
**MECANISMO DE AMIGABLE COMPONEDOR EN EL MARCO DEL CONTRATO
DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA SUSCRITO ENTRE ESSALUD Y CALLAO
SALUD S.A.C.**

**Acta de Acuerdo sobre la Propuesta de Solución del Amigable Componedor
(10.FEB.2023)**

I. PARTES DEL PROCEDIMIENTO

Con fecha 10.FEB.2023 a horas 16:00, se reunieron en la Av. Arenales N° 1302, Oficina 417 del Complejo Arenales, de una parte, el Seguro Social de Salud (en adelante: ESSALUD), debidamente representado por el Gerente Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, el señor Juan Ricardo ZUÑIGA CARDENAS designado mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 838-PE-ESSALUD-2022 identificado con DNI N° 07933733, el Gerente de Gestión de Contratos de la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, el señor Raúl Eduardo FERNANDEZ OLIVARES designado mediante Resolución de Presidencia N° 1182-PE-ESSALUD-2020 identificado con DNI N° 07808916; y, de otra parte Callao Salud S.A.C. (en adelante la Sociedad Operadora), debidamente representada por su Gerente General, el señor Carlos ROQUÉS MATA, identificado con Carnet de Extranjería N° 000665668, el Señor Daniel QUERUB PERELIS, identificado con Carnet de Extranjería N° 000750401, su Gerente Legal, la señora Francesca AUCARURI TOVAR, identificada con DNI N° 43609864, según poderes debidamente inscritos en la partida N° 12460099 del Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos de Lima, quienes declaran contar con poderes de representación suficiente para desarrollar el Procedimiento de Amigable Composición.

II. INTERVINIENTES

Participan en calidad de intervinientes: (i) La Supervisión del Contrato y Operaciones del Contrato APP, representada por el Señor Alfredo Jose Chavez Vélez, el Señor Carlos Huayhualla Sauñe, el Señor Juan Fernando Suito Larrea, la

señora Jennifer Deniss Morón Nakada; y (ii) La Gerencia Central de Asesoría Jurídica, representada por el Señor Renee Andres Bonifaz Abad.

III. ANTECEDENTES

3.1 Con fecha 10 de noviembre de 2022, se llevó a cabo la instalación del Procedimiento de Amigable Componedor, en la Oficina 417 del Complejo Arenales del Seguro Social de Salud – EsSalud, el cual, de conformidad con el Acta de Instalación se pronunciará respecto a la controversia planteada en el punto c. de la Sección IV del Acta de Trato Directo N° 17, de fecha 14.JUL.2022, siendo la siguiente:

“Determinar el alcance temporal que corresponde al ‘Procedimiento para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson’ aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29.MAYO.2019, el cual fue aprobado en el marco de los acuerdos adoptados mediante Trato Directo N° 04, a fin que se establezca si sus disposiciones resultan de aplicación para que EsSalud efectúe el reembolso de los costos incurridos por la Sociedad Operadora en la provisión de prótesis realizadas con posterioridad a la fecha de aprobación de dicho Procedimiento”.

3.2 Con fecha 28 de noviembre de 2022, las Partes presentaron su posición respecto a la controversia sometida al procedimiento de Amigable Composición.

3.3 Con fecha 07 de diciembre de 2022, se llevó a cabo la Audiencia de Exposición de las Partes.

3.4 Con fecha 06 de enero de 2023, se llevó a cabo la Audiencia de Exposición del Amigable Componedor.

3.5 Con fecha 13 de enero de 2023, se llevó a cabo la Audiencia Complementaria de Exposición de la Propuesta de Solución del Amigable Componedor, a

través de la cual el Amigable Componedor concluye su exposición y entrega el Informe con su propuesta de solución.

- 3.6 Con fecha 26 de enero de 2023, ESSALUD solicitó a la Sociedad Operadora otorgar una prórroga de diez hábiles adicionales para la suscripción de la presente Acta de Acuerdo, para poder determinar la posición institucional respecto a la propuesta formulada por el Amigable Componedor. Al respecto, la Sociedad Operadora manifestó su conformidad de prórroga hasta el día 10 de febrero de 2023.

IV. SOBRE LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN DEL AMIGABLE COMPONEDOR

POSICIÓN DE ESSALUD

- 4.1 La Gerencia de Gestión de Contratos de la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones elaboró el Informe N° 25-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2023, de fecha 25 de enero de 2023, que contiene la evaluación de los costos y los beneficios de la propuesta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125° del Decreto Supremo N° 240-2018-EF. Dicho informe se remitió a la Gerencia General, con copia a la Gerencia Central de Asesoría Jurídica, a través de la Nota N° 004-GCPGCI-ESSALUD-2023, de fecha 26 de enero de 2023, a fin de que se evalúe, analice y determine la posición institucional referida a la aceptación o rechazo de la propuesta formulada por el amigable componedor.
- 4.2 Con Carta N° 072-GCPGCI-ESSALUD-2023, de fecha 26 de enero de 2023, la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones solicitó opinión técnico legal al Supervisor del Contrato y de las Operaciones del Contrato de APP, sobre los Informes que contienen la Fórmula de Solución de Amigable Componedor para la Provisión de Prótesis para asegurados de hospitales bajo la modalidad APP del Hospital Alberto Leonardo Barton Thompson” y “Guillermo Kaelin de la Fuente”.
- 4.3 Con Carta N° 015-CAPP-ADIMSA-ESAN-VMT-CALLAO-2023, de fecha 31 de enero de 2023, el Supervisor del Contrato y de las Operaciones del Contrato

de APP remite el Informe Especial N° 002-VMT-CALLAO-2023-LEGAL, el cual concluye que, para la emisión de los informes que contienen la propuesta de amigable componedor, se han cumplido con los procedimientos previstos en la normativa de APP.

- 4.4 Mediante Nota N° 006-GCPGCI-ESSALUD-2023, de fecha 02 de febrero de 2023, la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones remitió a la Gerencia General, con copia a la Gerencia Central de Asesoría Jurídica, la Carta y el Informe mencionado en el numeral anterior, a fin de que se tome en consideración para la evaluación y análisis de la propuesta formulada por el amigable componedor.
- 4.5 Mediante Memorando N° 347-GG-ESSALUD-2023, de fecha 09 de febrero de 2023, la Gerencia General autorizó a la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones a suscribir el Acta de Acuerdo de Aceptación de la Propuesta del Amigable Componedor, al cual se hace referencia en el artículo 124° del Decreto Supremo N° 240-2018-EF.
- 4.6 Por lo señalado, la posición de ESSALUD es la de aceptar la propuesta formulada por el Amigable Componedor en los términos y condiciones contenidos en el Informe del Amigable Componedor, el cual formará parte integrante del presente acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 124.1 del artículo 124° del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, y según lo dispuesto en el informe de costos y beneficios contenidos en el Informe N° 25-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2023.

POSICIÓN DE LA SOCIEDAD OPERADORA

- 4.7 Callao Salud S.A.C. da constancia que ha sido notificada con el Informe elaborado por el Amigable Componedor en el marco del presente Trato Directo No. 17; y, ha participado en las audiencias programadas para su exposición los días 6 y 13 de enero de 2023.

4.8 Habiendo evaluado el contenido de dicho Informe, así como las propuestas que, a través de dicho documento, formula a las Partes, Callao Salud S.A.C. manifiesta su conformidad y aceptación a las mismas.

4.9 Callao Salud S.A.C. destaca que, conforme a lo acordado por las Partes en el Acta de Trato Directo N° 17, de fecha 14 de julio de 2022, las propuestas contenidas en el señalado Informe del Amigable Componedor están referidas, exclusivamente, al alcance temporal del procedimiento aprobado mediante Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019.

V. ACUERDO

Las Partes acordaron aceptar la propuesta formulada por el Amigable Componedor, la cual formará parte integrante del presente acuerdo.

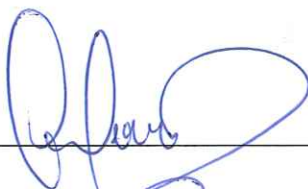
VI. FINALIZACIÓN DE LA SESIÓN

Leída y aprobada la presente Acta, las partes e intervinientes suscriben en señal de conformidad, tres (3) ejemplares con idéntico tenor y valor.


Juan Ricardo Zuñiga Cardenas



Raúl Fernandez Olivares



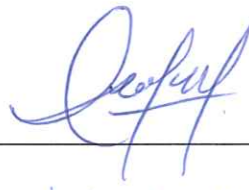
Carlos Roqués Mata



Daniel Querub Perelis



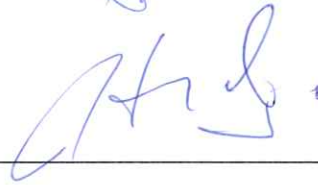
Francesca Aucaruri Tovar



Alfredo Chavez Vélez



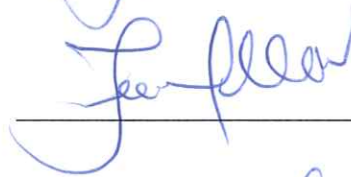
Carlos Huayhualla Saúne



Juan Suito Larrea



Jennifer Morón Nakada



Renee Bonifaz Abad



INFORME

PROPUESTA DE SOLUCIÓN DEL AMIGABLE COMPONEDOR

El 4 de octubre de 2022, ESSALUD y la Sociedad Operadora llevaron a cabo una Sesión del Trato Directo N° 17, en la cual, entre otras cosas, acordaron designar al suscrito como amigable componedor de uno de sus desacuerdos.

El 11 de octubre de 2022, a través de Carta N° 949-GCPGCI-ESSALUD-2022, la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones de ESSALUD me comunicó dicha designación, la cual acepté con Carta S/N el 13 de octubre de 2022.

El 10 de noviembre de 2022, entre otras cosas, las Partes convinieron en instalar el Procedimiento de Amigable Composición, estableciendo reglas y plazos aplicables, con el objeto de que el suscrito proponga una solución a la controversia descrita en el punto c. del Acta de Trato Directo N° 17, de fecha 14 de julio de 2022; a saber:

“Determinar el alcance temporal que corresponde al ‘Procedimiento para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson’ aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29.MAYO.2019, el cual fue aprobado en el marco de los acuerdos adoptados mediante Trato Directo N° 04, a fin que se establezca si sus disposiciones resultan de aplicación para que EsSalud efectúe el reembolso de los costos incurridos por la Sociedad Operadora en la provisión de prótesis realizadas con posterioridad a la fecha de aprobación de dicho Procedimiento”.

En dicho marco, de conformidad con las reglas y plazos acordados por las Partes en el Procedimiento de Amigable Composición, así como en mérito a lo establecido en el numeral 123.1 del artículo 123 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF, cumpro con remitir oportunamente la propuesta de solución formulada, en calidad de Amigable

Componedor, en referencia a la controversia que ha sido sometida a mi conocimiento; y que ha sido descrita precedentemente. En tal sentido, informo lo siguiente:

I. CONTROVERSIA Y ANTECEDENTES

Contratos de App y Adendas

1. El 31 de marzo de 2010, se suscribió el Contrato de Asociación Público Privada para la Constitución de Derecho de Superficie, Diseño, Construcción de infraestructura, Dotación de Equipamiento, Operación y Mantenimiento del Nuevo Hospital III Callao y su Centro de Atención Primaria de la Red Asistencial Sabogal de ESSALUD.
2. El 07 de abril de 2011, se suscribió la Adenda N° 1 al Contrato de Asociación Público-Privada para la Constitución de Derecho de Superficie, Diseño, Construcción de Infraestructura, Dotación de Equipamiento, Operación y Mantenimiento del Nuevo Hospital III Callao y su Centro de Atención Primaria de la Red Asistencial Sabogal de ESSALUD.
3. El 26 de marzo de 2012, se suscribió la Adenda N° 2 al Contrato de Asociación Público-Privada para la Constitución de Derecho de Superficie, Diseño, Construcción de Infraestructura, Dotación de Equipamiento, Operación y Mantenimiento del Nuevo Hospital III Callao y su Centro de Atención Primaria de la Red Asistencial Sabogal de ESSALUD.

