del INSN-SB para su vigencia”.

²⁹ Estos supuestos requerimientos de Servicios Adicionales se detallan en las páginas 184 y 185 de la Demanda Arbitral.

Servicio	Obligación Adicional
Limpieza y Bioseguridad	Planes de Limpieza por área. Actualmente se cuenta con protocolos por tipo de sistema y áreas
Limpieza y Bioseguridad	Carné de sanidad dentro del MOF para todos los puestos. El carné de sanidad no es obligatorio y en el caso del no manipulador de alimentos no tiene pruebas adicionales a las incluidas en el EMO.
Limpieza y Bioseguridad	Dotación permanente de insumos (ruta y horarios de entrega del dotador) se pretendía que se generen fallos por incidencias de agotamiento de productos en cada área o servicio, sin considerar solicitudes.
Limpieza y Bioseguridad	Exigencia de productos específicos o requisitos técnicos difíciles de cumplir por más de un proveedor. El contrato no obliga a colocar el mejor producto del mercado sino un producto que cumpla con las funciones y la norma.

Limpieza y Bioseguridad	Interacción interna y externa (colocar las relaciones que se tienen con áreas internas o externas no es propio del Contrato de Gerencia ni deben formar parte de un POA).
Limpieza y Bioseguridad	Exigencia de herramientas especiales en sistemas de limpieza microfibrá o doble cubo y/o transporte de insumos de dotación, las mismas que no están contempladas en el Contrato de Gerencia ni en la Resolución Ministerial N° 372-2011/MINSA - guía técnica de procedimientos de limpieza y desinfección de ambientes de establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo.
Limpieza y Bioseguridad	Considerar como Área Crítica, áreas que son consideradas semi-críticas, lo cual va totalmente en contra de la Resolución Ministerial N° 372-2011/MINSA - guía técnica de procedimientos de limpieza y desinfección de ambientes de establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, por ejemplo, se impuso el colocar como área "semi-crítica" los servicios de consultorios externos los cuales en la norma vigente figuran como "no críticas"
Residuos Hospitalarios	Imposición de la dotación de tachos otorgando un plazo de 5 días para reponerlo al servicio cuando no se tiene stock en almacén. La imposición de un plazo determinado no se encuentra establecida en la propuesta técnica, Contrato de Gerencia y/o norma vigente.

Residuos Hospitalarios	Exigencia de cambios de tachos en plazos de 1 hora y 1 min, con el objetivo de penalizar cuando el contrato y norma correspondiente no lo estipulan. Tiempos determinados para el cumplimiento de la entrega de material no se encuentra estipulado en propuesta técnica, Contrato de Gerencia o norma vigente. Adicionalmente, esto es una recomendación del Supervisor con la única finalidad de generar fallos luego de no cumplir con dichos tiempos.
Residuos Hospitalarios	Se solicita que se realicen adecuaciones al almacenamiento central de residuos costeados por la SGP, lo cual es confirmado por epidemiología, sin tener en cuenta que es el INSN-SB quien debe realizar las adecuaciones necesarias para que la SGP realice el cumplimiento de sus operaciones tal como estipula el Contrato de Gerencia.
Residuos Hospitalarios	Exigencia de la dotación de un solo proveedor de contenedores punzocortantes según sus especificaciones dejando constancia de ello en el POA, lo cual no es una obligación estipulada en la propuesta técnica, Contrato de Gerencia o normativa vigente.

3. Respecto a lo indebidamente deducido a GEPEHO

371. GEPEHO sostiene que se la ha deducido la cantidad de S/ 391,227.22 soles como consecuencia de la incorrecta interpretación del concepto de POA que viene realizando el Supervisor y solicita al Tribunal que ordene su devolución.

Posición de MINSA

1. Respecto a la duración de los POA

372. MINSA señala que el Supervisor coincide con la apreciación que hace GEPEHO sobre los POA en cuanto deben ser aprobados para un año calendario determinado, es decir, para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la Supervisión también ha constatado que los retrasos en la aprobación de los POA de cada servicio se deben a causas imputables a la propia GEPEHO.
373. Para ilustrar este último punto, MINSA expone lo sucedido durante la aprobación del POA del Servicio de Mantenimiento del Equipamiento Clínico y no Clínico para el año 2019. Según MINSA, el POA presentado por GEPEHO para el año 2019 no contenía la totalidad de equipos dentro de los cronogramas de mantenimiento conforme al Contrato. Por dicha razón el INSN-SB observó este POA a fin de que GEPEHO cumpla con subsanarlo, agregando la información restante, lo cual retrasó el procedimiento de aprobación de dicho POA por causa imputable a la propia GEPEHO.
374. Para MINSA, GEPEHO no ha cumplido correctamente con su obligación de presentar los POA respectivos, pues no adjuntaba dichos POA con la información completa ni de forma oportuna para su revisión por parte del INSN-SB, mermando las facultades de

medición por parte del Supervisor, puesto que, para MINSA, los POA son un indicador de la calidad del Servicio, conforme a las cláusulas 7.8³⁰ y 13.1.10 del Contrato.

375. Es por esta cláusula que MINSA sostiene que, amparar el pedido de GEPEHO reduciendo la vigencia de los POA de cada Servicio al periodo residual contado desde la fecha en que fue aprobado hasta el final de cada año calendario, sería contraproducente y un incentivo perverso para GEPEHO pues, en la medida que los POA son una herramienta para verificar la calidad del Servicio, GEPEHO se encontraría incentivada a retrasar la aprobación de los POA y de dicha manera recortar las facultades del Supervisor para la medición y fiscalización del Contrato, pues justamente el Supervisor requiere de un POA vigente para realizar sus labores de medición y fiscalización del Contrato.

2. Respecto a la indebida generación de obligaciones adicionales al Contrato en los POA

376. Respecto a lo señalado por GEPEHO sobre que los POA vendrían siendo usados para requerir prestaciones adicionales al Contrato, MINSA señala que GEPEHO no ha aportado ningún sustento documental que acredite estos supuestos requerimientos.

3. Respecto a lo indebidamente deducido a GEPEHO

377. Por último, MINSA señala que GEPEHO no ha aportado medio probatorio relevante o detallado que acredite que se hayan realizado deducciones a la RPMO de los meses de enero a diciembre de 2017, enero a diciembre de 2018 y enero a marzo 2019 relacionados a esta pretensión.

Posición del Tribunal

1. Respecto a la duración de los POA

378. Con respecto a la controversia generada alrededor de los POA, este Tribunal se remite a lo establecido en la cláusula 2.77 del Contrato donde se indica que el Plan Operación Anual (POA) es "...el documento o conjunto de documentos preparados por la SGP en el que se detallan las actividades que desarrollará durante **un determinado año calendario** respecto de cada Servicio considerando las **especificaciones técnicas definidas en el Anexo N°7...**"³¹. Esta cláusula se condice con lo establecido en la cláusula 2.7 del Contrato, que estipula que, para los fines del Contrato, el significado del término "año calendario" es "...el periodo de doce (12) meses comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre, ambas fechas inclusive".

³⁰ "7.8 Los servicios a cargo de la SGP regulados por este Contrato serán efectuados de conformidad con los Anexos, sus apéndices, los Protocolos de Atención a Pacientes aplicables y al Plan Operacional Anual de cada Servicio según corresponda y en cumplimiento de las especificaciones contenidas en el Anexo N° 7...". El resaltado es de MINSA.

³¹ El resaltado es del Tribunal.

379. Entonces, respecto al pedido de GEPEHO, el Tribunal considera que GEPEHO tiene razón en parte, toda vez que todo POA que presenta al INSN-SB para su revisión, contiene el detalle de las actividades que desarrollará GEPEHO durante un determinado año calendario respecto de cada Servicio. Así, por ejemplo, si GEPEHO presenta el POA para el servicio de Alimentación del año 2016, dicho POA contiene el detalle de las actividades que desarrollará GEPEHO para el año 2016, es decir, del 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016, por lo cual, la aprobación del POA de 2016, solo debe estar vigente hasta el 31 de diciembre de 2016, pues solo contiene las actividades que GEPEHO desarrollará hasta el 31 de diciembre de 2016, no pudiendo extenderse la vigencia del POA de 2016 más allá de dicha fecha.
380. Sin embargo, este Tribunal considera necesario establecer que, si bien es cierto los POA deben tener una vigencia limitativa de un año calendario, también es deber de GEPEHO mantener actualizados los POA y **presentarlos correctamente y con toda la información relevante**.
381. Así, el séptimo punto de la cláusula 13.1.1. estipula que es obligación de GEPEHO:
- ***“Elaborar y documentar los Planes Operacionales Anuales de los Servicios, según lo establecido en el Anexo N° 7, manteniéndolo actualizado y disponible cuando sea solicitado por el personal.”*** El resaltado es del Tribunal.
382. Asimismo, en las especificaciones técnicas de cada Servicio, definidas en el Anexo N°7 del Contrato, en el apartado referido a los POA³² siempre se repite la misma obligación de GEPEHO con respecto a los POA de cada servicio:
- ***“El plan Operacional Anual del Servicio se mantendrá actualizado (cada 1 año)”***³³
383. Por lo tanto, este Tribunal concluye que es adecuado declarar que los POA de cada servicio deben ser aprobados para el periodo en que fueron presentados, es decir para el año calendario en que fueron presentados, del 1 de enero al 31 de diciembre de dicho año, no pudiendo extenderse su vigencia y aplicación más allá del 31 de diciembre de cada año, **en la medida que GEPEHO presente de forma previa al vencimiento de cada POA, un nuevo POA para su revisión por parte del INSN-SB, de tal forma que cumpla con su obligación de mantener actualizados los POA conforme lo establecido el séptimo punto de la cláusula 13.1.1 y en el Anexo N° 7 del Contrato**. Asimismo, este Tribunal declara que, en base al principio de buena fe contractual, ambas partes deben agotar todos los medios posibles a fin de que el INSN-SB cuente con sus POA de cada servicio, actualizados para cada año calendario.

³² Conforme se observa de las páginas 489 (Servicio de Alimentación); 513 (Servicio de lavandería); 527 (Servicio de Limpieza y Bioseguridad); 560 (Servicio de Central de Esterilización); 570 (Servicio de Patología Clínica); 590 (Servicio de Mantenimiento de la Edificación, Instalaciones y Equipamiento asociado a la Infraestructura); 615 (Servicio de Mantenimiento de Equipamiento Clínico y no Clínico) y 630 (Servicio de Asistencia Técnica de Adquisición) del Anexo N° 7 del Contrato.