Trato Directo N° 04

El presente Informe se sustenta y remite, entre otros, a las Actas de las Sesiones del Trato Directo N° 04, las cuales he tenido a la vista y he analizado por cuanto han sido ofrecidas por las Partes como evidencia de sus posiciones y acuerdos. Sin perjuicio de ello, a continuación, se describen únicamente los eventos más relevantes de dicho Trato Directo con la finalidad de que pueda referirme a la fórmula de solución que

las Partes me han solicitado proponer, sin que ello implique que se descarten o desconozcan los eventos, argumentos, posiciones o acuerdos sostenidos en el mencionado Trato Directo N° 04 y que no son referidos en el presente documento:

4. El 23 de octubre de 2017, se suscribe el Acta de Instalación del Procedimiento de Trato Directo N° 04, Trato Directo para Solución de las Controversias en la Ejecución del Contrato de Asociación Público Privada para la Constitución del Derecho de Superficie, Diseño, Construcción, Dotación de Equipamiento, Operación y Mantenimiento del Nuevo Hospital III Callao y su Centro de Atención Primaria de la Red Asistencial Sabogal de ESSALUD.

En dicha Sesión de Trato Directo, las Partes acordaron, entre otras cosas, agrupar las controversias planteadas por la Sociedad Operadora en su solicitud de trato directo, en función de tres problemáticas concurrentes: (i) definición del alcance del concepto de prótesis en el marco del Contrato APP incluyendo sus bases e iniciativa privada y normatividad vigente a dicha fecha; (ii) alcance del reconocimiento de deuda generado a favor de la Sociedad Operadora por la adquisición de prótesis y sus costos asociados; y, (iii) establecimiento de un procedimiento de provisión de prótesis que incorpore los principios de eficiencia y oportunidad así como el consenso de las partes, que contribuya a la solución del problema de embalse existente a la fecha.

5. El 30 de octubre de 2017, se suscribe el Acta mediante la cual la Sociedad Operadora sostuvo que los audífonos no formaron parte de las bases de la invitación internacional, iniciativa privada ofertada, contrato de APP y su adenda N° 2 y el Manual de Calidad. Asimismo, la Sociedad Operadora presentó el listado de prótesis que las Partes habían trabajado en conjunto con carácter previo al inicio del Trato Directo, precisando la documentación que así lo sustentaba. Al respecto, tanto ESSALUD como el Supervisor solicitaron un plazo razonable para evaluar lo argumentado por la Sociedad Operadora y exponer sus conclusiones. Como consecuencia de ello, las Partes acordaron suspender la Sesión de Trato Directo hasta el día 3 de noviembre de 2017.

6. El 03 de noviembre de 2017, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes reconocen que el Contrato APP no incluye la provisión – a cuenta de la Sociedad Operadora – de las endoprótesis y exoprótesis que se requieran para la prestación de los servicios médico quirúrgicos contratados, por lo que su provisión constituye una obligación a cargo de ESSALUD. Igualmente, las Partes reconocieron que el Contrato APP tampoco incluye la implantación de prótesis, ortésis y/o ayudas biomecánicas en el marco de los procedimientos de rehabilitación pactados, lo que para el caso concreto de los audífonos significa que independientemente de su clasificación, y en tanto ESSALUD requiera su implantación, aquellos deberán ser provistos por ESSALUD.

7. En la Sesión de Trato Directo del 06 de noviembre de 2017, la Sociedad Operadora expuso sus argumentos respecto al alcance del reconocimiento de deuda generado a su favor por la adquisición de prótesis y sus costos asociados, dejando constancia de los mismos en su propuesta de procedimiento que sería remitida por correo electrónico y anexada en el acta de continuación de la Sesión de Trato Directo. Como consecuencia de ello, en dicha Sesión, se suscribe el Acta mediante la cual ESSALUD y el Supervisor del Contrato APP solicitaron un plazo razonable para evaluar lo argumentado por la Sociedad Operadora, suspendiendo el desarrollo de la sesión.

8. En la Sesión de Trato Directo del 13 de noviembre de 2017, ESSALUD habiendo evaluado el procedimiento de reembolso del valor de las prótesis adquiridas presentado por la Sociedad Operadora, presentó un procedimiento alternativo que se adjunta como anexo y sería evaluado por las Partes en la próxima sesión . Asimismo, en dicha fecha, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acuerdan que evaluarán el procedimiento para el reembolso del valor de las prótesis consensuadas, para su aprobación en la siguiente sesión, existiendo a la fecha dos alternativas propuestas por la sociedad operadora: (i) sustento del gasto por parte del acreedor y reconocimiento de intereses y (ii) determinación del valor de reconocimiento por parte de

ESSALUD con renuncia a los intereses correspondientes por parte de la Sociedad Operadora.


9. En la Sesión de Trato Directo del 01 de diciembre de 2017, ESSALUD sostuvo que, habiendo evaluado las propuestas de la Sociedad Operadora en torno al procedimiento de reembolso, encuentra consistente aquella que propone que el reembolso se realice a partir del sustento del gasto por parte del acreedor a través de los comprobantes de pago correspondientes (facturas), incluyendo el pago de intereses legales desde la fecha de constitución en mora correspondiente. Como consecuencia de ello, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acuerdan que la Sociedad Operadora evaluará el alcance de la propuesta efectuada por ESSALUD.

Del mismo modo, en dicha Acta, las Partes reconocen como prótesis a ser reembolsadas: (i) las prótesis de cadera; (ii) las prótesis de rodilla; (iii) las prótesis de hombro; (iv) las prótesis de hemipelvectomía, desarticuladas, arriba o debajo de la rodilla o tobillo y pie; (v) las prótesis interescapulotorácica, desarticuladas, arriba o abajo del codo, mano, guante o dedo cosmético; (vi) las ortoprótesis y (vii) las prótesis mamarias externas.


10. En la Sesión de Trato Directo del 11 de diciembre de 2017, la Sociedad Operadora presentó como contrapropuesta que el reembolso incluya: (i) coste de la prótesis, según factura; (ii) coste de administración de compra y logística, ascendiente al 1% de lo facturado; y, (iii) costo de oportunidad del inversionista compuesto por: (i) la tasa de libre riesgo, (ii) la prima por riesgo sectorial y (iii) la prima por riesgo país, valorizado a la fecha en 11.6755%. Como resultado de ello, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acuerdan que ESSALUD evaluará para la siguiente sesión la contrapropuesta planteada por la Sociedad Operadora, para cuyos efectos la Sociedad Operadora remitirá las fuentes de información que sirven de base a su contrapropuesta en lo referido a los costes de administración y al coste de oportunidad del inversionista.

11. En la Sesión de Trato Directo del 18 de diciembre de 2017, ESSALUD sostuvo que encontraba razonable incorporar como parte de su propuesta de conceptos reembolsables a la Sociedad Operadora el coste de administración y logística, teniendo en cuenta que el numeral D.2 de la Adenda N° 02 del Contrato APP, reconoce a favor de ESSALUD un derecho equivalente en el marco de las compras corporativas de medicamentos e insumos efectuadas por ESSALUD para la Sociedad Operadora; sin perjuicio de lo cual y considerando que dicha cláusula contractual no precisa el porcentaje de la comisión, sino que lo remite a las condiciones habituales de mercado, estimó pertinente que el Supervisor valide si el porcentaje de 1% requerido por la Sociedad Operadora por concepto de coste de administración se encuentra dentro de los porcentajes reconocidos en condiciones habituales de mercado para la provisión de este tipo de servicios. Igualmente, en cuanto a la solicitud de reembolso de la Sociedad Operadora por concepto de costo de oportunidad del inversionista, ESSALUD consideró que el Contrato de APP, ni su iniciativa privada ni sus bases permiten reconocer, ni determinar el alcance de dicho concepto, por lo que propuso excluirlo de los conceptos a ser reembolsados. En la fecha descrita, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acordaron que la Sociedad Operadora emitirá su decisión final respecto del alcance de los conceptos reembolsables, una vez que ESSALUD presente su propuesta final.
12. El 04 de enero de 2018, se suscribe el Acta mediante la cual las Partes acuerdan evaluar para la siguiente sesión de trato directo los informes presentados por el Supervisor.
13. En la Sesión de Trato Directo del 18 de enero de 2018, ESSALUD presentó a la Sociedad Operadora, como propuesta final de conceptos reembolsables: (i) el gasto sustentado con la factura correspondiente; (ii) los intereses legales desde la fecha de constitución en mora; (iii) el 1% sobre facturado, por concepto de costes de administración.


Asimismo, se suscribe el Acta mediante la cual las Partes reconocen complementariamente a lo acordado en el numeral 4.1 del acta de fecha 01 de diciembre de 2017, como prótesis a ser reembolsadas por parte de ESSALUD a: (i) los implantes metálicos; (ii) los implantes globo oculares; (iii) los implantes valvulares; (iv) las mallas de polipropileno; (v) los tubos de ventilación; (vi) los lentes intraoculares y (vii) los equipos de derivación ventrículo peritoneal.



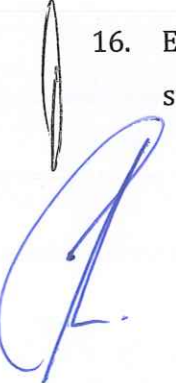

14. El 25 de abril de 2018, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acordaron que, en cumplimiento del numeral 4.5 del acta de fecha 18 de enero de 2018, la Sociedad Operadora presentaría su posición final respecto del alcance de los conceptos reembolsables, una vez que cuente con la opinión técnica que brindaría el Ministerio de Salud en calidad de organismo rector en el sector salud, sin perjuicio de valorar con carácter complementario la opinión técnica de la Sociedad Peruana de Ortopedia y Traumatología.







15. El 08 de junio de 2018, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes reconocieron lo opinado por el Ministerio de Salud, así como la competencia de DIGEMID para emitir opinión técnica en materia de dispositivos médicos, e incluyen para efectos del Contrato APP en relación a esta controversia y en lo sucesivo al material de osteosíntesis dentro del concepto de prótesis.



Asimismo, las Partes acordaron que ESSALUD presentaría en la próxima sesión su posición institucional en relación a: (i) la naturaleza contractual del procedimiento de reembolso y sus alcances técnicos; (ii) la propuesta de procedimiento de reembolso; y (iii) la fecha a partir de la cual deberían ser considerados los intereses legales materia de su propuesta final de conceptos reembolsables.



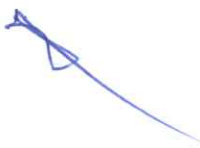


16. El 12 de julio de 2018, se suscribe el Acta mediante la cual ESSALUD presentó su proyecto de procedimiento para el reembolso de costos incurridos en la










provisión de prótesis en el Complejo Hospitalario "Alberto Barton Thompson", elaborado por la Gerencia de Gestión de Contratos de la GCPGCI.

En dicha Sesión de Trato Directo, las Partes acuerdan que como parte del procedimiento de reembolso se conformaría una comisión única de reembolso integrada por las Gerencias Centrales de Planeamiento y Presupuesto, Gestión Financiera, Asesoría Jurídica, Logística y Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, la misma que estará a cargo de la evaluación de los expedientes presentados por la Sociedad Operadora. Asimismo, las Partes acordaron que la Sociedad Operadora remitiría recomendaciones complementarias al proyecto de procedimiento para el reembolso de costos incurridos en la provisión de prótesis en el Complejo Hospitalario "Alberto Barton Thompson", elaborado por la Gerencia de Gestión de Contratos de la GCPGCI.

- 
17. El 24 de enero de 2019, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acuerdan aprobar el proyecto final denominado "Procedimiento para el reembolso de costos incurridos en la provisión de prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson", el mismo que sería elevado a la Gerencia General para su aprobación.
- 
18. El 02 de abril de 2019, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acuerdan modificar el proyecto final denominado "Procedimiento para el reembolso de costos incurridos en la provisión de prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson", versión N° 02, el mismo que sería elevado a la Gerencia General para su aprobación conforme a lo recogido por la Gerencia Central de Asesoría Jurídica.
- 

Resoluciones de la Gerencia General De ESSALUD

- 
- 
- 
- 
- 
- 
- 
19. El 07 de julio de 2015, se aprueba el Procedimiento para el Suministro de Endoprótesis y Exoprótesis a los Complejos Hospitalarios bajo la modalidad de Asociación Público Privada: "Guillermo Kaelin De la Fuente" y "Alberto

Barton Thompson”, a través de la Resolución de Gerencia General N° 834-GG-ESSALUD-2015.

20. El 04 de julio de 2018, se modifica el numeral 3 del Anexo C del Procedimiento para el Suministro de Endoprótesis y Exoprótesis a los Complejos Hospitalarios bajo la modalidad de Asociación Público Privada: “Guillermo Kaelin de la Fuente” y “Alberto Barton Thompson”, contenido en la Resolución de Gerencia General N° 834-GG-ESSALUD-2015, a través de la Resolución de Gerencia General N° 860-GG-ESSALUD-2018.
21. El 29 de mayo de 2019, se aprobó el “Procedimiento para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson”, en el marco de los acuerdos adoptados mediante Trato Directo N° 04, y del Contrato de APP, a través de la Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019.

II. **RESUMEN DE POSICIONES**

Posición de La Sociedad Operadora Callao Salud S.A.C.

22. La Sociedad Operadora señala que la temporalidad del Procedimiento para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis comprende las prótesis implantadas por Callao Salud S.A.C desde el 30 de abril de 2014, fecha de inicio de las operaciones en el Complejo Hospitalario, hasta la fecha de aprobación de un nuevo procedimiento de reembolso. En ese sentido, en tanto este último evento no se ha producido a la fecha, la obligatoriedad, vigencia y efectos del Procedimiento para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis se mantienen en vigor.
23. En razón a lo expuesto, la Sociedad Operadora estima que la fórmula de solución a ser recomendada por el Amigable Componedor en el presente procedimiento debe guardar identidad con el Procedimiento para el

Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis y la temporalidad que éste prevé, conforme se ha descrito.

Posición de ESSALUD

24. ESSALUD señala que dicha obligación corresponde a un reembolso, cuya naturaleza es de carácter excepcional, por lo que se debe determinar previamente, el alcance temporal (fecha inicio y fecha límite del periodo), para que posteriormente, puedan ser ejecutables los términos contenidos en la Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, dado que, de lo contrario, se expondría a ESSALUD a una situación indefinida no contemplada en el Contrato de APP, al generar incertidumbre de pagos sin programación de recursos institucionales, los cuales deben estar debidamente presupuestados previamente. En ese sentido, siendo una institución de naturaleza pública que se rige bajo un marco normativo en materia presupuestaria, considera que debería considerarse como "fecha límite" para su respectiva ejecución a la "fecha de aprobación" (29 de mayo de 2019), dado que ESSALUD debería tener predictibilidad sobre sus compromisos de pagos futuros, con la finalidad de planificar la gestión de los recursos institucionales.
25. En razón a lo expuesto, ESSALUD estima que la fórmula de solución a ser recomendada por el Amigable Componedor en el presente procedimiento debe determinar el alcance y la naturaleza jurídica del procedimiento de reembolso aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29 de mayo de 2019, a fin de que ESSALUD pueda ejecutar sus términos de conformidad con la normatividad aplicable.

III. ANÁLISIS

Del Contrato

26. Conforme al Decreto Legislativo N° 1362, las Asociaciones Público Privadas (APP) son contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados, a fin de desarrollar

proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica.

27. Todo proyecto de Infraestructura ejecutado por una asociación pública privada debería tener una adecuada distribución de riesgos que permita asignarlos a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo, teniendo en consideración el interés público y el perfil del proyecto. La asignación de riesgos se plasma en el diseño del contrato al momento de decidir los derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes. Estos es así, porque siendo las asociaciones público privadas, contratos de larga duración, están especialmente expuestas o afectas a vicisitudes y particularidades que amenazan o vulneran los resultados esperados o que estos se manifiesten de una manera diferente a la anticipada por las partes.
28. Característica esencial de estos contratos de APP es la identificación y distribución de riesgos. El reglamento del citado decreto legislativo aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF, precisa que toda APP debe tener un análisis de riesgos que consiste en la evaluación de las características del proyecto que tiene por objetivo identificar, cuantificar, asignar y mitigar los riesgos asociados al proyecto, según corresponda. La adecuada distribución de riesgos es uno de los pilares de la garantía de niveles de servicios óptimos para los usuarios.
29. El contrato de APP suscrito entre ESSALUD y Callao Salud S.A.C. el 31 de marzo de 2010 se rige por sus términos y condiciones, por el citado Decreto Legislativo 1362, su reglamento y demás normas complementarias y conexas vigentes, incluyendo directivas y lineamientos; pese a haberse suscrito el contrato antes de la publicación de estos dispositivos legales¹.

¹ SÉPTIMA. A partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, toda referencia que se haga al Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM; así como del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, se entiende realizada a la presente norma.

30. Según se desprende del informe del Consorcio Supervisión en Salud (ADIMSA-ESAN) consta en el Libro Blanco² que el Consejo Directivo de ESSALUD recién por acuerdo de fecha 26 de enero de 2010, incluye en el texto del contrato³, la alocución que constituye el indicativo de una asignación de los riesgos relativos a prótesis. Esta oración se limita a expresar: *“Cabe señalar que en estos (costos de insumos que se consideran en la retribución del RPOA) no se encuentran incluidos los costos de los siguientes: exoprótesis y endoprótesis”*. En los textos anteriores de las Bases, no estaba incluida esta referencia expresa.
31. El diseño del contrato y sus cláusulas, en el presente caso, no es el mejor punto de partida para una clara y exhaustiva labor interpretativa. Sin embargo, la inclusión de la oración sobre costos de las endoprótesis y exoprótesis, es determinante, porque la regla es que el Concesionario es responsable de que su propuesta técnica o estudio definitivo de ingeniería, permita alcanzar los Niveles de Servicio establecidos en el Contrato; y no puede solicitar el reconocimiento de gastos mayores o distintos a los establecidos en el Contrato, sin perjuicio de la facultad de las partes para realizar las modificaciones contractuales que estimen convenientes, conforme a lo dispuesto en la normativa vigente⁴.

De los hechos que motivan la controversia y su gestión

32. Conforme al numeral 3.1 del contrato, el objeto del mismo incluye el empaquetamiento de actividades como el diseño, construcción, dotación de equipamiento, operación y mantenimiento del Centro de Atención de Salud

² Como expone la Contraloría General de la República en su Guía de Auditoría de Cumplimiento a las Asociaciones Público Privadas de 2014, el Libro Blanco documenta y recopila toda la documentación emitida en relación al proceso de promoción de la Inversión Privada. No es una exigencia legal pero si una buena práctica “que permite contar con la documentación sistematizada del proceso de promoción de la inversión privada de cada proyecto de APP, una vez concluido”.

³ Apéndice 2 del Anexo B del Contrato de Asociación en Participación.

⁴ Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público Privada aprobados por Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01, en especial la Sección V Lineamientos para el Diseño de las Cláusulas Contractuales y la 6.4 sobre Reglas Aplicables A La Fase De Ejecución Contractual-Operación y Mantenimiento de la Concesión.

(CAS). Las fases de diseño y construcción han concluido, encontrándose el contrato en operación y mantenimiento.

33. La controversia está vinculada a la Actividad de Operación⁵. Concretamente, a una problemática identificada y expuesta por Callao Salud S.A.C. en el año 2013 “con cara a contar con las condiciones adecuadas para el inicio de las operaciones de las CAS” referida a “Prótesis y Servicios y operaciones no incluidas” (exoprótesis y endoprótesis) y que requiere de un “procedimiento de abastecimiento, compra, almacenamiento y facturación”⁶.
34. Como quiera conforme a la literalidad del contrato, las endoprótesis y exoprótesis son reguladas por exclusión -como conceptos excluidos del RPOA- siempre cabe la duda sobre qué son (naturaleza), quién debe gestionar los riesgos vinculados y quién asumir los costos.
35. Con el ánimo de solucionar el problema se emite la Resolución de Gerencia General No. 834-GG-ESSALUD-2015, que establece el “Procedimiento para el suministro de endoprótesis y exoprótesis a los Complejos Hospitalarios bajo la modalidad de Asociación Público Privada Guillermo Kaelin de la Fuente y Alberto Barton Thompson” y las partes inician el Trato Directo N° 4.
36. Obsérvese que esta Resolución centra el procedimiento en el suministro de prótesis, lo que resulta central en la dinámica de asignar y gestionar riesgos. El hecho que esta resolución no formule una solución integral a la problemática de provisión de prótesis⁷ es un problema totalmente distinto al riesgo, que tiene que ver más con los remedios que el derecho reconoce ante la inejecución de obligaciones.

⁵ En la fase de operación, muchos de los riesgos identificados en la fase de operación tienen incidencia directa en los flujos operacionales del proyecto; sean menores ingresos o mayores costos de operación y mantenimiento, estos riesgos impactan principalmente en las rentabilidades inicialmente asumidas por el concesionario y en los flujos destinados al pago de las deudas contraídas para la ejecución del proyecto (Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas aprobados por Resolución Ministerial No 167-2016-EF/15 de publicada el 31 de mayo de 2016).

⁶ “Documentos de Necesidades Identificadas para Trabajar con ESSALUD” (documento adjunto a la carta 096-GG/Callao-VMT-2013 de 12 de junio de 2013)

⁷ Descripción de hechos en la Posición de Callao Salud S.A.C., numerales 26 y siguientes.

37. Conforme fui informado en la Audiencia de Exposición de Posiciones, no existe matriz de riesgos del proyecto, por lo que no existe tampoco una identificación clara de los riesgos relacionados a prótesis que nos sirva de orientación. Sin embargo, sabemos que este contrato ha sido estructurado bajo el modelo de costos, lo que significa que el riesgo de demanda corresponde a la entidad y el riesgo del servicio al operador especializado y privado. ESSALUD puede asignar más o menos asegurados a un hospital u otro, lo que no puede hacer el operador, dado que es la mejor manera de distribuir los riesgos⁸.
38. Como se sabe además, ESSALUD cumple en el mercado de salud, los roles de aseguradora y proveedora de prestaciones de salud ambulatoria y hospitalaria, para lo cual se sustenta en un sistema de contabilidad de costos que le permite asignar recursos a sus más de 400 Centros de Atención Hospitalaria manejando volúmenes por actividad. Desde esa perspectiva, objetivamente hablando, es la entidad idónea para asumir y gestionar los riesgos a pesar de no ser operadora. Empero, esto puede cuestionarse en los hospitales "bata blanca" donde son las decisiones del médico tratante (riesgo del operador) las que al final determinan las necesidades de adquisición y provisión de prótesis.
39. En base a las consideraciones expuestas en los dos numerales que anteceden, se deduce que lo que está en juego en la asignación de riesgos es la provisión o suministro de prótesis y no el reconocimiento y reembolso de costos. En el primero de los casos estamos ante una verdadera asignación y administración de riesgos, en el segundo ante un Operador, que como acreedor de una obligación, ejerce el derecho a procurarse las prótesis⁹.
40. Al respecto, resulta ilustrativo el hecho que en el año 2014, la Contraloría General de la República publicara la "Guía de Auditoría de Cumplimiento a las

⁸ Bravo Orellana, Sergio (2013). Asociaciones Público Privadas en el Sector Salud. Revista del Círculo de Derecho Administrativo (RDA 13)

⁹ Artículo 1219^o del Código Civil.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:...2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.

Asociaciones Público Privadas”, que contempla un cuadro de asignación de riesgos Concedente - Concesionario con un modelo de matriz, en el que claramente son de cargo del Concedente la no entrega de los suministros por parte de las Entidades Públicas, que en el presente caso sería la propia ESSALUD.

41. Ahora bien, contractualmente hablando, los costos de las prótesis son gastos corrientes¹⁰. Al no ser parte del RPOA ni de ninguna otra retribución, no generan compromisos firmes o contingentes. Tampoco puede comprenderse dentro de la inversión (llámese de Optimización, Ampliación Marginal, Rehabilitación o de Reposición) por tratarse de insumos.
42. Sucede en el presente caso, que el contrato trata inadecuadamente la asignación y tratamiento de este suministro dentro de los conceptos retributivos de la operación (RPO), la controversia surge de una necesaria labor interpretativa al momento de desentrañar el sentido de la cláusula utilizando el método sistemático y su solución se ha venido manejando dentro de la etapa de trato directo como lo aconseja el principio de enfoque de resultados.

Sobre la Importancia del Enfoque de Resultados en la interpretación

43. Conforme a los “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos De Asociaciones Público-Privadas” aprobados por el MEF, toda decisión sobre una asignación al riesgo determinada, debe sustentarse en el Principio de Enfoque de Resultados de los proyectos de APP¹¹.

¹⁰**Gasto Corriente:** comprende las erogaciones destinadas a las operaciones de producción de bienes y prestación de servicios, tales como gastos de consumo y gestión operativa, servicios básicos, prestaciones de la seguridad social, gastos financieros y otros. Están destinados a la gestión operativa durante la vigencia del año fiscal y se consumen en dicho período. (Manual de Procesos y Procedimientos de La Gerencia Central de Planeamiento y Presupuesto. Mayo Julio 2019, actualizado 2021)

¹¹ Lineamientos aprobados por Resolución Ministerial No 167-2016-EF/15 de publicada el 31 de mayo de 2016.