³³ El término exacto es ***“El Plan Operacional Anual del Servicio debe se mantendrá actualizado (cada 1 año)”***. Este Tribunal entiende que hubo un error en redacción, debiendo entenderse lo siguiente: ***El Plan Operacional Anual del Servicio se mantendrá actualizado (cada 1 año)***, eliminándose el término “debe”, que está demás.

384. Conforme a dicha declaración, GEPEHO debe remitir al INSN-SB los POA de cada servicio correctamente y con toda la información relevante y necesaria, conforme a sus obligaciones dentro del Contrato, y el INSN-SB se encuentra en la obligación de agotar todos los medios posibles para calificar de forma oportuna dichos POA, remitiendo sus observaciones, de ser el caso, también de forma oportuna para que GEPEHO las subsane.

385. De esta forma se garantiza que los POA solo generen obligaciones para un año calendario, tal cual es el pedido de GEPEHO, sin que se incumpla la obligación de renovar los POA cada año calendario, evitando que se genere un incentivo a GEPEHO de presentar los POA con retraso, acortando el periodo de vigencia que, por mandato contractual, le corresponde a cada POA.

2. Respecto a la indebida generación de obligaciones adicionales al Contrato en los POA

386. GEPEHO señala que, durante el procedimiento de aprobación de los POA de los Servicios de Limpieza y Bioseguridad y Residuos Hospitalarios, el INSN-SB ha requerido al GEPEHO obligaciones adicionales a las señaladas en el Contrato de Gerencia, las cuales se encuentran fuera del alcance del Servicio, modificando el contrato tácitamente y retrasando el procedimiento de aprobación de los POA. Sin embargo, MINSA ha indicado en su contestación que GEPEHO no ha adjuntado documento alguno que acredite estos supuestos requerimientos adicionales.

387. Luego de la revisión de los medios probatorios adjuntados³⁴ como sustento de esta pretensión, este Tribunal coincide con lo indicado por MINSA, en cuanto se puede observar que, de dichos documentos no se evidencia que el INSN-SB haya requerido el cumplimiento de las obligaciones adicionales que GEPEHO detalla en las páginas 184 y 185 de su escrito de demanda, puesto que en dichos documentos solo se puede observar que GEPEHO remitió sus POA para revisión, y que el INSN-SB los aprobó, sin hacerse ninguna mención a requerimiento de obligaciones que estén fuera del Contrato, por parte del INSN-SB a GEPEHO-. Por lo tanto, corresponde declarar infundado este extremo de la pretensión de GEPEHO.

3. Respecto a lo indebidamente deducido a GEPEHO

388. Con respecto a esta pretensión el Tribunal puede observar que GEPEHO solo ha ofrecido un cuadro donde se estipula de forma general los supuestos montos que el Supervisor le habría deducido de enero de 2017 a marzo de 2019 por la incorrecta interpretación del concepto y vigencia de los POA, sin adjuntar los documentos que

³⁴ Cartas mediante las cuales GEPEHO presenta los POA de los Servicios de Central de Esterilización, Limpieza y Bioseguridad, Gestión de Residuos Hospitalarios y Seguridad integral; sus correspondientes subsanaciones y los Cartas mediante las cuales el INSN-SB aprueba dichos POA. (Anexos R-1 a R-22 de la Demanda Arbitral)

acrediten que se hubieran realizado efectivamente dichas deducciones de las RPMO de enero a diciembre de 2017, enero a diciembre de 2018 y enero a marzo 2019 debido a una interpretación errada del concepto y vigencia del POA establecido en el Contrato, por lo tanto, este extremo de la pretensión de GEPEHO debe ser declarado infundado.

389. **Conforme a lo decidido hasta este punto, este Tribunal da respuesta a los pedidos contenidos en los numerales (i); (ii); (iii) y (iv) de la Décimo Novena Pretensión Principal:**
390. Sobre el pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Novena Pretensión Principal. Conforme al numeral 383 a 385 del presente laudo, se debe declarar que el POA debe ser aprobado para periodos de un año calendario, es decir del 1 de enero al 31 de diciembre, incluyendo ambas fechas.
391. Sobre el pedido contenido en el numeral (ii) de la Décimo Novena Pretensión Principal. Conforme a los numeral 383 a 385 del presente laudo, se debe declarar que el POA debe ser aprobado para un año calendario, no pudiendo extenderse su vigencia y aplicación más allá del 31 de diciembre de cada año, **en la medida que GEPEHO presente de forma previa al vencimiento de cada POA, un nuevo POA para su revisión por parte del INSN-SB, de tal forma que cumpla con su obligación de mantener actualizados los POA conforme lo establecido el séptimo punto de la cláusula 13.1.1 y en el Anexo N° 7 del Contrato.** Asimismo, este Tribunal declara, que en base al principio de buena fe contractual, ambas partes deben agotar todos los medios posibles a fin de que el INSN-SB cuente con sus POA de cada servicio, actualizados para cada año calendario. Así, GEPEHO debe remitir al INSN-SB los POA de cada servicio correctamente y con toda la información relevante y necesaria, conforme a sus obligaciones dentro del Contrato, y el INSN-SB se encuentra en la obligación de agotar todos los medios posibles para calificar de forma oportuna dichos POA.
392. Sobre el pedido contenido en el numeral (iii) de la Décimo Novena Pretensión Principal. Conforme a lo sustentado en el numeral 387 este Tribunal debe desestimar este pedido de GEPEHO.
393. Sobre el pedido contenido en el numeral (iv) de la Décimo Cuarta Pretensión Principal. Conforme a lo sustentado en el numeral 388 este Tribunal debe desestimar este pedido de GEPEHO.

SOBRE LA RECONVENCIÓN

RESPECTO A LA DÉCIMO SEXTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN):

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral ordene a la SGP la devolución de S/ 1 123 268.00 (Un Millón Ciento Veintitrés Mil Doscientos Sesenta y Ocho con 95/100 Soles), como consecuencia de los gastos ocasionados por el incumplimiento contractual de la GEPEHO en el SERVICIO DE PATOLOGÍA CLÍNICA (LABORATORIO) - COMPRA DE CARTUCHOS NALIZADOR DE GASES ARTERIALES.

Posición de MINSA

394. Si bien es cierto que MINSA no desarrolla los fundamentos de sus pretensiones reconventionales en su escrito de contestación de demanda y reconvenición de fecha 10 de setiembre de 2019, ampara dichos pedidos reconventionales en el Informe Legal N°000167-2019-UAJ-INSNSB que fue realizado por el Director del INSN-SB y que adjunta como anexo T.1, haciendo suyos los fundamentos presentes en dicho Informe.
395. Con respecto a la cuestión controvertida materia de análisis, en el Informe Legal N°000167-2019-UAJ-INSNSB, MINSA sostiene que, conforme al Apartado 7 del Anexo N° 7 del Contrato, es deber de GEPEHO operar y mantener equipado el laboratorio, comprando por su cuenta los reactivos necesarios para su funcionamiento.
396. Respecto de dicho servicio, el literal I del Apartado 7 del Anexo N° 7 establece los tiempos de respuesta para Pruebas de Emergencia y Cuidados Intensivos. Dicho literal establece que, para el servicio de pruebas de emergencia de "Análisis de Gases en sangre Arterial" (en adelante, AGA) GEPEHO debe realizar dicha prueba y presentar los resultados antes de 45 minutos.
397. MINSA sostiene que, en las áreas de emergencia, el tiempo de respuesta del AGA debe ser de forma inmediata, antes de los 5 minutos por tratarse de pacientes graves. Por lo tanto, considerando que el Contrato obliga a GEPEHO a dar respuesta al AGA antes de los 45 minutos, debe entenderse que dicho plazo de respuesta, bien puede ser menor de 5 minutos. Para MINSA, toda vez que la cláusula en controversia señala que el tiempo de respuesta es de menos de 45 minutos, al ser el plazo de 5 minutos menor al plazo de 45 minutos que establece el Contrato, es perfectamente válido exigir a GEPEHO que dé respuesta al AGA en menos de 5 minutos.
398. MINSA sostiene que la Norma Técnica N° 031-MINSA/DGSP-V.01 "Norma Técnica de Cuidados Intensivos e Intermedios", que es de obligatorio cumplimiento por parte de GEPEHO conforme a la cláusula 7.8 del Contrato³⁵, establece que los exámenes auxiliares solicitados serán tramitados de forma inmediata, debiendo GEPEHO contar con los reactivos necesarios para garantizar que se dé respuesta al AGA de forma inmediata, por lo que todo establecimiento de salud III-2 (Como el INSN-SB) debe contar con una máquina de AGA en cada UCI neonatal por cada 06 camas, para dicho fin,

³⁵ "7.8 (...) La SGP deberá observar y cumplir todas las Leyes aplicables en materia de salud, seguridad y otras aplicable a los Servicios. (...)"

399. Es más, MINSA señala que, actualmente, existen equipos que permiten obtener los resultados AGA en 30 a 60 segundos. Equipos con los que, según MINSA, GEPEHO no cuenta. Para MINSA, no contar con dichos equipos modernos, es un incumplimiento contractual de GEPEHO, pues según el punto B, del literal D, del Apartado 7 del Anexo N° 7 del Contrato, establece que GEPEHO “...deberá equipar el laboratorio...incorporando las innovaciones tecnológicas que se vayan produciendo”
400. MINSA señala que, mediante Carta N°062/LEG-GPH-2018, GEPEHO ha manifestado su negativa a cumplir el servicio de AGA en el tiempo requerido por MINSA, es decir, antes de los 5 minutos, ignorando que el Contrato establece que el tiempo de respuesta de la prueba AGA debe responder a la necesidad de las áreas críticas del INSN-SB y conforme a la Norma Técnica N° 031-MINSA/DGSP-V01.
401. Por último, MINSA sostiene que se ha realizado un gasto público de S/ 1´123,268.00 Soles producto del incumplimiento de GEPEHO, toda vez que el INSN-SB ha venido gestionando la compra de reactivos para que se pueda dar respuesta a las pruebas AGA en menos de 5 minutos, monto que solicita, sea restituido por GEPEHO.