44. Los principios generales del Régimen de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, son aquellas pautas orientadoras que nos sirven a los operadores jurídicos para colmar aquellos supuestos no reguladas o regulados en forma dudosa o insuficiente.
45. El enfoque de Resultados como principio general, conduce a adoptar acciones que permitan la ejecución de la inversión privada dentro de los respectivos plazos, evitar retrasos derivados de meros formalismos; identificar, informar e implementar acciones orientadas a resolver la problemática que afecta el proyecto de APP. De esta manera, entre dos o más alternativas legalmente viables nos orienta este enfoque, se debe optar por la que permita la ejecución del proyecto en los plazos correspondientes, la que promueva la inversión, la que garantice la disponibilidad del servicio, la que permita alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto, o la que resulte más conveniente en términos de costos, eficiencia o sostenibilidad¹².
46. Desde esta perspectiva, la solución a proponer debe asegurar que el servicio público se brinde; en particular, la obligación de intervenciones como los procedimientos médicos de rehabilitación que se describen en el Anexo 3 del Contrato de APP

Sobre la Importancia de la Responsabilidad Presupuestal

47. ESSALUD es una entidad del sector público que se rige por el Decreto Legislativo 1440 sobre el Sistema Nacional de Presupuesto Público¹³. Pero ya el régimen de APP, desde su reconocimiento legal con la Decreto Legislativo 1012, disponía el principio de responsabilidad fiscal y capacidad de pago presupuestal para las primeras APP, entendida como la capacidad de pago de Estado para adquirir compromisos que se deriven de la ejecución de los contratos de APP celebrados. En atención a tales disposiciones, correspondía

¹² Artículo 49, numeral tercero del decreto legislativo Nº 1362.

¹³ Carta No 1113-GCPGCI-ESSALUD-2022 de 28 de noviembre de 2022 que remite el informe No 308 GGC-GCPGCI-ESSALUD-2022 que contiene la posición de ESSALUD en la presente controversia, numerales 3.21 al 3.27.

a ESSALUD prever a nivel presupuestario, entre otros, el compromiso de pago para el reembolso de los costos asumidos por Callao Salud S.A.C. en la adquisición de prótesis.

48. En este orden, a la fecha, la Programación Multianual Presupuestaria, de acuerdo con lo establecido en la Directiva N° 001-2021-EF/50.01, "Directiva de Programación Multianual Presupuestaria y Formulación Presupuestaria", implica cumplir, entre otros, con los criterios generales de continuidad de compromisos asumidos, priorización de resultados de políticas públicas y focalización de la población atendida que conduzcan al cierre de brechas. Siguiendo criterios del MEF¹⁴, la Programación Multianual Presupuestaria conllevaría a la estimación de todos los recursos a los que tiene acceso ESSALUD, para permitirle financiar todas las intervenciones necesarias conforme a los contratos de Asociaciones Público Privadas por un período de tres años consecutivos, incluyendo las obligaciones reconocidas en la presente controversia para endoprótesis y exoprótesis.

49. La programación brinda predictibilidad, al establecer que la asignación del primero de los tres años sea concordante con el Presupuesto de ESSALUD para dicho año fiscal, y la correspondiente a los dos años subsiguientes se revisa anualmente. Como también señala el MEF la programación para estos dos años subsiguientes es de carácter referencial y no implica el compromiso definitivo de los recursos proyectados, pues puede ser modificada anualmente en caso existan cambios en los factores tomados en cuenta para su estimación¹⁵.

Precisiones sobre el Mecanismo

¹⁴ La Programación Multianual Presupuestaria es un instrumento de gestión pública orientado a contribuir con una política fiscal sostenible de mediano plazo, incrementar la eficiencia en la asignación de los recursos y mejorar la calidad de la gestión de los servicios públicos por parte de las distintas entidades del sector público. Tiene como principal objetivo prever un escenario predecible de financiamiento de las intervenciones consideradas para el año en el cual se formula el presupuesto, y para un período de dos años adicionales. abarca tres años y se sujeta a las reglas fiscales vigentes. Ministerio De Economía Y Finanzas. Dirección General De Presupuesto Público. Informe de Programación Multianual Presupuestaria 2022-2024 (2021)
https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/pres_multi/Informe_Programacion_Multianual_2022_2024.pdf

¹⁵ Informe de Programación Multianual Presupuestaria 2022-2024 (2021) pág. 1

50. Por varios años Callao Salud S.A.C. y ESSALUD tratan de lograr de manera conjunta y en la fase de trato directo, un acuerdo para encausar una solución justa, conveniente en términos de costo beneficio y ceñida al contrato, para los casos de provisión de endoprótesis y exoprótesis, dividiendo su tratamiento en tres conceptos vinculados pero diferentes: La obligación, el reconocimiento de la obligación y el reembolso.
51. Es de suma importancia no olvidar que antes de la Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, ESSALUD emitió la Resolución de Gerencia General N° 834-GG-ESSALUD-2015 que aprueba el Procedimiento para el Suministro de Endoprótesis y Exoprótesis a los Complejos Hospitalarios bajo la modalidad de Asociación Público Privada: "Guillermo Kaelin De la Fuente" y "Alberto Barton Thompson". Entiendo que es esta resolución la que regula propiamente la administración o gestión del **SUMINISTRO** de Prótesis y que aún subsisten discrepancias sobre la conveniencia y alcances de la misma; discrepancias que han motivado a las partes a gestionar una adenda que modifica el perfil de riesgos.
52. Con respecto al **RECONOCIMIENTO**, regulado por la Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, se observa que no hay controversia. Por el contrario, existe total consenso en que se trata de una obligación a cargo de ESSALUD, lo que es avalado por la opinión de la entidad Supervisora del Contrato¹⁶.
53. Con respecto al **REEMBOLSO**, en cambio, se observa un disenso entre las partes. Mientras Callao Salud S.A.C. considera que el procedimiento aprobado por la resolución de gerencia tiene vocación de permanencia hasta que no se apruebe un nuevo procedimiento que lo sustituya; ESSALUD sostiene que su vigencia terminó el 29 de mayo de 2019, fecha en que se aprobó el

¹⁶ Informe 10 del Coordinador Legal del Consorcio Supervisión en Salud ADIMSA-ESAN de 06 de noviembre de 2017, Informe Especial sobre Prótesis y Ortesis de 11 de diciembre de 2017 y Ampliación de Informe Especial de Prótesis y Ortesis de 03 de enero 2018.

procedimiento o mecanismo de reconocimiento y reembolso por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019.

54. En abono de la tesis de Callao Salud S.A.C. están los numerales 1.2 y 2.1 que señalan que el antecedente y objetivo de la Resolución de Gerencia que aprueba el mecanismo es el reconocimiento y reembolso de los costos asumidos por Callao Salud S.A.C. "desde el inicio de operaciones" hasta la "fecha de aprobación del nuevo procedimiento para el reembolso de costos incurridos para la provisión de prótesis".

55. En abono de la tesis de ESSALUD está el numerales 4.4.1, el literal b) del numeral 4.5.1 y el literal a) del numeral 4.6.2 del procedimiento o mecanismo, según los cuales para la determinación del monto a reembolsar, así como para la evaluación y validez de los expedientes, se deben calcular los intereses legales desde la fecha de constitución en mora, esto es desde 25.07.2016.

56. Sobre la Disposición Complementaria Final del numeral 4.11.2 que resuelve (o debería resolver) la duda en tanto que estipula "Por acuerdo entre las partes, se prorrogará de forma automática el período estipulado en el numeral 2.1 del presente procedimiento, hasta que ESSALUD apruebe el procedimiento de provisión de prótesis". La única forma de interpretar sistemática y coherentemente los numerales 2.1 y 4.11.2 del mecanismo, es distinguiendo los procedimientos de suministro o provisión de prótesis del reconocimiento y reembolso.

57. Se observa sin embargo que no hay un disenso total, pues ambas partes coinciden en que el mecanismo es aplicable desde el 30 de abril de 2014 al 29 de mayo de 2019.

58. En razón de lo expuesto, considero que la fórmula de solución a proponer en mi condición de amigable componedor, se limita a la vigencia del mecanismo de determinación que regula la Resolución de Gerencia, pero respetando:

- La naturaleza del servicio que se atiende con el Mecanismo;

- Los términos del Mecanismo;
- El carácter excepcional del Mecanismo;
- El alcance temporal (fecha de inicio y fecha límite).

59. Con respecto a **la naturaleza del servicio**, se debe tener en consideración que el Mecanismo es necesario para la prestación de los servicios obligatorios que debe prestar la Sociedad Operadora. Su no prestación atentaría contra el interés público y los procedimientos de atención de usuarios, por lo que la vigencia del mecanismo debe evaluarse a la luz de los principios de enfoque de resultados y de responsabilidad presupuestal. En el marco de estos principio, toda propuesta de solución debe tener "vocación de permanencia" para utilizar una expresión de Callao Salud S.A.C. pero considerando la normativa presupuestaria.

60. Los **términos del mecanismo** aprobado se refieren expresamente al "período comprendido entre el 30 de abril de 2014 a la fecha de aprobación del nuevo procedimiento para el reembolso de costos incurridos por concepto de provisión de prótesis". El problema es que "la fecha de aprobación del nuevo procedimiento para el reembolso de costos incurridos por concepto de provisión de prótesis" no constituye un plazo (hecho futuro y cierto) ni una condición (hecho futuro e incierto, ajeno a la voluntad de las partes) que permita inferir una fecha de término. Sin perjuicio de ello, los términos del mecanismo y en especial el numeral 4.11.2, si permiten que sus reglas se extiendan a un período posterior al de su aprobación, siempre que exista acuerdo entre las partes¹⁷.

61. **El carácter excepcional**, conforme al RAE, implicaría entender el Mecanismo como un procedimiento fuera del orden común, que se añade a lo ordinario o al supuesto normal. Aquí es de suma importancia recordar los principios que rigen el Sistema Nacional de Presupuesto Público, en especial, los de especialidad cuantitativa, calidad del presupuesto, universalidad y unidad,

¹⁷ La expresión "en forma automática" implica que no es necesaria una nueva resolución de gerencia prorrogando la vigencia de la Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019.

anualidad presupuestaria y programación multianual (Decreto Legislativo 1440). Siendo todos estos principios de capital importancia, interesa particularmente el de Anualidad Presupuestaria¹⁸ y programación Multianual¹⁹.

62. El *alcance temporal* debe entenderse que su duración o vigencia no puede ser permanente ni abierta. Este extremo es el confuso por cuanto, siendo que los contratos tampoco son eternos, la temporalidad del mecanismo debe entenderse como referido a un "período" o espacio de tiempo menor al de la vigencia del contrato. En tal sentido, la necesidad de determinar ese período es la labor encargada a un tercero neutral para solucionar la controversia.

63. En esto del alcance temporal, resulta ilustrativo que entre los documentos que forman parte del Trato Directo N° 04, se pueden identificar dos propuestas de versión N° 1 del procedimiento para el reembolso de costos incurridos en la provisión de prótesis (ambas sin fecha). En la primera propuesta (Sesión del 12 de julio de 2018), se habla de "el período 30/04/2014 -23/10/2017"; mientras que la segunda propuesta (Sesión del 24 de enero de 2019), las Partes aprueban el texto "entre el 30.04.2014 a la fecha de aprobación del nuevo procedimiento para el reembolso de costos incurridos por concepto de provisión de prótesis". Este último texto, es mantenido en la Versión N° 2, aprobada por las Partes en la Sesión del 2 de abril de 2019; y reiterado en la Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019.

¹⁸ Anualidad presupuestaria: Consiste en que el Presupuesto del Sector Público tiene vigencia anual y coincide con el año calendario el cual, para efectos del Decreto Legislativo, se denomina Año Fiscal, periodo durante el cual se afectan los ingresos que se recaudan y/o perciben dentro del año fiscal, cualquiera sea la fecha en los que se haya generado, y se realizan las gestiones orientadas a la ejecución del gasto con cargo a los respectivos créditos presupuestarios (numeral 2.1, acápite 11º del artículo segundo del D.L. 1440).

¹⁹ 12. Programación multianual: Consiste en que el Presupuesto del Sector Público tiene una perspectiva multianual orientada al logro de resultados a favor de la población, en concordancia con las reglas fiscales establecidas en el Marco Macroeconómico Multianual y los instrumentos de planeamiento elaborados en el marco del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico-SINAPLAN (numeral 2.1, acápite 11º del artículo segundo del D.L. 1440).

64. En razón de lo expuesto, las partes entienden con justa razón que el período comprendido entre 30 de abril de 2014 y el 29 de mayo de 2019 no presenta problemas; que este período está dentro de los alcances del Mecanismo.
65. La aplicación del Mecanismo tampoco tendría problemas para el período devengado con posterioridad al 29 de mayo de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2023, siempre y cuando las partes así convengan para lograr real y efectivamente la determinación de la obligación reconocida por ambas partes y la obtención de un compromiso de reembolso de un monto específico y cuantificable, a fin de que puedan incorporarse al presupuesto de ESSALUD y programarse multianualmente²⁰.
66. A partir del 01 de enero de 2024, la determinación del reembolso de prótesis debería poder realizarse en forma anual y programarse multianualmente conforme a la normativa aplicable a ESSALUD. Esto significa que de no aprobarse un mecanismo que sustituya al aprobado por la Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, las partes tendrán que ponerse de acuerdo para la aplicación del mecanismo con plena observancia de la normativa presupuestaria aplicable y la programación multianual.
67. Por último, es importante señalar que en opinión del MEF²¹ con posterioridad a la firma de un contrato de asociación en participación pueden darse actos de modificación o actos de ejecución contractual. En los primeros pueden ser llevados a cabo mediante la suscripción de actas mientras que los segundos requieren seguir la normativa SNPIP de acuerdo al artículo 55 del Decreto No.

²⁰ Como menciona la OCDE (2012), las APP son más difíciles de integrar al presupuesto anual que los gastos ordinarios, ya que las obligaciones de APP son multianuales. Esto ocasiona que las evaluaciones presupuestarias de las APP sean particularmente importantes en etapas tempranas del proyecto. A fin de lograr esto, el marco normativo vigente en Perú establece la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP, el cual, en la sección de programación, contiene la información presupuestaria de los proyectos de APP de las entidades públicas (BID 2016. Asociaciones Público Privadas En Perú: Análisis Del Nuevo Marco Legal, Módulo II, pág. 33)

²¹ Oficio N° 481-2019-EF/68.03 de 08 de noviembre de 2019 de la Dirección general de Política de Promoción de la Inversión Privada, que hace suyo el informe 015-2019-EF/68.03 de la Dirección de Promoción de Inversión Privada del Ministerio de economía y Finanzas.

1362 y los artículos 134 al 138 del Reglamento. Los acuerdos que se proponen a continuación son actos de ejecución en los términos del MEF.

III. PROPUESTA

68. En razón de lo expuesto, como tercero neutral y conforme a la regulación aplicable al procedimiento de amigable composición, en el marco del Trato Directo, propongo a las partes que acuerden lo siguiente:

Primero: Para determinar el monto que EsSalud debe reembolsar a Callao Salud S.A.C. por el periodo comprendido entre el 30 de abril de 2014 y el 29 de mayo de 2019 se aplicará el procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019.

Segundo: El procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, se entiende prorrogado en forma automática para determinar el monto que ESSALUD debe reembolsar a Callao Salud S.A.C. por el período comprendido entre el 30 de mayo de 2019 y el 31 de diciembre de 2023.

Tercero: A partir del 01 de enero de 2024, deberá estar determinado por las partes, de mutuo acuerdo, el suministro de prótesis, siguiendo las normas presupuestarias y de programación multianual de ESSALUD.

Si al 30 de setiembre de 2023, las Partes no han regulado la provisión de prótesis a través de la suscripción de una Adenda; como máximo, en dicha fecha, cualquiera de las Partes podrá comunicar a la otra su decisión sobre la aplicación del procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024.

Si hasta el 30 de setiembre de 2023, ninguna de las Partes emite comunicación, o ninguna de las Partes manifiesta su negativa o rechazo al procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019,

éste será aplicable para el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024.

Si hasta el 30 de setiembre de 2023, alguna de las Partes manifiesta su negativa o rechazo al procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, ESSALUD deberá suministrar las prótesis en tiempo y forma oportuna, de modo que no afecte la adecuada atención médica, para el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024.

Las disposiciones precedentemente descritas serán aplicables sucesivamente a los años siguientes al 2024, en tanto no sean modificadas por las Partes.

69. **Recomendación:** Se recomienda a las partes realizar sus mejores esfuerzos para culminar el proceso de aprobación de la Adenda N° 3 sobre provisión de prótesis.

Lima, 06 de enero de 2023

Edgardo Mercado Neumann
Amigable Componedor



MEMORANDO N° 347 -GG-ESSALUD-2023

PARA : Abg. JUAN RICARDO ZUÑIGA CARDENAS
Gerente Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones

DE : Dr. MILTON VALDERRAMA WONG
Gerente General

ASUNTO : Propuesta del amigable componedor, en el marco de los Contratos de Asociación Público Privada suscritos entre ESSALUD y las SOP Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C.

REFERENCIA : a) Nota N° 004-GCPGCI-ESSALUD-2023
b) Nota N° 006-GCPGCI-ESSALUD-2023
c) Nota N° 231-GCAJ-ESSALUD-2023

FECHA : Lima, 09 FEB 2023

Tengo a bien dirigirme a usted en atención a los documentos de la referencia a) y b), mediante el cual, nos remite los informes sustentando la evaluación del costo y beneficio de las fórmulas de solución propuestas por el amigable componedor referida la procedimiento de reembolso por los costos incurridos por la provisión de prótesis, en el marco de los Contratos de APP suscritos entre ESSALUD y las SOP Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C., y el Informe elaborado por el Supervisor del Contrato y de las Operaciones, Consorcio Supervisión en Salud (ADIMSA – ESAN).

Así, se tiene que en el numeral 124.1 del artículo 124 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 162, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF se establece lo siguiente: "Una vez recibido el informe del Amigable Componedor, las partes tienen un plazo de diez (10) días hábiles para aceptar de común acuerdo la propuesta de solución mediante acta suscrita por sus representantes. En tal caso, la propuesta de solución forma parte integrante del acuerdo".

Seguidamente, en el artículo 126 de la citada norma reglamentaria, se establece que: "126.1 Durante el procedimiento, el Estado es representado por el órgano competente para administrar el Contrato de APP. 126.2 El acuerdo aceptando la o las propuestas de solución del Amigable Componedor debe ser suscrito por dicho órgano".

En tal sentido, contando con la evaluación de los costos y beneficios, y la opinión legal remitida mediante documento de la referencia c), de la Gerencia Central de Asesoría Jurídica, autorizamos a su Despacho, proceder con la suscripción del Acta de Aceptación de la propuesta del Amigable Componedor, remitida con fecha 13 de enero de 2023, en el marco del Trato Directo N° 17, de conformidad con el numeral 124.1 del artículo 124, y el artículo 126 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, y modificatorias, así como del artículo 9 de la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud (ESSALUD), y del artículo 136 del ROF Institucional.

Atentamente,



MVVW
Proveídos Nros. 1253, 1331, y 1000
NITS Nros. 179-2022-9594 y 5445-2023-36
Folios:
Dr. MILTON VALDERRAMA WONG
Gerente General
ESSALUD

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
Seguro Social de Salud

15 FEB 2023

ERIKA BLONDET MOLINA
FEDATARIO TITULAR
GCPGCI-ESSALUD-2022





"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

GERENCIA CENTRAL DE ASESORIA JURIDICA

NOTA N° 231-GCAJ-ESSALUD-2023

NIT 179 2022 9594

Lima, 09 FEB. 2023

Señor

Dr. MILTON VALDERRAMA WONG
Gerente General

ESSALUD
GERENCIA GENERAL
RECEPCION
- 9 FEB 2023

Presente. -

Tengo a bien dirigirme a usted en atención al Memorando N° 273-GG-ESSALUD-2023, mediante el cual, dispone que esta Gerencia Central efectúe la revisión, evaluación y emisión del pronunciamiento sobre la viabilidad de aceptación de las fórmulas de solución propuestas por el amigable componedor en el marco de los Contratos de Asociación Público Privada (APP) suscritos entre ESSALUD y las Sociedades Operadoras (SOP) Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C., adjuntando los sustentos remitidos mediante Nota N° 004-GCPGCI-ESSALUD-2023 de la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, así como el Informe elaborado por el Supervisor del Contrato y de las Operaciones, mediante Nota N° 006-GCPGCI-ESSALUD-2023.

En tal sentido, adjunto el Informe N° 112-GNAA-GCAJ-ESSALUD-2023, de la Gerencia de Normativa y Asuntos Administrativos, con cuyos alcances coincido, y un proyecto de Memorando, para los fines pertinentes.

Atentamente,

Abog. JOSE ELIAS MANTILLA VILLEGAS
Gerente Central de Asesoría Jurídica
ESSALUD



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
Seguro Social de Salud

15 FEB 2023

ERIKA BLONDET MOLINA
FEDATARIO TITULAR
N° 11 GCPGCI-ESSALUD-2022



JEMV/AJVA/MLQC
Proveidos Nros. 1253, 1331, y 1003
NITS Nros. 179-2022-9594 y 5445-2023-36
Folios: 217



INFORME N° 112-GNAА-GCAJ-ESSALUD-2023

PARA : Abg. JOSÉ ELÍAS MANTILLA VILLEGAS
Gerente Central de Asesoría Jurídica

DE : Abg. ANGIE VEGA ARRUNÁTEGUI
Gerente de Normativa y Asuntos Administrativos (e)

ASUNTO : Opinión respecto a la propuesta de solución del amigable
componedor, en el marco de los Contratos de Asociación Público
Privada suscritos entre ESSALUD y las Sociedades Operadoras
Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C.

REFERENCIA : a) Memorando N° 273-GG-ESSALUD-2023
b) Nota N° 004-GCPGCI-ESSALUD-2023
c) Nota N° 006-GCPGCI-ESSALUD-2023

FECHA : Lima, 8 de febrero de 2023



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
Seguro Social de Salud

15 FEB 2023

ERIKA BLONDET MOLINA
FEDATARIO TITULAR
01 GCPGCI-ESSALUD-2022

Tengo a bien dirigirme a usted en atención al documento de la referencia a) mediante el cual la Gerencia General dispone que la Gerencia Central de Asesoría Jurídica efectúe la revisión, evaluación y emisión del pronunciamiento sobre la viabilidad de aceptación de las fórmulas de solución propuestas por el amigable componedor en el marco de los Contratos de Asociación Público Privada (APP) suscritos entre ESSALUD y las Sociedades Operadoras (SOP) Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C., adjuntando los sustentos remitidos mediante documento de la referencia b), de la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, así como el Informe elaborado por el Supervisor del Contrato y de las Operaciones, mediante documento de la referencia c).

I. ANTECEDENTES:

- 1.1. Nota N° 004-GCPGCI-ESSALUD-2023, de la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, adjuntando los Informes Nros. 25 y 26-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2023 con la evaluación de costos y beneficios respecto de la propuesta del amigable componedor, referida al procedimiento de reembolso por los costos incurridos por la provisión de prótesis, en el marco de los Contratos de APP suscritos entre ESSALUD y las SOP Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C., y recomendando la remisión a la Gerencia Central de Asesoría Jurídica para el pronunciamiento legal respecto al aceptación de las formulas propuestas, y la autorización por parte de la Gerencia General, a suscribir el acta correspondiente.
- 1.2. Nota N° 006-GCPGCI-ESSALUD-2023, de la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, mediante la cual remite la Carta N° 015-CAPP-ADIMSA-ESAN-VMT-CALLAO-2023 del Supervisor del Contrato y las Operaciones, Consorcio Supervisión en Salud (ADIMSA – ESAN), conteniendo el Informe Especial N° 002-2023-VMT-CALLAO-LEGAL.
- 1.3. Memorando N° 273-GG-ESSALUD-2023 de la Gerencia General que dispone a la Gerencia Central de Asesoría Jurídica, la revisión, evaluación y emisión del pronunciamiento sobre la viabilidad de aceptación de las fórmulas de solución propuestas por el amigable componedor en el marco de los Contratos de APP suscritos entre ESSALUD y las SOP Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C., según los sustentos remitidos por la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones.



15 FEB 2023



II. TEMA SOMETIDO A EVALUACIÓN:

ERIKA BLONDET MOLINA
FEDATARIO TITULAR
11 GCPGCI-ESSALUD-2022

- Opinión legal respecto a la viabilidad de aceptación de las fórmulas de solución propuestas por el amigable componedor referida la procedimiento de reembolso por los costos incurridos por la provisión de prótesis en el marco de los Contratos de APP suscritos entre ESSALUD y las SOP Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C., según el sustento remitido por la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, y la opinión del Supervisor del Contrato y las Operaciones, Consorcio Supervisión en Salud (ADIMSA – ESAN).

III. ANÁLISIS:

Competencia de la Gerencia Central de Asesoría Jurídica

- 3.1. Conforme al artículo 53 del Texto Actualizado y Concordado del Reglamento de Organización y Funciones del Seguro Social de Salud, aprobado por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 767-PE-ESSALUD-2015 y modificatorias, la Gerencia Central de Asesoría Jurídica es el órgano de asesoramiento encargado de representar y ejercer la defensa jurídica de la Institución, así como de asesorar y emitir opinión de carácter jurídico legal.