Posición de GEPEHO

402. Al contestar la reconvencción, GEPEHO sostiene que el laudo arbitral emitido en el proceso arbitral GEPEHO-MINSA 2 ya ha dejado establecido que no procede ningún pedido de indemnización por daños y perjuicios por parte de MINSA en contra de GEPEHO, ya que el Contrato no ha establecido que el MINSA pueda cobrar sumas dinerarias adicionales a las penalidades contractuales establecidas en el mismo Contrato en contra de GEPEHO, es decir indemnización por daño ulterior.
403. GEPEHO sostiene que el Tribunal del arbitraje GEPEHO-MINSA 2 determinó que los pedidos de reembolso de gastos de MINSA ya se encuentran cubiertos con las penalidades contractuales que están pactadas en el Contrato de Gerencia y que disminuyen la RPMO de GEPEHO. En ese sentido, dicho Tribunal Arbitral determinó, luego de analizar el artículo 1342° del Código Civil, que, en el caso de incumplimiento de las obligaciones de GEPEHO, existe una penalidad establecida como seguridad del cumplimiento de dichas obligaciones, no pudiendo MINSA exigir a GEPEHO el pago de ningún monto adicional a las penalidades o deducciones por incumplimiento contractual.
404. Así en el presente caso, GEPEHO sostiene que MINSA está en la imposibilidad de exigir el pago de indemnización a GEPEHO por el supuesto incumplimiento del Servicio de Patología Clínica, puesto que todo incumplimiento de dicho servicio está cubierto por las penalidades o deducciones señaladas en el Contrato para dicho Servicio.
405. Sin perjuicio de lo anterior, con respecto a la cuestión controvertida materia de análisis, GEPEHO sostiene que la pretensión de MINSA es infundada ya que, según GEPEHO, MINSA no sustenta en su escrito de Reconvencción ni en sus medios probatorios en qué

consiste el incumplimiento contractual que invoca. Ello en efecto, porque no existe incumplimiento por parte de GEPEHO. Asimismo, GEPEHO señala que la pretensión de MINSA es infundada toda vez que MINSA no ha logrado demostrar que la compra de cartuchos analizadores de gases arteriales sea consecuencia de un incumplimiento contractual de parte de GEPEHO.

406. GEPEHO sostiene que ha venido cumpliendo a cabalidad con el Servicio de Patología Clínica (Laboratorio), concretamente con relación a la realización de las pruebas AGA, tanto es así que no se le han aplicado deducciones ni penalidades a GEPEHO a consecuencia de incumplimientos relativos a la realización de dichas pruebas. Así pues, GEPEHO ha venido cumpliendo con dar respuesta a los requerimientos de AGA del INSN-SB antes de los 45 minutos que establece el literal I. del Apartado 7 del Anexo N° 7 del Contrato referido al Servicio de Patología Clínica (Laboratorio).

Posición del Tribunal

407. Al respecto, este Tribunal puede observar que lo que solicita MINSA es una indemnización por el daño que supuestamente le habría causado GEPEHO producto de su incumplimiento contractual del inciso a) del literal I. del Apartado 7 del Anexo N° 7. Sin embargo, dicha cláusula establece de forma muy clara que es obligación de GEPEHO dar respuesta a los requerimientos de AGA en menos de 45 minutos, por lo tanto, conforme lo señalado en la referida cláusula, si GEPEHO cumple con dicha obligación hasta en máximo 44 minutos, no incurre en incumplimiento contractual.
408. De la misma opinión es el Supervisor del Servicio que, tal y como se puede observar en el Informe Legal N° 214-2018-UAJ-INSN-SB de fecha 19 de octubre de 2018³⁶, ha indicado lo siguiente respecto a la cuestión controvertida materia de controversia:

1.13 Con Carta N° 556/C&B/2018 de fecha 03 de agosto de 2018, la Supervisora Currie&Brown, señala que mientras la entrega de los resultados se realicen dentro de los 45 minutos señalados en el Contrato de Gerencia, la SGP no estaría sujeta a deducciones y que la disminución en el tiempo de entrega máxima de los resultados del análisis de Gases Arteriales y Electrolitos solicitada por el INSN-SB constituirá una modificación contractual, que de no ser aceptada y legalizada entre el Contratante y la SGP, sólo podría ser materia de deducción de estar incluida en algún protocolo del POA de patología.

409. Por lo tanto, considerado que (i) el tiempo de respuesta para los requerimientos de AGA está fijado por el contrato en “antes de los 45 minutos”, (ii) en consecuencia el MINSA no puede interpretar que dicho plazo debe ser menor a 5 minutos y (iii) que el MINSA no ha demostrado que GEPEHO haya incumplido con el plazo de menos de 45 minutos que tiene para dar respuesta a los requerimientos de AGA, este Tribunal concluye que no existe incumplimiento contractual alguno por parte de GEPEHO en cuanto al tiempo de respuesta de los requerimientos de AGA para el servicio de emergencia y cuidados

³⁶ Anexo N° 1 del FILE 4 que forma parte de los Anexos del escrito de Reconvención de MINSA

intensivos señalados en el literal I. del Apartado 7 del Anexo N° 7 del Contrato referido al Servicio de Patología Clínica (Laboratorio).

410. Ahora bien, respecto al alegato de MINSA, referido a que GEPEHO estaría incumpliendo con su obligación contractual de cumplir con toda la normativa referida a los servicios brindados al INSN-SB³⁷, al no dar respuesta inmediata a los requerimientos de pruebas AGA conforme lo establece la Norma Técnica N° 031-MINSA/DGSP-V.01 "*Norma Técnica de Cuidados Intensivos e Intermedios*". Este Tribunal no comparte este alegato de MINSA, toda vez que si bien es cierto que GEPEHO tiene la obligación de cumplir de manera inexcusable, con toda la normativa referida a los servicios que brinda al INSN-SB, dicha Normativa no puede modificar las obligaciones contractuales que nacen del Contrato. Así lo establece el artículo 62 de la Constitución que indica que "*...Los términos contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otras disposiciones de cualquier clase...*"
411. En el presente caso, la obligación de GEPEHO, contenida en el Contrato, es dar respuesta a los requerimientos de AGA en menos de 45 minutos, por lo que mientras cumpla con dar respuesta en dicho plazo, no hay incumplimiento de su parte. Interpretar lo contrario, implicaría una modificación al Contrato.
412. Ahora bien, respecto a lo alegado por MINSA en cuanto es obligación de GEPEHO de equipar el laboratorio con las innovaciones tecnológicas que se vayan produciendo. Este Tribunal es de la opinión de que, si bien es cierto, GEPEHO debe equipar el laboratorio con los últimos avances tecnológicos, conforme a lo establecido en el punto B, del literal D, del Apartado 7 del Anexo N° 7 del Contrato, también es cierto que ello no puede ser justificación para modificar el Contrato, imponiendo el cumplimiento de las obligaciones en oportunidades o tiempos distintos a los estipulados contractualmente
413. Esta conclusión, a la que arriba el Tribunal, se condice con lo establecido en la cláusula décimo quinta del Contrato, que establece lo siguiente:

³⁷ Es obligación de GEPEHO "*Cumplir de forma inexcusable con toda la normativa, actual o futura, en materia general o específica, de los servicios*"

CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: RENOVACIÓN DE EQUIPOS

El Contratante estará a cargo y es responsable de la reposición de los Equipos, salvo aquellos que correspondan a Equipos a ser provistos por la SGP para la prestación de sus Servicios conforme al alcance especificado en el Anexo N° 7. La SGP brindará asistencia técnica al Contratante respecto a la reposición de Equipos. Por su parte, la SGP es responsable de mantener en adecuado estado de funcionamiento sus propios Equipos, y deberá, asimismo, renovarlos tan pronto como sea razonable a su propio costo. La renovación de los Equipos deberá incluir cambios o avances tecnológicos que permitan brindar un mejor y más eficiente Servicio.

* El resaltado es del Tribunal

414. Como se puede observar, la renovación de los equipos, que GEPEHO debe proveer para el cumplimiento de sus servicios brindados al INSN-SB, como lo son los equipos para ejecutar el Servicio de Patología Clínica (Laboratorio) en los tiempos pactados en el Contrato, deben ser renovados por GEPEHO *tan pronto como sea razonable a su propio costo*. Por lo tanto, este Tribunal puede concluir que la obligación de renovación de equipos de GEPEHO no puede amparar que se obligue a GEPEHO a realizar dichas renovaciones cuando con los equipos que mantiene se da cumplimiento a las obligaciones en los tiempos y calidades pactadas.
415. En tal sentido, este Tribunal no ampara la pretensión indemnizatoria de MINSA dado que no se ha acreditado la configuración de un incumplimiento contractual. La antijuridicidad constituye elemento esencial de la responsabilidad civil, y, en el ámbito contractual resulta del incumplimiento total, tardío o defectuoso de una obligación. En este caso este incumplimiento no ha sido acreditado. Por el contrario, GEPEHO ha cumplido con su labor de dar respuesta a las pruebas AGA en el tiempo estipulado en el Contrato.

RESPECTO A LA DÉCIMO SÉPTIMA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN):

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral ordene a la SGP la devolución de S/. 745,026.90 (Setecientos Cuarenta y Cinco Mil Veintiséis con 90/100 Soles), como consecuencia de los gastos ocasionados por el incumplimiento contractual de la GEPEHO en el SERVICIO DE LAVANDERIA.

Posición de MINSA

416. Para sustentar su posición respecto a este extremo de la Reconvencción, el MINSA se refiere y hace suyos los argumentos del Informe Legal N°000167-2019-UAJ-INSNSB, respecto al servicio de Lavandería, que incluye al servicio de Ropería. MINSA sostiene que es obligación de GEPEHO dotar al INSN-SB, de los mandilones para los padres de familia de los pacientes del INSN-SB.

417. MINSAs sostiene que GEPEHO se ha negado a dotar dichos mandilones para los padres de familia de los pacientes, a pesar de que, según el literal A del Apartado 2 del Anexo N° 7 del Contrato, GEPEHO es la responsable de dotar y abastecer la ropa (material textil) necesaria para el correcto funcionamiento del INSN-SB. Es por dicho incumplimiento que MINSAs ha incurrido en el gasto de S/ 745,026.90 soles a fin de gestionar el abastecimiento de la ropa materia de la presente controversia y que GEPEHO no ha cumplido con entregar según su obligación, por lo que, según MINSAs, corresponde que se ordene su devolución por parte de GEPEHO.