En tal sentido, cabe indicar que conforme al segundo párrafo del numeral 1, Capítulo VI de la Directiva de Gerencia General N° 13-GG-ESSALUD-2009, "*Directiva para la Formulación y Remisión de Consultas y Solicitudes a la Oficina Central de Asesoría Jurídica*", aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° 1152-GG-ESSALUD-2009, la Gerencia Central de Asesoría Jurídica no es competente para emitir pronunciamiento sobre asuntos de carácter técnico, ni sobre decisiones de gestión y/o procedimientos administrativos que son de competencia del área consultante o de otras áreas.

Marco normativo y contractual aplicable

- 3.2. En el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362 que Regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activo se establecen los principios aplicables a todas las fases vinculadas al desarrollo de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo; entre los cuales, en el numeral 4 se tiene el "Enfoque de Resultados", señalando lo siguiente:

"Las entidades públicas señaladas en el artículo 2, en el desarrollo de sus funciones, adoptan las acciones que permitan la ejecución de la inversión privada dentro de los respectivos plazos, evitan retrasos derivados de meros formalismos; así como, identifican, informan e implementan acciones orientadas a resolver la problemática que afecta los proyectos desarrollados bajo las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo. Constituyen reglas para la aplicación de este principio en la toma de decisiones de las entidades públicas referidas en el artículo 2, las siguientes:

- Entre dos o más alternativas legalmente viables, se debe optar por la que permita la ejecución del proyecto en los plazos correspondientes, la que promueva la inversión, la que garantice la disponibilidad del servicio, la que permita alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto, o la que resulte más conveniente en términos de costos, eficiencia o sostenibilidad.*
- En todas las fases del proyecto, se da celeridad a las actuaciones, evitando acciones que generen retrasos basados en meros formalismos.*



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

- c. *En el caso de controversias durante la ejecución del proyecto, cuando se cuente con pruebas, evaluaciones o elementos de juicio que permitan determinar que es más conveniente, en términos de costo beneficio, optar por el trato directo, en lugar de acudir al arbitraje, se opta por resolver dichas controversias mediante trato directo*".
- 3.3. Asimismo, en la citada ley se incluye al "amigable componedor" como parte de los mecanismos de solución de controversias en la ejecución contractual; señalando en el numeral 56.2 de su artículo 56, lo siguiente: *"Los contratos de Asociación Público Privada pueden incluir una cláusula que permita la intervención, dentro de la etapa de trato directo, de un tercero neutral denominado Amigable Componedor, quien propone una fórmula de solución de la controversia que, de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, produce los efectos jurídicos de una transacción"*.
- 3.4. Respecto al principio de Enfoque de Resultados, en el numeral 3.2 del artículo 3 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF se señala que: *"Para la aplicación del principio de Enfoque de resultados, el órgano competente de la entidad pública sustenta técnica, económica, financiera y/o legalmente sus decisiones"*.
- Seguidamente, en el artículo 119 de la citada norma reglamentaria se regula la posibilidad que tienen las partes, de recurrir al "Amigable Componedor" y el desarrollo de su participación. Así, tenemos que en los numerales 119.1 y 119.2, se señala lo siguiente:
- "119.1 En cualquier momento de la etapa de Trato Directo o etapa similar prevista en el Contrato de APP, las partes pueden acordar la intervención de un tercero neutral, denominado Amigable Componedor.*
- 119.2 El Amigable Componedor propone una fórmula de solución de controversias que de ser aceptada por las partes, de manera parcial o total, tiene los efectos legales de una transacción y, en consecuencia, la calidad de cosa juzgada y exigible"*.
- 3.5. El artículo 124, en su numeral 124.1 de dicho Reglamento, establece que: *"Una vez recibido el informe del Amigable Componedor, las partes tienen un plazo de diez (10) días hábiles para aceptar de común acuerdo la propuesta de solución mediante acta suscrita por sus representantes. En tal caso, la propuesta de solución forma parte integrante del acuerdo"*.
- 3.6. En la cláusula 21.9 (Sección XXI, Solución de Controversias) de los de los Contratos de APP suscritos con las SOP Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C., de APP¹, se establece que: *"Toda controversia o conflicto que se deriven de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez parcial o total del CONTRATO deberán ser planteadas por Las Partes y negociadas y resueltas, en primera instancia, mediante trato directo, pudiendo requerirse el concurso de peritos, terceros y a la opinión del Supervisor del Contrato y de las Operaciones en los términos indicados en este CONTRATO"*.
- 3.7. En el Apéndice 2 del Anexo B, de los Contratos de APP, referente al RPOA-Definiciones, en el numeral 5 se establece como costo de insumos, lo siguiente: *"Es el costo de los insumos dentro e los que se consideran: combustible, lubricantes, material de impresión, material ferretero, de cómputo, fotográfico, sanitario, etc., relacionado con el servicio"*

¹ Ambos contratos de app tienen similar redacción, con la variación de la SOP.

médico. Cabe señalar que en estos no se encuentran incluidos el costo de los siguientes: exoprótesis, endoprótesis y transporte sanitario".

- 3.8. Mediante Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29 de mayo de 2019 se aprobó el "Procedimiento para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson", a fin de reconocer los costos asumidos por la SOP Callao Salud S.A.C., por la provisión de prótesis a los asegurados adscritos al citado complejo hospitalario.
- 3.9. Con la Resolución de Gerencia General N° 833-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29 de mayo de 2019 se aprobó el "Procedimiento para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en el Complejo Hospitalario Guillermo Kaelin de la Fuente", a fin de reconocer los costos asumidos por la SOP Villa María del Triunfo Salud S.A.C., por la provisión de prótesis a los asegurados adscritos al citado complejo hospitalario.

Propuesta de solución del Amigable Componedor

- 3.10. De la documentación remitida mediante Nota N° 004-GCPGCI-ESSALUD-2023, se tiene que con fecha 7 de julio de 2022 se instaló el Trato Directo N° 17 en el cual las partes acordaron someter al mecanismo del amigable componedor, la solución de la controversia en torno a determinar el alcance temporal que corresponde a los Procedimientos para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson, y Guillermo Kaelin de la Fuente.
- 3.11. Así, con fecha 13 de enero de 2023, el amigable componedor² entregó su Informe con la propuesta de solución, en el cual propone la siguiente fórmula para la controversia con la SOP Callao Salud S.A.C.:

Primero: Para determinar el monto que EsSalud debe reembolsar a Callao Salud S.A.C. por el periodo comprendido entre el 30 de abril de 2014 y el 29 de mayo de 2019 se aplicará el procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019.

Segundo: El procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, se entiende prorrogado en forma automática para determinar el monto que ESSALUD debe reembolsar a Callao Salud S.A.C. por el periodo comprendido entre el 30 de mayo de 2019 y el 31 de diciembre de 2023.

Tercero: A partir del 01 de enero de 2024, deberá estar determinado por las partes, de mutuo acuerdo, el suministro de prótesis, siguiendo las normas presupuestarias y de programación multianual de ESSALUD.

Si al 30 de setiembre de 2023, las Partes no han regulado la provisión de prótesis a través de la suscripción de una Adenda; como máximo, en dicha fecha, cualquiera de las Partes podrá comunicar a la otra su decisión sobre la aplicación del procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024.

² En sesión de fecha 4 de octubre de 2022, las partes acordaron designar al Dr. Edgardo Mercado Neumann como amigable componedor.

Si hasta el 30 de setiembre de 2023, ninguna de las Partes emite comunicación, o ninguna de las Partes manifiesta su negativa o rechazo al procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, éste será aplicable para el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024.

Si hasta el 30 de setiembre de 2023, alguna de las Partes manifiesta su negativa o rechazo al procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, ESSALUD deberá suministrar las prótesis en tiempo y forma oportuna, de modo que no afecte la adecuada atención médica, para el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024.

Las disposiciones precedentemente descritas serán aplicables sucesivamente a los años siguientes al 2024, en tanto no sean modificadas por las Partes".

Asimismo, en similar tenor, el Amigable Componedor ha propuesto una fórmula de solución para la controversia con la SOP Villa María del Triunfo Salud S.A.C.

Opinión del Supervisor del Contrato y las Operaciones

- 3.12. Mediante Nota N° 006-GCPGCI-ESSALUD-2023, la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones remite la Carta N° 015-CAPP-ADIMSA-ESAN-VMT-CALLAO-2023 del Supervisor del Contrato y las Operaciones, Consorcio Supervisión en Salud (ADIMSA – ESAN), conteniendo el Informe Especial N° 002-2023-VMT-CALLAO-LEGAL, respecto a las formulas de solución del amigable componedor para la provisión de prótesis en asegurados de los Hospitales Alberto Barton Thompson, y Guillermo Kaelin de la Fuente.

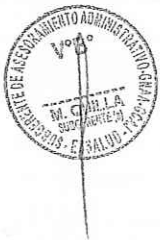
En dicho Informe, el Supervisor del Contrato y las Operaciones concluye que:

"(...) la controversia sometida a Amigable Componedor ha sido derivada de actos posteriores generados en aplicación de los acuerdos arribados por las Partes en el marco del Trato Directo N° 4, con lo cual corresponde a las Partes, en el marco de la solución de sus controversias, determinar el costo beneficio de la implementación de la propuesta contenida en los informes del Amigable Componedor. Por lo expuesto, se informa que, para la emisión de los informes que contienen la propuesta de amigable componedor, se han cumplido con los procedimientos previstos en la normativa de APP".

Evaluación de la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, del costo beneficio de la propuesta de solución formulada por el amigable componedor

- 3.13. Según sus funciones, la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones mediante Nota N° 004-GCPGCI-ESSALUD-2023 remite los Informes Nros. 25 y 26-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2023, de la Gerencia de Gestión de Contratos con la evaluación de costo y beneficios de la propuesta de solución formulada por el amigable componedor, en el marco del Contrato de APP suscrito entre ESSALUD y las SOP Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C.

Cabe indicar que los referidos informes analizan la formula propuesta por el amigable componedor aplicable de la siguiente manera: i) El Informe N° 25-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2023, sobre el Contrato de APP suscrito con la SOP Callao Salud S.A.C., y ii) El Informe N° 26-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2023, sobre el Contrato de APP suscrito con la SOP Villa María del Triunfo Salud S.A.C.



3.14. En el Informe N° 25-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2023, respecto a la propuesta del amigable componedor, se indica que: "Lo cual encontramos razonable, en la medida que dispone el acuerdo de partes como primera opción para resolver la misma problemática en el futuro, pero dejando a salvo que, de no mediar resistencia, el procedimiento se podría seguir usando por cada ejercicio (año) en particular"; y, continua indicando que, "la propuesta del amigable componedor, en su calidad de tercero neutral y experto en la materia de Asociaciones Público Privadas, y luego de la evaluación técnico legal formulado, ha concluido que EsSalud sí tenía sustento razonable sobre su tesis de la controversia, y a su vez ha determinado que sí corresponde la aplicación del procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29 de mayo de 2019, siendo que dicha aplicación debe tener un orden programático en función a los ejercicios presupuestales devenidos y los que devendrán, que garanticen a EsSalud el cumplimiento de sus obligaciones de responsabilidad presupuestal".

Asimismo, en el citado Informe se advierten los beneficios desde el punto de vista técnico asistencial, desde el punto de vista legal, y desde el punto de vista económico (costos), siendo que desde el último supuesto beneficio, se detallan posibles costos por gastos arbitrales y pasivos contingentes en caso de no aceptarse la propuesta del amigable componedor, indicando que: "el escenario de aceptar la propuesta frente al de no aceptarlo, representaría evitar gasto de recursos institucionales, por lo que, en términos de costos, optar por la propuesta del Amigable Componedor generaría ahorros reales para EsSalud y evitaría la generación de pasivos contingentes".

En ese sentido, se concluye lo siguiente:

- 3.1 Tal como lo ha señalado el amigable componedor en su Informe que contiene su propuesta de solución respecto a la controversia referida al pago de reembolso por provisión de prótesis a la Sociedad Operadora, sí existió validez razonable en la tesis de EsSalud respecto a la existencia de la controversia.
- 3.2 La propuesta del Amigable Componedor ha determinado que sí corresponde la aplicación del procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29 de mayo de 2019, siendo que dicha aplicación debe tener un orden programático en función a los ejercicios presupuestales devenidos y los que devendrán, que garanticen a EsSalud el cumplimiento de sus obligaciones de responsabilidad presupuestal.
- 3.3 Esta Gerencia como resultado de su evaluación ha verificado que la fórmula de solución propuesta por el Amigable Componedor resulta beneficiosa para EsSalud en términos de costos, eficiencia y sostenibilidad, por lo que debería ser aceptada institucionalmente, por cuanto:
- a) A nivel asistencial, garantiza la continuidad de los servicios de salud a favor de los asegurados.
 - b) A nivel económico, genera ahorros de recursos para EsSalud y le evita pasivos contingentes propios de una litis.
 - c) A nivel legal, se ha verificado la existencia de un marco jurídico sólido del cual se desprende la obligación de EsSalud de optar por la alternativa de solución del amigable componedor, en la medida que representa una fiel materialización del principio de enfoque por resultados recogido en el marco legal del Decreto Legislativo N° 1362.