Posición de GEPEHO

418. Según GEPEHO el acápite e) del literal F del Apartado 2 del Anexo N° 7 del Contrato, referido a las especificaciones técnicas del Servicio de Lavandería determina que el alcance del servicio de lavandería se circunscribe a pacientes y personal del INSN-SB, mas no a los padres de familia de los pacientes.
419. Asimismo, GEPEHO refuta los medios probatorios ofrecidos por MINSAs toda vez que contienen órdenes de compra de otras prendas que no son los mandilones para padres de familia, que es lo que está debatiendo en la presente cuestión controvertida.
420. Sin perjuicio de lo anterior, conforme se desarrolló en los numerales 402 a 404 del presente laudo arbitral, GEPEHO sostiene que esta pretensión de MINSAs es infundada ya que las partes han pactado, por anticipado, los daños y perjuicios a cobrar a GEPEHO en caso de incumplimiento contractual. Dichos daños y perjuicios están representados en las penalidades pactadas dentro del Contrato, y ya que las partes no han pactado indemnización por daño ulterior, MINSAs está limitada a cobrar solamente las penalidades o deducciones estipuladas en el Contrato ante incumplimiento contractual de GEPEHO tal como quedó establecido en el arbitraje GEPEHO-MINSAs 2.

Posición del Tribunal

421. MINSAs sostiene que ha incurrido en el gasto de S/ 745,026.90 soles a fin de gestionar el abastecimiento de los mandilones para los padres de familia de los pacientes del INSN-SB, a pesar de que dicha dotación es obligación de GEPEHO. Por lo tanto, según MINSAs corresponde que se ordene la devolución de dicho monto por parte de GEPEHO.
422. Si bien es cierto que este Tribunal ha indicado, al momento de resolver la Décimo Segunda Cuestión Controvertida del presente arbitraje (numerales 274 a 289 del presente laudo), que es obligación de GEPEHO dotar de mandilones a los padres de familia de los pacientes, en la medida que dichos mandilones sean de material textil, este Tribunal concuerda con lo indicado por GEPEHO como defensa, en cuanto no proceden los pedidos de restitución que ha formulado MINSAs, por cuanto tales "restituciones" configuran, en puridad, un resarcimiento del daño emergente, al restituir aquello que tuvo que gastar el MINSAs por causa del incumplimiento de su contraparte contractual. Y, siendo ello así, al haber las partes pactado, por anticipado, penalidades

en caso de incumplimiento contractual, no corresponde indemnizar daños fuera del espectro de estas, como se procederá a desarrollar a continuación.

423. Dicha indemnización por los daños y perjuicios que se puedan ocasionar está representada (y, por ende, contenida) en las penalidades o deducciones pactadas dentro del Contrato, y revisado el Contrato no se aprecia que se haya pactado el derecho a una indemnización por daño ulterior. En tal sentido, en aplicación del Código Civil en el artículo 1341 del Código Civil, para que proceda el cobro de una indemnización por daños y perjuicios adicional a la pactada como penalidades, se requiere el pacto expreso de las partes, y en este caso ello no ha ocurrido, por lo que la indemnización quedó convencionalmente limitada al monto pactado por concepto de penalidad. Por ello, considerando que las partes no han pactado la indemnización del daño ulterior, el derecho del MINSa está limitado a cobrar solamente las penalidades o deducciones estipuladas en el Contrato ante incumplimiento contractual de GEPEHO.
424. Al respecto, el artículo 1341 del Código Civil establece que la cláusula penal "...tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior"³⁸. Así, GUTIERREZ CAMACHO y REBAZA GONZALES, citando a MARINI, señalan que "una vez verificada la inejecución, el acreedor no podrá demandar de manera indistinta la penalidad o la indemnización del daño, sino que solo podrá requerir el pago de la primera, habiendo la cláusula penal impedido el surgimiento de la obligación resarcitoria."³⁹
425. En ese orden de ideas, si MINSa ha advertido que GEPEHO ha incumplido con sus obligaciones de ropería (dotación de mandilones para padres de familia de pacientes del INSN-SB), debe aplicar las deducciones o penalidades que considere pertinentes. Así, MINSa, conforme al Contrato, no puede solicitar , indemnización adicional a aquella limitada por las penalidades, como consecuencia del incumplimiento de GEPEHO, puesto que, conforme se establece en el Código Civil –que regula las disposiciones supletorias de la voluntad de las partes, a las que se someten en todo aquello que no haya sido dispuesto en el Contrato- y la doctrina citada, MINSa solo puede exigir el cobro de las penalidades o deducciones por incumplimiento de GEPEHO en sus obligaciones de ropería y no indemnización adicional.
426. Al respecto, este Tribunal Arbitral tiene presente que en un contrato se prevén contingencias, supuestos de incumplimiento, que habilitan a una o ambas partes a hacer uso de diversos remedios. Es así que ante la lesión del crédito (fase de anormalidad o de incumplimiento de una de las partes causada por el incumplimiento de obligaciones o de deberes concretos) la parte afectada tiene remedios (medios de tutela de las posiciones jurídicas), por disposición contractual y/o por la normativa aplicable.

³⁸ El énfasis es del Tribunal.

³⁹ GUTIERREZ, Walter y REBAZA, Alfonso. Comentarios al artículo 1341° del Código Civil en "Código Civil comentado". Tomo VI. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2020. Pág. 1011.

427. Los remedios pueden ser los generales de tutela del crédito (como el resarcimiento del daño, y/o la pretensión de cumplimiento de la obligación) y los específicos de tutela del contrato (para cesar los efectos del incumplimiento mediante la terminación del contrato⁴⁰, dentro de los que se encuentra la resolución general, la cláusula resolutoria expresa, etc.
428. Dentro de los remedios de tutela del crédito, que apuntan a resarcir los daños que el incumplimiento pudiese causar, se encuentran las penalidades establecidas con antelación. Estas, dependiendo de la regulación del contrato, pueden ser aplicadas a la contraprestación de forma directa (lo que viene a ser una compensación: a lo que una parte adeuda se le compensa con lo que la otra –por penalidad- adeuda a la primera) o diferidas.
En general, las partes pueden pactar procedimientos para la aplicación de los remedios correspondientes, o remitirse a las normas aplicables (que van a integrar el contrato, ya sean imperativas, o supletorias si no se ha pactado en contra), de ser el caso. Pero lo que resulta indispensable de comprender es que lo relativo a la ejecución de la relación obligatoria, al cumplimiento e incumplimiento de la misma, es de orden contractual.
429. En efecto, siendo que en el presente caso se ha solicitado la restitución de los gastos en que ha incurrido MINSA por causa del incumplimiento contractual de GEPEHO, lo cual configura lo que se conoce como daño emergente, dado que se han pactado penalidades para cubrir los daños y perjuicios que se generen por el incumplimiento contractual, corresponde aplicar las disposiciones del Contrato y, supletoriamente, la normativa del Código Civil sobre el particular.
430. En ese sentido, respecto de las penalidades y la indemnización, el Código Civil establece lo siguiente:

“Artículo 1341.-

El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

431. La cláusula penal es, en síntesis, una reparación por incumplimiento fijada de antemano. Es un pacto de la relación obligacional mediante el cual se otorga un remedio eficiente al acreedor para el caso de determinados incumplimientos y, según el acuerdo, esta podrá ser aplicada a los montos que se adeuden; por ello, para activar o exigir la obligación penal el acreedor debe verificar, en primer lugar, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso que sea cubierto por la penalidad.

⁴⁰

No son los únicos remedios, existiendo otros previstos en el ordenamiento jurídico, tales como la lesión contractual, la excesiva onerosidad de la prestación, entre otros.

432. Como se ha señalado, en este Contrato, en adición a las penalidades establecidas, no existe estipulación de daño ulterior para el supuesto de inexecución en las obligaciones indicadas, lo que significa que se aplica la norma supletoria, por la cual las Partes están vinculadas a la norma especial sobre inexecución de obligaciones. En ese sentido, el artículo 1341 del CC antes citado es aplicable; al respecto, la Exposición de Motivos del Código Civil, respecto de dicho numeral, señala que “El resarcimiento al acreedor, por otra parte, se integra tan solo por la penalidad estipulada, salvo que se hubiere convenido la indemnización del daño ulterior. En estos casos, el deudor continuará obligado al pago del íntegro de la penalidad; pero ella se computará como parte de los daños y perjuicios, si la cuantía de éstos excede el valor de tal penalidad.”⁴¹ Ciertamente, el Tribunal Arbitral (como ningún otro tribunal, estatal o privado) puede modificar las estipulaciones contractuales, debiéndose ceñir a los que las partes han regulado en su respectivo Contrato.
433. Finalmente, cabe indicar la naturaleza de lo pretendido. MINSa solicita la restitución del gasto en que ha incurrido (S/ 745,026.90) para gestionar el abastecimiento de los mandilones para los padres de familia de los pacientes del INSN-SB, a pesar de que dicha dotación era obligación de GEPEHO. Propiamente no ha enmarcado su pretensión en la indemnización de daños y perjuicios de la responsabilidad civil. Empero, las cosas son lo que son por su naturaleza y no por el nombre que se les asigne. Y la devolución del gasto en que se ha incurrido por causa del incumplimiento de la contraparte, configura el daño emergente (el gasto en que efectivamente el acreedor incurre como consecuencia de la inexecución por parte de su deudor). Siendo un daño producto de la inexecución de GEPEHO, se encuentra circunscrito por las partes a la cuantía de la penalidad establecida, y lo que se requiera en adición a ello, esto es, el excedente a cualquier tipo de daño, constituye daño ulterior, lo que ha sido objeto de extenso desarrollo en este acápite del Laudo Arbitral.
434. Por lo demás, este mismo criterio ha sido ya establecido en el Arbitraje GEPEHO-MINSa 2, donde el Tribunal de dicho arbitraje, al rechazar un pedido similar de MINSa⁴², consideró *“que la penalidad establecida por las Partes determina de manera anticipada el valor del daño causado por el incumplimiento de la SGP de su obligación de dotar de ropa quirúrgica al Contratante; con lo cual, de una parte, sin necesidad de prueba, la Entidad tiene derecho al monto de los daños y perjuicios predeterminados en caso que el Contratista incumpla y, de otra parte, limita la obligación de resarcimiento de este último. Así teniendo presente que el supuesto por el que se pretende indemnización es un supuesto sancionado con una penalidad en el Contrato, en los términos señalados en este considerando, el Tribunal Arbitral concluye que no procede amparar este extremo de la pretensión bajo análisis.”*⁴³ El subrayado es de este Tribunal.

⁴¹ Exposición de Motivos del Código Civil. T. V. Delia Revoredo de Debaquey, Lima, 1985, p. 464.

⁴² Indemnización por incumplimiento contractual de GEPEHO en cuanto a sus obligaciones referidos a los servicios de lavandería, mantenimiento de infraestructura y mantenimiento de equipo clínico y no clínico.

⁴³ Página 86 del Laudo Arbitral del arbitraje GEPEHO-MINSa 2 de fecha 22 de mayo de 2020.

435. Por todo lo anterior, no corresponde que MINSa exija la devolución o restitución de lo que ha tenido que gastar (daño emergente) por causa de la inejecución imputable de GEPEHO. Por lo tanto, esta pretensión de MINSa debe ser declarada infundada, quedando a salvo el derecho de MINSa de instruir al Supervisor a aplicar las deducciones o penalidades correspondientes si detecta incumplimiento de GEPEHO en cuanto a su obligación de dotar de mandilones a los padres de familia de los pacientes del INSN-SB, **en la medida que estos sean de material textil.**

RESPECTO A LA DÉCIMO OCTAVA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral ordene a la SGP la devolución de S/. 169,544.33 (Ciento Sesenta y Nueve Mil Quinientos Noventa y Cuatro con 33/100 Soles), como consecuencia de los gastos ocasionados por el incumplimiento contractual de la GEPEHO en el SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURA (INVENTARIO).

Posición de MINSa

436. Conforme a los argumentos del Informe Legal N°000167-2019-UAJ-INSNSB que MINSa hace suyos a fin de fundamentar su Reconvencción, MINSa sostiene que es obligación de GEPEHO, mantener actualizado el inventario de los bienes asociados a la infraestructura del INSN-SB y de los equipos clínicos y no clínicos del INSN-SB.
437. MINSa sostiene que, como parte de dicha obligación, GEPEHO debe efectuar el inventario anual de todos los bienes del INSN-SB, e informar a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, obligación que tienen todas las Entidades Públicas, como el INSN-SB, conforme a (i) la Ley 29151 “Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales” y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA y (ii) la Directiva N° 01-2015/SBN “Procedimiento de Gestión de los Bienes Muebles Estatales” (En adelante, la Normativa).
438. MINSa deduce que, si (i) GEPEHO tiene la obligación de mantener actualizado el inventario de los bienes asociados a la infraestructura del INSN-SB y de los equipos clínicos y no clínicos del INSN-SB, y (ii) GEPEHO tiene la obligación de cumplir con todas las normas y leyes aplicables a los servicios que brinda, GEPEHO está en la obligación de elaborar y mantener el inventario anual del INSN-SB, según lo establece la normativa señalada en el numeral precedente.
439. Sin embargo, GEPEHO se ha rehusado a realizar dicha labor, razón por la cual, MINSa ha tenido que usar sus propios recursos para cumplir con realizar el inventario de los bienes del INSN-SB y cumplir con la normativa respectiva. Según MINSa, el gasto por realizar el inventario asciende al monto de S/169,544.33 soles, monto que solicita, sea restituido por GEPEHO.

Posición de GEPEHO

440. GEPEHO sostiene que no es su obligación realizar el inventario de los bienes del INSN-SB una vez al año, toda vez que lo que el Contrato establece es únicamente la obligación de GEPEHO de mantener actualizado el inventario, mas no de elaborarlo una vez cada año, como pretende MINSa.
441. GEPEHO indica que el inventariado de bienes del INSN-SB ya fue realizado por parte de GEPEHO durante el llamado “*Periodo de Verificación de Inventario*”, es decir GEPEHO ya hizo un inventario de los bienes que el MINSa entregó a GEPEHO conforme al Contrato. Luego de dicho periodo, GEPEHO no está en la obligación de volver a realizar el inventario una vez al año, como pretende MINSa.
442. Para GEPEHO la obligación que pretende imponerle MINSa va más allá del Contrato. Si bien es cierto que las Entidades del Estado están obligadas a cumplir con las disposiciones relativas a los bienes estatales, no se debe admitir que MINSa pretenda trasladar dicha obligación a GEPEHO si el Contrato que los vincula no lo ha establecido de dicha manera.
443. Según GEPEHO, el INSN-SB cuenta con una Unidad de Control Patrimonial que lleva una base de datos de todas las adquisiciones del INSN-SB. Por lo tanto, para GEPEHO, es lógico que dicha unidad lleve el inventario del INSN-SB y GEPEHO solo cumpla con mantener actualizado dicho inventario. Así, cualquier gasto que haya realizado MINSa a fin de cumplir con su obligación, como Entidad del Estado, de realizar el inventario anual de los bienes del INSN-SB no le es exigible a GEPEHO.
444. Sin perjuicio de lo anterior, conforme se desarrolló en los numerales 402 a 404 del presente laudo, GEPEHO sostiene que esta pretensión de MINSa es infundada ya que las partes han pactado, por anticipado, la eventual indemnización por los daños y perjuicios a cobrar a GEPEHO en caso de incumplimiento contractual, dichas indemnización está representada en las penalidades o deducciones pactadas dentro del Contrato, y ya que las partes no han pactado indemnización por daño ulterior, MINSa está limitada a cobrar solamente las penalidades estipuladas en el Contrato ante incumplimiento contractual de GEPEHO, no pudiendo exigir a GEPEHO el pago de ningún monto adicional a las penalidades por incumplimiento contractual tal y como quedó establecido en el arbitraje GEPEHO-MINSa 2.

Posición del Tribunal

445. Al respecto, el numeral 3) del Literal F. del Apartado 8 del Anexo N°7 del Contrato referido al Servicio de Mantenimiento de la Edificación, instalaciones y equipamiento asociado a la infraestructura señala lo siguiente:

3) Actualización del inventario de los bienes a conservar

La SGP se compromete, a mantener actualizado, por los medios que el INSN-SB determine, el mantenimiento, actualización y registroinventarial de todos los bienes a conservar y de sus componentes, utilizando para ello el sistema de identificación existente en la entidad, si bien su lectura puede complementarla con códigos de barras. Deberá instalar una herramienta de consulta, actualización y gestión del inventario en soporte informático, compatible e integrada con las herramientas informáticas de gestión y control del mantenimiento, así como con el sistema de información del INSN-SB. En cualquier caso estos procedimientos deberán ser compatibles con los criterios de clasificación e identificación vigente en el INSN-SB.

446. Respecto al Servicio de Mantenimiento del Equipamiento Clínico y no Clínico, el inciso b) del Literal F. del Apartado 9 del Anexo N° 7 del Contrato señala lo siguiente:

b) Inventario

La SGP deberá realizar el inventario de todo el equipamiento, contando con la colaboración del INSN-SB, durante el Periodo de Verificación de Inventario.

Luego de ello, durante el Periodo de Puesta en Marcha, se fijará el alcance inicial de la actuación de la SGP, es decir, la cantidad de equipos bajo su responsabilidad sobre los que tenga que realizar el mantenimiento, objeto del contrato. La SGP deberá brindar este servicio respecto a los Equipos que con posterioridad al Periodo de Puesta en Marcha sean adquiridos por el INSN-SB aplicando para ello lo regulado en el presente Contrato.

La SGP tiene la obligación del mantenimiento y actualización del inventario de todos los equipos que se encuentren dentro de su alcance. Dicho inventario contendrá, al menos, los siguientes campos:

447. De la lectura de las cláusulas mencionadas en los numerales anteriores, se puede concluir que es deber de GEPEHO **solamente**: (i) mantener actualizado el inventario del Equipamiento relacionado a la infraestructura del INSN-SB haciendo uso del sistema que previamente haya sido creado por la Entidad para dicho fin; (ii) mantener actualizado el inventario del Equipamiento Clínico y no Clínico que esté dentro del alcance de GEPEHO, luego de haberlo elaborado, con apoyo del propio INSN-SB, en el Periodo de Verificación de Inventario.
448. Sin embargo, MINSa le está requiriendo al GEPEHO, **la toma de inventario** anual según la Normativa.

449. Al respecto, la Directiva N° 01-2015/SBN “Procedimiento de Gestión de los Bienes Muebles Estatales”, define la “Toma” de inventario, de la siguiente manera:

6.7.3 Inventario

6.7.3.1 Definición

La toma de inventario es el procedimiento que consiste en verificar físicamente, codificar y registrar los bienes con los que cuenta la entidad a una determinada fecha, con el fin de comprobar la existencia de los bienes, contrastar su resultado con el registro contable, investigar las diferencias que pudieran existir y proceder a las regularizaciones que correspondan. El inventario mobiliario debe estar acorde con el Módulo Muebles del SINABIP, comprendiendo la relación detallada de las características y valorizada de los bienes.

450. A criterio de este Tribunal se puede observar que, **el proceso de toma de inventario es sustancialmente distinto a la obligación de GEPEHO de mantener actualizado el inventario de los bienes del INSN-SB que estipula en Contrato**, puesto que, mientras que la obligación de GEPEHO de mantener actualizado el inventario lo obliga a actualizar continuamente el inventario del equipamiento relacionado a la infraestructura del INSN-SB y actualizar continuamente el inventario del Equipamiento Clínico y no Clínico del INSN-SB luego de haberlo elaborado durante la etapa Periodo de Verificación de Inventario; la toma de inventario a la que hace referencia la Directiva N° 01-2015/SBN, es a la toma de inventario anual que deben realizar las entidades del Estado de todos los bienes muebles públicos que tienen a su cargo.
451. Así, en las tablas de indicadores de calidad del servicio se puede observar que la obligación de GEPEHO es de mantener actualizado el inventario de forma continua y no año a año (como pretende MINSAs), conforme se observa a continuación:
- Para el Servicio de Mantenimiento de la Edificación, instalaciones y equipamiento asociado a la infraestructura

Tabla 9: Indicadores de monitoreo de la calidad del servicio – MANTENIMIENTO

ID	Indicador	Tipo de defecto	Disponibilidad	Tiempo de respuesta	Criterios de aplicación de deducción (descuento)	Frecuencia de control
1	El inventario del servicio de mantenimiento de instalaciones y su situación no está actualizado.	FC2	SI	NP	Por cada vez que se detecte un incumplimiento y hasta la finalización del periodo de resolución. Cada vez que se detecte que las labores de mantenimiento no las asume una empresa externa calificada se aplicará una	T
La contratación de las labores de mantenimiento						

- Para el Servicio de Mantenimiento del Equipamiento Clínico y no Clínico.