3.4 Finalmente, es importante señalar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 124° del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, una vez recibido el Informe del Amigable Componedor, **las Partes tienen un plazo de diez días hábiles para aceptar de común acuerdo la propuesta de solución mediante acta suscrita por sus representantes**, siendo que dicho Informe ha sido recibido por las Partes, de fecha 23 de enero de 2022, dicho plazo vencería el día 27 de enero de 2023, por lo que se tiene que dar una respuesta institucional a dicha fecha o en todo caso solicitar la prórroga del plazo procedimental para culminar las gestiones internas".

3.15. De la misma forma, la citada Gerencia Central mediante el Informe N° 26-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2023 sustenta la propuesta de solución del amigable componedor para la controversia con la SOP Villa María del Triunfo S.A.C., cuyo sustento es similar a lo antes desarrollado.

Opinión de esta Gerencia

3.16. Sobre el particular, de la documentación remitida por la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, podemos advertir que, en el marco legal del Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento, así como en los contratos de APP suscritos con las SOP Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C., las partes, ante el surgimiento de una controversia en la ejecución de los citados contratos, acudieron, dentro del Trato Directo N° 17, al amigable componedor como un tercero neutral, a fin de arribar a una solución, en base al principio de enfoque de resultados, citado precedentemente.

3.17. Así, se puede advertir que las Resoluciones de Gerencia General Nros. 832 y 833-GG-ESSALUD-2019, tienen como objetivo (numeral 2.1): "Establecer el procedimiento de carácter excepcional de reconocimiento y reembolso de los costos asumidos por la Sociedad Operadora en el periodo comprendido entre el 30.04.2014 a la fecha de aprobación del nuevo procedimiento para el reembolso de costos incurridos por concepto de provisión de prótesis a los asegurados adscritos (...)", a los complejos hospitalarios Alberto L. Barton Thompson, y Guillermo Kaelin de la Fuente, respectivamente, en el marco de los acuerdos adoptados en el Trato Directo Nro. 4³.

Seguidamente, en las Disposiciones Complementarias Finales de ambas resoluciones se establece lo siguiente: "4.11.2. Por acuerdo de las partes, se prorrogará de forma automática el periodo estipulado en el numeral 2.1 del presente procedimiento hasta que EsSalud apruebe el procedimiento de provisión de prótesis".

3.18. Conforme con la información remitida, la controversia identificada por las partes es la descrita en el punto c. del Acta de Trato Directo N° 17, de fecha 14 de julio de 2022: "Determinar el alcance temporal que corresponde al 'Procedimiento para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson' aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29.MAYO.2019, el cual fue aprobado en el marco de los acuerdos adoptados mediante Trato Directo N° 04, a fin que se establezca si sus disposiciones resultan de aplicación para que EsSalud efectúe el reembolso de los costos incurridos por la Sociedad Operadora en la provisión de prótesis realizadas con posterioridad a la fecha de aprobación de dicho Procedimiento"; similar para el caso del complejo hospitalario Guillermo Kaelin de la Fuente.

³ Iniciado con fecha 23 de octubre de 2017, y que culminó con la suscripción del acta de fecha 2 de abril de 2019 a través de la cual las partes acuerdan remitir la versión final del proyecto de procedimiento para el reembolso de costos incurridos en la provisión de prótesis para ambos complejos hospitalarios.

- 3.19. De esa manera, ante la falta de acuerdo respecto al alcance temporal para la aplicación de los procedimientos para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson, y Guillermo Kaelin de la Fuente establecidos mediante Resoluciones de Gerencia General Nros. 832 y 833-GG-ESSALUD-2019, se instaló el Trato Directo N° 17 dentro del cual ESSALUD y las SOP, acordaron recurrir ante un amigable componedor, a fin de obtener una solución y, "a fin que se establezca si sus disposiciones resultan de aplicación para que EsSalud efectúe el reembolso de los costos incurridos por la Sociedad Operadora en la provisión de prótesis realizadas con posterioridad a la fecha de aprobación de dicho Procedimiento".
- 3.20. Ahora bien, del marco normativo señalado en el presente informe, se tiene que la propuesta del amigable componedor ha seguido el derrotero procedimental que se establece en los artículos 119 al 129 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF, y específicamente en el artículo 125 se establece que: "El órgano de la entidad pública titular del proyecto, encargado de la administración del Contrato, emite un informe, sustentando su decisión de aceptar o rechazar la o las propuestas de solución del Amigable Componedor, bajo responsabilidad. Este informe debe contener una evaluación de los costos y los beneficios de la decisión tomada".
- 3.21. Así, se tiene que el amigable componedor forma parte de los mecanismos legales y contractuales, al que las partes pueden acudir para la solución de las controversias surgidas, como es el caso de aquellas identificadas en los Contratos de APP suscritos con las SOP, y de tal manera, continuar con las funciones propias de la etapa de ejecución contractual y la provisión de prótesis en favor de los asegurados.

Para ello, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en una publicación del año 2015, señala que la capacidad para hacer cumplir los contratos y para resolver las disputas derivadas de los mismos es fundamental para el correcto funcionamiento de los mercados⁴.

- 3.22. Sobre el fondo de la propuesta, la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, como órgano encargado de la gestión integral de contratos de inversiones en la modalidad de Asociación Pública Privada – APP, ha sustentado mediante Informes Nros. 25 y 26-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2023, la evaluación de los costos y beneficios que implican para la Entidad, la aceptación de la formula propuesta por el amigable componedor.

En dichos Informes se indica que la obligación de proveer las prótesis para los asegurados de los Complejos Hospitalarios Alberto L. Barton Thompson, y Guillermo Kaelin de la Fuente le corresponde a ESSALUD, pero que ello es asumido por las SOP desde el 30 de abril de 2014, en favor de los asegurados adscritos, y generando una obligación de reembolsar dichos costos, los cuales se encuentran previstos en las Resoluciones de Gerencia General Nros. 832 y 833-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29 de mayo de 2019, y no han sido ejecutados por la falta de previsión presupuestal al no tener un plazo de ejecución expreso de dicha actividad excepcional.

- 3.23. En tal sentido, respecto a la viabilidad de aceptar las fórmulas de solución propuestas para los Contratos de APP suscritos con las SOP Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C., se observa que las partes acordaron someter la controversia a la decisión del amigable componedor, cuya formula de solución propuesta recoge las

⁴ OCDE (2015b). *Policy Framework for Investment*. París: OECD Publishing. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/pfi.htm>

posiciones presentadas, los antecedentes comprendidos en los Tratos Directos N° 4 y N° 17⁵, y lo dispuesto mediante las Resoluciones de Gerencia General Nros. 832 y 833-GG-ESSALUD-2019, así como analiza la distribución de riesgos en los Contratos de APP, de la cual podemos recalcar lo señalado respecto a que la obligación y riesgo de la dotación de prótesis, contractualmente, es atribuida a ESSALUD. En este punto, "el proceso de evaluación y transferencia de riesgo es crucial para el éxito de una APP y para que se consiga el mejor valor por dinero del proyecto en cuestión"⁶.

Asimismo, la formula propuesta se enmarca en el principio de enfoque de resultados, previsto en el Decreto Legislativo N° 1362, y la responsabilidad presupuestal, para efectos de la programación multianual presupuestaria de la Entidad.

- 3.24. Así, en el marco de nuestras funciones y analizando los antecedentes, y el marco normativo y contractual aplicable, teniendo la opinión favorable del órgano encargado de la gestión de los contratos de inversión, en cuyos extremos coincidimos por cuanto del análisis costo beneficio realizado, se evidencian las beneficios desde el punto de vista técnico asistencial, desde el punto de vista legal, y desde el punto de vista económico (costos), siendo que sobre este último se detallan las contingencias que asumiría la entidad, en caso no aceptar la fórmula propuesta por el amigable componedor, que implican gastos arbitrales y pasivos contingentes, además de subsistir la obligación contractual por parte de ESSALUD, de proveer de prótesis de manera oportuna a los asegurados adscritos a los referidos complejos hospitalarios, esta Gerencia considera viable que la Gerencia General autorice a la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, la suscripción del acta de aceptación, en el marco del numeral 124.1 del artículo 124, y artículo 126 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, y modificatorias⁷, así como del artículo 9 de la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud (ESSALUD), y del artículo 136 del Reglamento de Organización y Funciones de la Entidad.

IV. CONCLUSIONES:

- 4.1. El amigable componedor forma parte de los mecanismos legales y contractuales, al que las partes pueden acudir para la solución de las controversias surgidas, como es el caso de aquellas identificadas en los Contratos de APP suscritos con las SOP Callao Salud S.A.C., y Villa María del Triunfo Salud S.A.C., y de tal manera, continuar con las funciones propias de la etapa de ejecución contractual y la provisión de prótesis en favor de los asegurados.
- 4.2. La Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, como órgano encargado de la gestión integral de contratos de inversiones en la modalidad de Asociación Pública Privada, ha sustentado mediante Informes Nros. 25 y 26-GGC-GCPGCI-ESSALUD-2023, la evaluación de los costos y beneficios que implican para

⁵ Cabe indicar que la Gerencia Central de Asesoría Jurídica, ha participado del procedimiento del amigable componedor instaurado dentro del Trato Directo N° 17, observado el cumplimiento de las formalidades que establece Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

⁶ ALVA ALVA, Carlos Humberto (2017). *Ejecución de Obras Públicas mediante la Modalidad de Asociación Público-Privada (APP)*. Instituto Pacífico, Lima, Pág. 55.

⁷ Artículo 126. Representación del Estado

126.1 Durante el procedimiento, el Estado es representado por el órgano competente para administrar el Contrato de APP.

126.2 El acuerdo aceptando la o las propuestas de solución del Amigable Componedor debe ser suscrito por dicho órgano.



ESSALUD, la aceptación de la fórmula propuesta por el amigable componedor, según lo convenido por las partes, dentro del Trato Directo N° 17.

- 4.3. Dentro del marco normativo y contractual aplicable, teniendo la opinión del Supervisor del Contrato y las Operaciones, y la opinión favorable de la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, en cuyos extremos coincidimos por cuanto del análisis costo beneficio realizado, se evidencian los beneficios desde el punto de vista técnico asistencial, desde el punto de vista legal, y desde el punto de vista económico (costos), siendo que sobre este último se detallan las contingencias que asumiría la entidad, en caso no aceptar la fórmula propuesta por el amigable componedor, que implican gastos arbitrales y pasivos contingentes, además de subsistir la obligación contractual por parte de ESSALUD, de proveer de prótesis de manera oportuna a los asegurados adscritos a los referidos complejos hospitalarios, esta Gerencia considera viable que la Gerencia General autorice a la citada Gerencia Central, la suscripción del acta de aceptación, en el marco del numeral 124.1 del artículo 124, y del artículo 126 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF, y modificatorias, así como del artículo 9 de la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud (ESSALUD), y del artículo 136 del Reglamento de Organización y Funciones de la Entidad.

V. **RECOMENDACIÓN:**

- Se debe remitir el presente Informe a la Gerencia General, para los fines pertinentes.




Abog. ANGIE J. VEGA ARRUNATEGUI
Gerente de Normativa y Asuntos Administrativos (e)
GCAJ - ESSALUD

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
Seguro Social de Salud

15 FEB 2023 

ERIKA BLONDET MOLINA
FEDATARIO TITULAR
GCPGCI - ESSALUD-2022

AJVA/MLQC
Proveídos Nros. 1253, 1331, y 1003
NITS Nros. 179-2022-9594 y 5445-2023-36

MEMORANDO N° 273 -GG-ESSALUD-2023

Para : **JOSÉ ELÍAS MANTILLA VILLEGAS**
Gerente Central de Asesoría Jurídica

De : **Dr. MILTON JOHN VALDERRAMA WONG**
Gerente General

Asunto : Solicitud de revisión y opinión de fórmulas de amigable componedor para la provisión de prótesis en asegurados de hospitales APP: Hospital "Alberto Leonardo Barton Thompson" y "Guillermo Kaelin de la Fuente".