Tabla 10: Indicadores de monitoreo de la calidad del servicio- MANTENIMIENTO

D	Indicador	Tipo de defecto	Disponibilidad	Tiempo de respuesta	Criterios de aplicación de deducción (descuento)	Frecuencia de control
1	El inventario de equipos y su situación no está actualizado	FC2	SI	NP	Por cada vez que se detecte un incumplimiento y hasta la finalización del periodo de resolución. Cada vez que se detecte que las labores	T

***En ambos casos se puede observar que la frecuencia de Control es Trimestral, independientemente de que el Supervisor realice los controles que considere oportuno, tal cual ha sido establecido en el presente laudo.**

452. Como se puede ver, el Supervisor debe realizar deducciones a GEPEHO en caso se detecte, de forma trimestral o en cualquier momento, que GEPEHO no está cumpliendo con su obligación de mantener actualizado el inventario de los equipos del INSN-SB (obligación continua) y no por no realizar el inventario de los bienes del INSN-SN de forma anual (obligación periódica). **Se concluye entonces que la obligación de mantener actualizado el inventario del INSN-SB que le corresponde a GEPEHO es sustancialmente distinta a la obligación que tiene el INSN-SB, como Entidad Pública, de cumplir con realizar la toma de inventario de todos sus equipos de forma anual, conforme a La Normativa.**
453. En esa línea, este Tribunal considera que, si bien es cierto que GEPEHO tiene la obligación de cumplir de manera inexcusable, con toda la normativa referido a los servicios que brinda al INSN-SB⁴⁴, dicha Normativa no puede crear obligaciones para GEPEHO distintas a las que nacen del propio Contrato, así lo establece el artículo 62 de la Constitución que indica que “...Los términos contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otras disposiciones de cualquier clase...”

⁴⁴ Es obligación de GEPEHO “Cumplir de forma inexcusable con toda la normativa, actual o futura, en materia general o específica, de los servicios”

454. Al respecto, el asesor legal externo del Supervisor, mediante Informe de fecha 29 de mayo de 2017, adjuntado a la Carta N° 354/C&B/2017⁴⁵, ha indicado lo siguiente:

Finalmente, un tema que consideramos que debe tomarse en cuenta, es que según la práctica recurrente de los Contratos de Asociación Público Privada, como es el caso del Contrato materia de análisis; los inventarios sobre los bienes afectados al proyecto correspondiente, se realizan anualmente.

Así, por ejemplo, el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 1 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil establece, además del inventario inicial y del final de la concesión, establece:

*"(...) **Inventario Anual.**- Es el listado de los Bienes Reversibles y no Reversibles con los que cuenta el CONCESIONARIO a las fechas de cierre anual de cada año de vigencia del Contrato hasta la Caducidad de la Concesión, que será presentado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE y al REGULADOR en forma anual, antes del 30 de enero de cada Año de la Concesión, y durante todo el plazo de vigencia de la misma."*

455. A criterio de este Tribunal, lo indicado por el asesor legal externo del Supervisor no hace sino reforzar lo hasta aquí expresado por el Tribunal, en cuanto la obligación de GEPEHO referido al inventario y establecido en el Contrato, es que GEPEHO debe mantener actualizado el inventario del INSN-SB (obligación continua y permanente) y no realizar la toma de inventario anual (obligación periódica). **Si las partes hubiesen querido que GEPEHO realice el inventario del INSN-SB de forma periódica (cada año) así lo habrían establecido en el Contrato.**
456. Por lo tanto, este Tribunal considera que lo pretendido por MINSa implicaría modificar el Contrato, generando una obligación a GEPEHO (obligación periódica de toma de inventario) donde el Contrato no ha establecido dicha obligación, sino una completamente diferente (obligación permanente y continua de mantener actualizado el inventario), por lo que, en consecuencia, todo gasto realizado por el INSN-SB para el cumplimiento de su obligación de Toma de inventario anual, no puede ser trasladado a GEPEHO, debiéndose declarar infundado este pedido de MINSa.

RESPECTO A LA DÉCIMO NOVENA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN):

⁴⁵ Carta dirigida por el Supervisor al MINSa con sumilla "Opinión legal sobre la obligación de realizar el Inventario de Bienes del Proyecto." Que se adjunta a la Reconvencción como Anexo N°3 del Informe Legal N°000167-2019-UAJ-INSNSB que MINSa hace suyo a fin de fundamentar su Reconvencción.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral ordene a la SGP la devolución de S/. 57,541.52 (Cincuenta y Siete Mil Quinientos Cuarenta y Uno con 52/100 Soles) como consecuencia de los gastos ocasionados por el incumplimiento contractual de la GEPEHO en el SERVICIO DE MANTENIMIENTO DEL EQUIPAMIENTO CLÍNICO Y NO CLÍNICO-ACCESORIOS ADQUIRIDOS POR EL INSN-SB – 2018.

Posición de MINSA

457. MINSA sostiene que es obligación de GEPEHO, respecto al servicio de Mantenimiento del Equipamiento Clínico y no Clínico, asegurar el correcto y permanente funcionamiento de los equipos materia del Contrato, debiendo realizar, de ser necesario, el cambio de partes, piezas y/o accesorios necesarios para el funcionamiento de los equipos. Dicha adquisición de partes, piezas y/o accesorios, debe correr a cuenta de la propia GEPEHO.
458. Respecto a dicho servicio, MINSA sostiene que GEPEHO se ha rehusado a abastecer al INSN-SB del accesorio denominado “Sensores de Flujo” (en adelante, sensores) necesario para el funcionamiento del Ventilador Mecánico Draguer y de los accesorios denominados “Trampa de Agua D-FEND negro x10 UNDS para equipo de anestesia DATEX OHMEDA” y “Trampa de Agua para Equipo de Anestesia” (en adelante, Trampas de Agua), accesorios necesarios, como su nombre lo indica, para el funcionamiento del equipo de Anestesia.
459. MINSA sostiene que, debido al incumplimiento de GEPEHO de proveer al INSN-SB con los Sensores y Trampas de Agua, el propio INSN-SB se ha visto en la necesidad de adquirirlos por su cuenta lo que ha generado un gasto de S/57,541.52 que MINSA solicita al Tribunal que ordene a GEPEHO devolver.

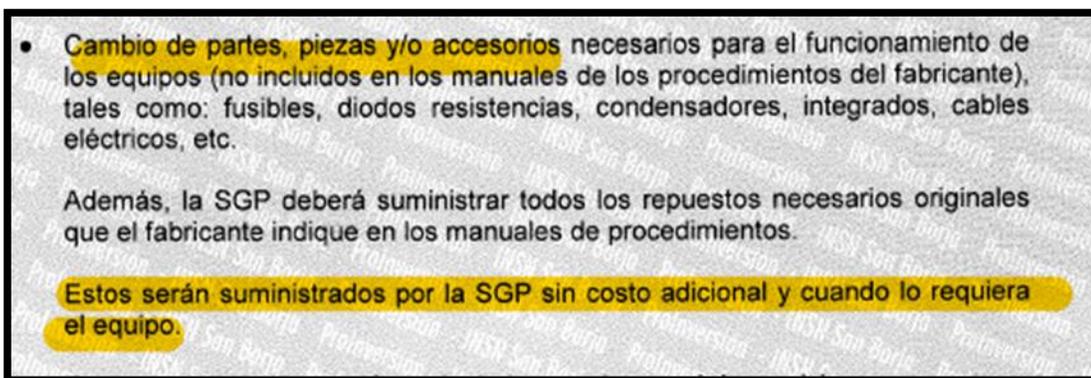
Posición de GEPEHO

460. GEPEHO sostiene que brindar los Sensores al INSN-SB no está dentro del alcance de las obligaciones a prestar como parte del Servicio de Mantenimiento del Equipo Clínico y no Clínico. Según GEPEHO, la empresa DRAGUER le ha informado que los Sensores tienen calidad de insumos según el documento público de autoría del propio MINSA denominado “Exoneración N°0008-2010-MINSA”, por lo tanto, considerando que GEPEHO tiene la obligación solo de suministrar repuestos y accesorios, no está en la obligación de suministrar insumos, GEPEHO no tiene la obligación de suministrar los Sensores al INSN-SB.
461. Según GEPEHO, el Manual de Usuario de los ventiladores DRAGUER confirma que los sensores son, en efecto, insumos y que su limpieza, desinfección, ensamblaje, uso y cambio de Sensores debe ser realizado por el usuario (en este caso, el INSN-SB, quien es el usuario de los equipos médicos) y no por GEPEHO.

462. Respecto a las Trampas de Agua, GEPEHO sostiene que, debido a que dichas Trampas contienen fluidos biológicos del paciente, su limpieza y sustitución es realizado por el personal médico asistencial y no por GEPEHO.
463. Asimismo, GEPEHO señala que las Trampas de Agua ni siquiera requieren de mantenimiento, toda vez que su vida útil es de 2 a 4 semanas. Luego de su uso, el personal asistencial las reemplaza. Es por ello que GEPEHO concluye que dichas Trampas se tratan de un consumible, es decir, insumos para el Equipo de Anestesia, razón por la cual, no están en la obligación de proveer dichas Trampas de Agua al INSN-SB, pues, según GEPEHO los insumos están excluidos del Servicio de Mantenimiento Clínico y no Clínico.
464. Sin perjuicio de lo anterior, y conforme se desarrolló en los numerales 402 a 404 del presente laudo arbitral, GEPEHO sostiene que MINSA no puede requerir el pago de indemnización por los daños causados por el supuesto incumpliendo contractual de proveer los Sensores y las Trampas de Agua al INSN-SB toda vez que todo daño ocasionado por incumplimientos de GEPEHO están cubiertos por las penalidades contractuales, y, considerando que no se ha pactado indemnización por daño ulterior en el Contrato, no corresponde que MINSA pretenda cobrar a GEPEHO monto adicional alguna al señalado por las penalidades o deducciones establecidas en el Contrato ante un eventual incumplimiento de GEPEHO, tal y como ha quedado determinado en el arbitraje GEPEHO-MINSA 2.

Posición del Tribunal

465. La obligación de GEPEHO de costear la compra de repuestos, partes, piezas **y/o accesorios** está contenida en la página 604 del Contrato (Apartado 9 del Anexo N° 7 del Contrato):



* El resaltado es del Tribunal

466. Asimismo, la obligación de GEPEHO de adquirir los materiales **y consumibles** necesarios para el correcto funcionamiento de los Servicios contenidos en el Contrato, se encuentra en la cláusula 13.1.4 del Contrato:

13.1.4. Recursos materiales

- Facilitar todos los medios materiales necesarios para el desarrollo de las actividades realizadas para la prestación de los Servicios, salvo aquellos que le sean facilitados inicialmente por el INSN-SB (los cuales se detallan en el Anexo N° 6). Los medios materiales necesarios incluirán todo el equipamiento, materiales y consumibles necesarios para el correcto funcionamiento de los Servicios.

* El resaltado es del Tribunal

467. Ahora bien, GEPEHO sostiene que no está en la obligación de adquirir los sensores ni las Trampas de Agua pues dichos materiales son insumos, por lo que estarían fuera del alcance de sus servicios.
468. Sobre los sensores, del Informe N° 003-2019-EQUIP/ESG/UAD/INSN-SAN BORJA, de fecha 15 de enero de 2019, adjuntado como anexo W-3 del escrito de GEPEHO, de fecha 31 de mayo de 2021, que absuelve la reconvenición, se puede observar que los sensores no tienen calidad de insumo toda vez que, según la Ley N° 29459 “Ley de los Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios”, un insumo es todo aquel material que no requiere de una fuente de energía para su uso, lo que es contrario a los sensores, que al formar parte de un equipo médico, necesitan necesariamente de una fuente de energía para su uso, conforme se aprecia a continuación:

Definición de Material o Insumo Médico:

En la página de la Dirección General de Medicamentos, insumos y drogas (www.digemid.minsa.gob.pe), se encuentra la definición de material o insumo médico bajo la Ley N° 29459: LEY DE LOS PRODUCTOS FARMACÉUTICOS, DISPOSITIVOS MÉDICOS Y PRODUCTOS SANITARIOS (DEFINICIÓN DE DISPOSITIVOS MÉDICOS): “Sustancia, artículo o material empleado para el diagnóstico, tratamiento o prevención de enfermedades que para su uso no requieren de fuentes de energía.”

El sensor de flujo es un componente del ventilador, el cual para su uso requiere de la fuente de energía. Por lo tanto el sensor de flujo no cabe en la definición de material o insumo médico.

469. Como se puede observar, los sensores no son clasificados como insumos, Por el contrario, la empresa DRAGUER, que fabrica los sensores, establece que los mismos son accesorios. Así de la revisión de los Manuales de Usuario de los Equipos i) respirador EVITA XL y ii) máquina de anestesia PRIMUS, adjuntados como anexos W-1 del escrito de GEPEHO, de fecha 31 de mayo de 2021, que absuelve la reconvenición, se puede observar, lo siguiente:



Medición de flujo exacta e inteligente Consumibles y accesorios

¿Por qué es importante el sensor de flujo correcto? **Los sensores de flujo no son simplemente otro accesorio.** La elección correcta puede significar una gran diferencia en el rendimiento de su equipo de ventilación y en la aplicación de múltiples mediciones importantes.

Ventajas

Medición de flujo exacta e inteligente

Al elegir los dispositivos de ventilación de anestesia o cuidados críticos de Dräger, está eligiendo uno de los principales fabricantes del mundo en este campo. ¿No se deberían aplicar los mismos estándares de calidad rendimiento a sus sensores de flujo?

Los accesorios originales de Dräger cumplen con los mismos estándares de rendimiento y seguridad que su equipo Dräger. Durante décadas, **hemos desarrollado y fabricado sensores de flujo y nuestra completa gama de sensores de flujo** (Spirolog, sensores para aplicaciones neonatales y el SpiroLife) reflejan la experiencia y conocimiento que hemos alcanzado en este campo. Todos nuestros sensores de flujo utilizan la tecnología de anemómetro de hilo electrocalentado de eficacia probada, que suministra mediciones ultrarrápidas y exactas, junto con una resistencia de inspiración y espiración muy baja. Solo necesita uno o dos sensores de alto rendimiento para el funcionamiento de casi todos los equipos de su área de trabajo.

* El resaltado es del Tribunal

470. Esta condición de Accesorio ha sido reconocida por la propia GEPEHO en su escrito de alegatos de cierre de fecha 31 de mayo de 2019, en la que señalan lo siguiente:

Anexo W-1 pág. 3 a 7 del escrito de contestación a la reconvenición: En el manual de usuario de los ventiladores EVITA XL se señala que los sensores de flujo tienen como finalidad proporcionar un mejor funcionamiento del ventilador mecánico. Es decir, es un accesorio para la mejora del equipo, no supone un repuesto.

Asimismo, en las páginas 8 a 12 del referido manual se señala que la limpieza, desinfección, ensamblaje, uso y cambio se realiza por el usuario.

* El resaltado es del Tribunal

471. A mayor abundamiento, este Tribunal puede observar que el Acta de Trato Directo N° 04 de fecha 20 de enero de 2020, (en la cual participó GEPEHO) se concluyó que los sensores estaban clasificados como accesorios, conforme se aprecia a continuación:

IV. DESARROLLO
1.1. En la presente sesión, se deja constancia que el PRONIS ha realizado la evaluación integral de la pretensión de GEPEHO respecto a que la dotación de sensores de flujo DRAGER SPIROLOG de los equipos ventiladores no se encuentra dentro del alcance de GEPEHO, según el Contrato de Gerencia, se ha realizado con los respectivos pronunciamientos técnicos de la DIEM-DGOS y DIGEMID del Ministerio de Salud, así como los informes de GEPEHO y C&B.
1.2. Acto seguido, el PRONIS, luego de realizar la evaluación técnica de las partes, concluye que los Sensores de Flujo para ventiladores pulmonares, están clasificados como accesorio para equipo médico, por lo que, conforme el Contrato de Gerencia, corresponde que sean suministrados por la SGP sin costo adicional y cuando lo requiera el equipo.
1.3. Las partes dan por culminada la sesión y se acuerda que esta es la última reunión y en los siguientes días se estará comunicando a las partes formalmente.

* El resaltado es del Tribunal

472. Por lo tanto, considerando que los sensores son accesorios, GEPEHO está en la obligación de suministrarlos al INSN-SB conforme a lo establecido en la página 604 del Contrato (Apartado 9 del Anexo N° 7 del Contrato).

473. Ahora bien, GEPEHO ha mencionado que los sensores de flujo son consumibles, por lo tanto, no estaría en la obligación de suministrarlos. Al respecto, este Tribunal observa que incluso cuando los sensores sean considerados consumibles, que no lo son, pues son accesorios, como se vio en líneas anteriores, GEPEHO no estaría exceptuado de su obligación de proveerlos, en cuanto la cláusula 13.1.4 del Contrato señala que es obligación de GEPEHO facilitar todos los consumibles necesarios para para el correcto

funcionamiento de los Servicios, en este caso, del Servicio de Mantenimiento del Equipamiento Clínico y no Clínico, con lo cual se desvirtúa este argumento de GEPEHO.

474. Por otra parte, respecto a las Trampas de Agua, GEPEHO ha señalado, como único argumento para negarse a entregar dichos materiales, en su escrito de absolución de la reconvenición de fecha 31 de mayo de 2021, lo siguiente:

En el caso de los ítems denominados Trampa de Agua para equipo de anestesia de marca Drager Primus Delta XL, tenemos que de la Nota Informativa N° 256-2018-EQUIP/ESG/UA/INSN-SAN BORJA, de fecha 12 de agosto de 2018, se reconoce que el recambio de estos debe ser mensual y en caso de alto uso de manera quincenal, con lo cual queda claro que se trata de un insumo **consumible** que no tiene la característica de un repuesto. A continuación, citamos de manera gráfica la parte pertinente de la nota informativa indicada (Ver File N° 1):

475. Es decir, GEPEHO sostiene que no está en la obligación de proveer dichas Trampas de Agua porque son consumibles. A criterio de este Tribunal, este argumento de GEPEHO no la exceptúa de su obligación de proveer dichas Trampas de Agua, toda vez que, conforme se vio en el numeral 466 del presente laudo, GEPEHO está en la obligación de suministrar al INSN-SB los consumibles necesarios para el correcto funcionamiento de los Servicios, en este caso, del Servicio de Mantenimiento del Equipamiento Clínico y no Clínico, por lo tanto, considerando que las Trampas de Agua son consumibles, GEPEHO está en la obligación de suministrarlos al INSN-SB.
476. En cuanto al pedido devolutivo de MINSAL. Conforme a las consideraciones desarrolladas al momento de resolver la controversia referida a la segunda pretensión de la reconvenición (Décimo Séptima Cuestión Controvertida), este Tribunal considera que la naturaleza de la cuarta pretensión de la reconvenición, que es materia del presente análisis, por la que se solicita la restitución de los gastos en que MINSAL tuvo que incurrir por motivo de la inejecución imputable de GEPEHO, configura el resarcimiento del daño emergente. En tal sentido, al no haberse pactado en el Contrato indemnización por daño ulterior por incumplimientos contractuales de GEPEHO, MINSAL solo podrá exigir el resarcimiento de los daños producidos por los incumplimientos contractuales de GEPEHO mediante las penalidades y/o deducciones señaladas en el Contrato. Por esta razón, el cuarto pedido de la reconvenición de MINSAL debe ser declarado infundado.

RESPECTO A LA VIGÉSIMA CUESTIÓN CONTROVERTIDA (PAGO DE COSTAS Y COSTOS)

477. Al respecto, el Tribunal realiza el siguiente análisis respecto de cuál de las partes debe asumir los gastos que demande el arbitraje, incluyendo los honorarios arbitrales, honorarios de la secretaria arbitral y los costos de la asesoría técnica legal.
478. Que según el artículo 73° de la Ley de Arbitraje corresponde que el Tribunal se pronuncie sobre la asunción o distribución de costos, a fin de determinar si alguna de las partes debe asumirlos en su totalidad o si, por el contrario, cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.

Que así tenemos que el artículo 73° de la Ley de Arbitraje dispone que:

“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 la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. (...)”

479. Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70° de la Ley de Arbitraje los costos incluyen, pero no se limitan, a los honorarios y gastos del Tribunal y el secretario, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral; los gastos incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y los demás gastos razonables originados en actuaciones arbitrales.
480. Que el convenio arbitral no ha previsto nada respecto de los costos del arbitraje, por lo que corresponde que el Tribunal se pronuncie si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.
481. El Tribunal ha apreciado que ambas partes han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y que por ello han litigado convencidas de sus posiciones ante la controversia.
482. Que, teniendo en cuenta este hecho, este Tribunal es de la opinión que ambas partes tuvieron fundadas razones para litigar, por lo que cada una de ellas debe asumir los costos del arbitraje en los que ha incurrido.
483. Por consiguiente, no corresponde ordenar a ninguna de las partes el pago de los costos totales del proceso arbitral. En consecuencia, se resuelve que cada parte cubra sus propios gastos, por un lado, y por otro, los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y honorarios de la Secretaría Arbitral) que deben ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales.

XIII **PARTE RESOLUTIVA**

De acuerdo con lo expuesto en los fundamentos anteriores, el Tribunal por unanimidad declara:

PRIMERO. – Infundada la excepción de incompetencia deducida por MINSAs.

SEGUNDO. – Sobre la Primera Cuestión Controvertida (Primera Pretensión Principal):

- Infundado el pedido contenido en el numeral (i) de la Primera Pretensión Principal
- Infundado el pedido contenido en el numeral (ii) de la Primera Pretensión Principal.
- Infundado el pedido contenido en el numeral (iii) de la Primera Pretensión Principal.

TERCERO. – Sobre la Segunda Cuestión Controvertida (Segunda Pretensión Principal y su Pretensión Subordinada):

- Fundada en parte la segunda pretensión principal. Por lo tanto, este Tribunal declara que la interpretación del concepto de (2) *incremento de la intensidad de los fallos por efecto de repeticiones* es, **a partir de agosto de 2016**, la realizada por GEPEHO en su escrito de demanda, conforme a los numerales 128 y 129 del presente laudo arbitral.
- Fundada en parte la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal. Por lo tanto, este Tribunal declara que la interpretación de los conceptos 1) *frecuencia de control de las Tablas de Indicadores de calidad* y (3) *lo que se considera como un mismo fallo para efecto del cómputo de las deducciones*; es, **a partir de la fecha de emisión del presente laudo**, el establecido por este Tribunal en los numerales 145 y 146 de este laudo arbitral.

CUARTO. – Sobre la Tercera Cuestión Controvertida (Tercera Pretensión Principal y su Pretensión Subordinada):

- Fundada en parte la tercera pretensión principal. Por lo tanto, este Tribunal ordena a MINSAs y a PRONIS que instruyan al Supervisor a realizar el recálculo de los Porcentajes de Deducciones Mensuales, así como las Deducciones Aplicables Mensuales, que corresponden aplicar a las Retribuciones por el Mantenimiento y Operación - RPMO de GEPEHO, **solo en el extremo referido a** la correcta interpretación del concepto de (2) *incremento de la intensidad de los fallos por efecto de repetición*, **desde agosto de 2016 en adelante**, conforme a lo establecido en los numerales 147 y 148 del presente laudo.
- Infundada la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal.

QUINTO. – Sobre la Cuarta Cuestión Controvertida (Cuarta Pretensión Principal y su Pretensión Subordinada):

- Fundada en parte la cuarta pretensión principal. Por lo tanto, este Tribunal ordena a PRONIS y a MINSa, la devolución de los montos por Retribución por el Mantenimiento y Operación – RPMO mensual, producto del recálculo a realizar en base a la correcta interpretación del concepto de (2) *incremento de la intensidad de los fallos por efecto de repetición*, **desde agosto de 2016 en adelante**, más Impuesto General a las Ventas (IGV) y el interés equivalente a la tasa del cupón del Bono Soberano 04ENE2026A, cuya tasa cupón asciende a 3,72% anual más dos por ciento (2%) anual hasta la fecha efectiva de pago.

- Infundada la pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal.

SEXTO. – Sobre la Quinta Cuestión Controvertida (Quinta Pretensión Principal):

- i. Infundado el pedido contenido en el numeral (i) de la Quinta Pretensión Principal.
- ii. Infundado el pedido contenido en el numeral (ii) de la Quinta Pretensión Principal.

SÉPTIMO. – Sobre la Sexta Cuestión Controvertida (Sexta Pretensión Principal):

- i. Infundado el pedido contenido en el numeral (i) de la Sexta Pretensión Principal.
- ii. Infundado el pedido contenido en el numeral (ii) de la Sexta Pretensión Principal.

OCTAVO. – Sobre la Séptima Cuestión Controvertida (Séptima Pretensión Principal):

- i. Fundado el pedido contenido en el numeral (i) de la Sexta Pretensión Principal. Por lo tanto este Tribunal ordena a MINSa y al PRONIS que instruyan al INSN-SB, a fin de que el Área de Servicios Generales del INSN-SB sea el único encargado de la generación de las Órdenes de Trabajo de Mantenimiento (OTM) tanto para el servicio de mantenimiento de equipamiento clínico y no clínico, como para el servicio de mantenimiento de la edificación, instalaciones y equipamiento asociado a la infraestructura que brinda GEPEHO, y estas no sean generadas y remitidas por el área usuaria de cada servicio directamente a GEPEHO.

- ii. Infundado el pedido contenido en el numeral (ii) de la Séptima Pretensión Principal.

NOVENO. – Sobre la Octava Cuestión Controvertida (Novena Pretensión Principal):

- i. Fundado el pedido contenido en el numeral (i) de la Novena Pretensión Principal, en consecuencia, se ordena a MINSa y al PRONIS que realicen la devolución del monto de S/285,325.00 soles que ha sido indebidamente deducido a GEPEHO por concepto de penalidad.

- ii. Fundado el pedido contenido en el numeral (ii) de la Novena Pretensión Principal, en consecuencia, se ordena a MINSa y al PRONIS que no apliquen y, por ende, no deduzcan, las penalidades impuestas a GEPEHO por el monto de S/ 37,800 soles.

DÉCIMO. – Sobre la Novena Cuestión Controvertida (Décimo Segunda Pretensión Principal):

- Fundada la Décimo Segunda Pretensión Principal, en consecuencia, el Tribunal declara que los servicios de limpieza deben prestarse de acuerdo a las especificaciones del Anexo N° 7 del Contrato de Gerencia, sin contar ambientes que no formaban parte del metraje del INSN-SB al inicio de operaciones, conforme al numeral 228 del presente Laudo Arbitral.

DÉCIMO PRIMERO. – Sobre la Décima Cuestión Controvertida (Décimo Tercera Pretensión Principal):

- i. Infundado el pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Tercera Pretensión Principal.
- ii. Infundado el pedido contenido en el numeral (ii) de la Décimo Tercera Pretensión Principal.
- iii. Infundado el pedido contenido en el numeral (iii) de la Décimo Tercera Pretensión Principal.

DÉCIMO SEGUNDO. – Sobre la Décimo Primera Cuestión Controvertida (Décimo Cuarta Pretensión Principal):

- i. Infundado el pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Cuarta Tercera Pretensión Principal.
- ii. Infundado el pedido contenido en el numeral (ii) de la Décimo Cuarta Pretensión Principal.
- iii. Infundado el pedido contenido en el numeral (iii) de la Décimo Cuarta Pretensión Principal.

DÉCIMO TERCERO. – Sobre la Décimo Segunda Cuestión Controvertida (Décimo Sexta Pretensión Principal):

- i. Infundado el pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Sexta Pretensión Principal **conforme a lo establecido en los numerales 283 al 288 del presente Laudo Arbitral.**
- ii. Infundado el pedido contenido en el numeral (ii) de la Décimo Sexta Pretensión Principal.

DÉCIMO CUARTO. – Sobre la Décimo Tercera Cuestión Controvertida (Décimo Séptima Pretensión Principal):

- Fundada la Décimo Séptima Pretensión Principal, en consecuencia, el Tribunal declara que el alcance del servicio de asistencia técnica de adquisición comprende única y exclusivamente la asistencia por parte de GEPEHO con relación a equipos considerados de reposición en conformidad con lo estipulado en el Contrato, ya sea por el fin de su vida útil o de aquellos que serán repuestos en virtud de nuevos

avances tecnológicos, excluyendo de su alcance **todos los otros equipos que no reúnan dichas características**, conforme al numeral 304 del presente Laudo Arbitral.

DÉCIMO QUINTO. – Sobre la Décimo Cuarta Cuestión Controvertida (Décimo Octava Pretensión Principal):

- i. Infundado el pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Octava Pretensión Principal.
- ii. Infundado el pedido contenido en el numeral (ii) de la Décimo Octava Pretensión Principal.
- iii. Fundado el pedido contenido en el numeral (iii) de la Décimo Octava Pretensión Principal, en consecuencia, el Tribunal Arbitral declara que GEPEHO no está obligada a proveer los siguientes insumos: i) clorhexidina 2% ii) clorhexidina 4%; iii) papel toalla interfoliado.
- iv. Infundado el pedido contenido en el numeral (iv) de la Décimo Octava Pretensión Principal.

DÉCIMO SEXTO. – Sobre la Décimo Quinta Cuestión Controvertida (Décimo Novena Pretensión Principal):

- i. Fundado el pedido contenido en el numeral (i) de la Décimo Novena Pretensión Principal, en consecuencia, este Tribunal Arbitral declara que el Plan Operativo Anual (POA) de cada servicio, de acuerdo a su propia definición estipulada en el Contrato, debe ser aprobado por periodos de un (1) año calendario entendiendo dicho concepto como el periodo de doce (12) meses comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre, incluyendo ambas fechas, **conforme a lo estipulado en los numerales 383 a 385 del presente Laudo Arbitral.**
- ii. Fundado el pedido contenido en el numeral (ii) de la Décimo Novena Pretensión Principal, en consecuencia, este Tribunal Arbitral declara que el POA aprobado para un año calendario únicamente permanecerá vigente para el periodo en que fue aprobado, no resultando válida su aplicación para un periodo distinto, **conforme a lo estipulado en los numerales 383 a 385 del presente Laudo Arbitral.**
- iii. Infundado el pedido contenido en el numeral (iii) de la Décimo Novena Pretensión Principal.
- iv. Infundado el pedido contenido en el numeral (iv) de la Décimo Novena Pretensión Principal.

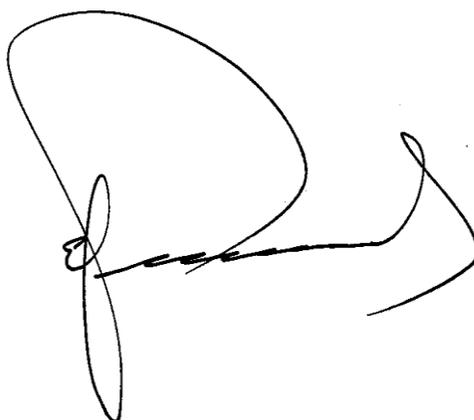
DÉCIMO SÉPTIMO. – Infundada la Primera Pretensión Principal de la Reconvención.

DÉCIMO OCTAVO. – Infundada la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención.

DÉCIMO NOVENO. – Infundada la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención.

VIGÉSIMO. – Infundada la Cuarta Pretensión Principal de la Reconvención.

VIGÉSIMO PRIMERO. – Sobre la Vigésima Cuestión Controvertida (Pago de Costas y Costos del Proceso), este Tribunal ordena que cada una de las partes asuma los gastos que este proceso arbitral les haya ocasionado.



Enrique Palacios Pareja
Presidente del Tribunal Arbitral



Manuel Diego Aramburú Yzaga
Árbitro



Roxana Jiménez Vargas-Machuca
Árbitro