Referencia : Nota N° 004-GCPGCI-ESSALUD-2023

Fecha : 01 FEB. 2023

ESSALUD
GERENCIA CENTRAL DE ASESORIA JURIDICA TRAMITE DOCUMENTARIO Y ARCHIVO
01 FEB 2023
RECIBIDO
9:53
Para: Firmado: [Signature]

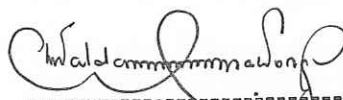
SEGURO SOCIAL DE SALUD
GERENCIA CENTRAL DE ASESORIA JURIDICA
RECEPCION
01 FEB 2023
A. Wong

Tengo a bien dirigirme a usted, previo saludo para remitir adjunto la nota de la referencia y sus adjuntos¹, por medio de la cual, el Gerente Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones hace llegar los informes Nros 25 y 26 validados por dicha gerencia, los cuales, a su vez contienen la evaluación de costos y beneficios de la decisión tomada respecto al procedimiento de reembolso por los costos incurridos en la provisión de prótesis signadas en el asunto del presente documento.

A tal respecto, se solicita – de conformidad con sus funciones², se sirva revisar, evaluar y emitir pronunciamiento sobre la viabilidad de aceptación de las fórmulas de solución propuestas, en donde se deberá expresar de forma clara y precisa si es que corresponde autorizar la suscripción del acta de aceptación, de conformidad a lo establecido en el Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

Sin otro particular.

Atentamente,


Dr. MILTON VALDERRAMA WONG
Gerente General
ESSALUD

SEGURO SOCIAL DE SALUD
Gerencia Central de Asesoría Jurídica
01 FEB 2023
RECEPCION
Hora Recibido Por [Signature]



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
Seguro Social de Salud

15 FEB 2023

ERIKA BLONDET MOLINA
FEDATARIO TITULAR
ESSALUD

¹ Se adjuntan 102 folios

² La OCAJ es el órgano de asesoramiento legal



201
102

NOTA N° 004 -GCPGCI-ESSALUD-2023

Lima, 26 ENE. 2023

Doctor:
MILTON JOHN CARLOS VALDERRAMA WONG
Gerente General
Presente. –

Asunto : Fórmulas de Solución de Amigable Compondedor para la Provisión de Prótesis en asegurados de hospitales APP: Hospital "Alberto Leonardo Barton Thompson" y Hospital "Guillermo Kaelin de la Fuente"

Referencia : a) Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019
b) Resolución de Gerencia General N° 833-GG-ESSALUD-2019

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarlo cordialmente, en atención a los documentos de la referencia a) y b), mediante los cuales la Gerencia General aprobó los Procedimientos para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en los Complejos Hospitalarios Alberto L. Barton Thompson y Guillermo Kaelin de la Fuente.

Al respecto, hago de su conocimiento que, con fecha 07 de julio de 2022, se llevó a cabo la instalación de los procedimientos de Trato Directo N° 17¹, entre ESSALUD y las Sociedades Operadoras Villa María del Triunfo Salud S.A.C. y Callao Salud S.A.C.²

Asimismo, con fecha 11 de octubre de 2022, a través de Carta N° 949 y 950-GCPGCI-ESSALUD-2022, este Despacho comunicó su designación como amigable compondedor³ al Señor Edgardo Mercado Neumann, en mérito a lo acordado por las Partes⁴. En ese sentido, se remite los Informes N° 25 y N° 26 -GGC-GCPGCI-ESSALUD-2023, los cuales hago míos, que contienen la evaluación de costos y beneficios de la decisión tomada, referidas al procedimiento de reembolso por los costos incurridos por la provisión de prótesis a las precitadas Sociedades Operadoras, sustentando la recomendación de la aceptación de las mismas⁵.

En virtud a lo expuesto, esta Gerencia Central recomienda remitir los Informes adjuntos a la Gerencia Central de Asesoría Jurídica, en su calidad de órgano de asesoramiento legal de la institución, a fin de que – de corresponder – emita pronunciamiento de aceptación de las fórmulas de solución propuestas por el Amigable Compondedor, y de ser el caso, vuestro Despacho se sirva autorizar a la Gerencia Central a mi cargo, a suscribir el acta de aceptación correspondiente de conformidad con lo señalado en el Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

Agradeciendo por la atención brindada a la presente, me despido de usted, no sin antes reiterarle las muestras de mi mayor consideración y aprecio personal.

Atentamente,


Dr. JUAN RICARDO ZUÑIGA CARDENAS
Gerente Central de Promoción y Gestión de Contratos de InversionesES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
Seguro Social de Salud

15 FEB 2023

ERIKA BLONDET MOLINA
FEDATARIO TITULAR
GCPGCI-ESSALUD-2022

Con copia: Gerencia Central de Asesoría Jurídica

JRZC/lgr-mzj
NIT: 179-2022-9594, Prov. 1256-GCPGCI,

¹ En torno al pago de los procedimientos de reembolso por los costos incurridos en la provisión de prótesis en los Complejos Hospitalarios Barton y Kaelin a las Sociedades Operadoras Villa María del Triunfo Salud S.A.C. y Callao Salud S.A.C.

² Con la participación del Supervisor del Contrato y de las Operaciones de los Contratos de APP y de la Gerencia Central de Asesoría Jurídica.

³ Mecanismo de solución de controversias aplicable a los Contratos de APP, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

⁴ Mediante Actas de Trato Directo N° 17 de fecha 04 de octubre de 2022.

⁵ De conformidad con lo señalado en el artículo 125° del Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"



INFORME N° 25 -GGC-GCPGCI-ESSALUD-2023

A : Dr. JUAN RICARDO ZUÑIGA CARDENAS
Gerente de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones

De : Dra. LUCY GUERRERO REÁTEGUI
Gerente de Gestión de Contratos (e)

Asunto : Evaluación de costo y beneficios de la propuesta de solución formulada por el amigable componedor, en el marco del Contrato de Asociación Público Privada suscrito entre EsSalud y la Sociedad Operadora Callao Salud S.A.C.

REFERENCIA : Informe remitido por el amigable componedor, de fecha 13 de enero de 2023

FECHA : 25 ENE. 2023

El presente informe de evaluación de costos y beneficios se emite en atención al documento de la referencia, a través del cual el amigable componedor comunicó su propuesta de solución respecto a la controversia sometida a dicho mecanismo, en relación al pago del procedimiento de reembolso por los costos incurridos por provisión de prótesis a la Sociedad Operadora Callao Salud S.A.C.



Al respecto, debo informar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES Y CONTROVERSIA

Contrato de APP y Adendas

- El 31 de marzo de 2010, se suscribió el Contrato de Asociación Público Privada para la Constitución de Derecho de Superficie, Diseño, Construcción de infraestructura, Dotación de Equipamiento, Operación y Mantenimiento del Nuevo Hospital III Callao y su Centro de Atención Primaria de la Red Asistencial Sabogal de ESSALUD.
- El 07 de abril de 2011, se suscribió la Adenda N° 1 al Contrato de Asociación Público-Privada para la Constitución de Derecho de Superficie, Diseño, Construcción de Infraestructura, Dotación de Equipamiento, Operación y Mantenimiento del Nuevo Hospital III Callao y su Centro de Atención Primaria de la Red Asistencial Sabogal de ESSALUD.
- El 26 de marzo de 2012, se suscribió la Adenda N° 2 al Contrato de Asociación Público-Privada para la Constitución de Derecho de Superficie, Diseño, Construcción de Infraestructura, Dotación de Equipamiento, Operación y Mantenimiento del Nuevo Hospital III Callao y su Centro de Atención Primaria de la Red Asistencial Sabogal de ESSALUD.



Trato Directo N° 04

- El 23 de octubre de 2017, se suscribe el Acta de Instalación del Procedimiento de Trato Directo N° 04, Trato Directo para Solución de las Controversias en la Ejecución del Contrato de Asociación Público Privada para la Constitución del Derecho de Superficie, Diseño, Construcción, Dotación de Equipamiento, Operación y Mantenimiento del Nuevo Hospital III Callao y su Centro de Atención Primaria de la Red Asistencial Sabogal de ESSALUD.

En dicha Sesión de Trato Directo, EsSalud y la Sociedad Operadora Callao Salud S.A.C. (en adelante la Sociedad Operadora) acordaron, entre otras cosas, agrupar las controversias planteadas por la Sociedad Operadora en su solicitud de trato directo, en función de tres problemáticas concurrentes: (i) definición del alcance del concepto de prótesis en el marco del Contrato APP incluyendo sus bases e iniciativa privada y normatividad vigente a dicha fecha; (ii) alcance del reconocimiento de deuda generado a favor de la Sociedad Operadora por la adquisición de prótesis y sus costos asociados; y, (iii) establecimiento de un procedimiento de provisión de prótesis que incorpore los principios de eficiencia y oportunidad así como el consenso de las partes, que contribuya a la solución del problema de embalse existente a la fecha.

- El 30 de octubre de 2017, se suscribe el Acta mediante la cual la Sociedad Operadora sostuvo que los audífonos no formaron parte de las bases de la invitación internacional, iniciativa privada ofertada, contrato de APP y su adenda N° 2 y el Manual de Calidad. Asimismo, la Sociedad Operadora presentó el listado de prótesis que las Partes habían trabajado en conjunto con carácter previo al inicio del Trato Directo, precisando la documentación que así lo sustentaba. Al respecto, tanto ESSALUD como el Supervisor solicitaron un plazo razonable para evaluar lo argumentado por la Sociedad Operadora y exponer sus conclusiones. Como consecuencia de ello, las Partes acordaron suspender la Sesión de Trato Directo hasta el día 3 de noviembre de 2017.

- El 03 de noviembre de 2017, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes reconocen que el Contrato APP no incluye la provisión – a cuenta de la Sociedad Operadora – de las endoprótesis y exoprótesis que se requieran para la prestación de los servicios médico quirúrgicos contratados, por lo que su provisión constituye una obligación a cargo de ESSALUD. Igualmente, las Partes reconocieron que el Contrato APP tampoco incluye la implantación de prótesis, ortésis y/o ayudas biomecánicas en el marco de los procedimientos de rehabilitación pactados, lo que para el caso concreto de los audífonos significa que independientemente de su clasificación, y en tanto ESSALUD requiera su implantación, aquellos deberán ser provistos por ESSALUD.

- En la Sesión de Trato Directo del 06 de noviembre de 2017, la Sociedad Operadora expuso sus argumentos respecto al alcance del reconocimiento de deuda generado a su favor por la adquisición de prótesis y sus costos asociados, dejando constancia de los mismos en su propuesta de procedimiento que sería remitida por correo electrónico y anexada en el acta de continuación de la Sesión de Trato Directo. Como consecuencia de ello, en dicha Sesión, se suscribe el Acta mediante la cual ESSALUD y el Supervisor del Contrato APP solicitaron un plazo razonable para evaluar lo argumentado por la Sociedad Operadora, suspendiendo el desarrollo de la sesión.

- En la Sesión de Trato Directo del 13 de noviembre de 2017, ESSALUD habiendo evaluado el procedimiento de reembolso del valor de las prótesis adquiridas presentado por la Sociedad Operadora, presentó un procedimiento alternativo que se adjunta como anexo y sería evaluado por las Partes en la próxima sesión. Asimismo, en dicha fecha, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acuerdan que evaluarán el procedimiento para el reembolso del valor de las prótesis consensuadas, para su aprobación en la siguiente sesión, existiendo a la fecha dos alternativas propuestas por la sociedad operadora: (i) sustento del gasto por parte del acreedor y reconocimiento de intereses y (ii) determinación del valor de reconocimiento por parte de ESSALUD con renuncia a los intereses correspondientes por parte de la Sociedad Operadora.
- En la Sesión de Trato Directo del 01 de diciembre de 2017, ESSALUD sostuvo que, habiendo evaluado las propuestas de la Sociedad Operadora en torno al procedimiento de reembolso, encuentra consistente aquella que propone que el reembolso se realice a partir del sustento del gasto por parte del acreedor a través de los comprobantes de pago correspondientes (facturas), incluyendo el pago de intereses legales desde la fecha de constitución en mora correspondiente. Como consecuencia de ello, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acuerdan que la Sociedad Operadora evaluará el alcance de la propuesta efectuada por ESSALUD.

Del mismo modo, en dicha Acta, las Partes reconocen como prótesis a ser reembolsadas: (i) las prótesis de cadera; (ii) las prótesis de rodilla; (iii) las prótesis de hombro; (iv) las prótesis de hemipelvectomía, desarticuladas, arriba o debajo de la rodilla o tobillo y pie; (v) las prótesis interescapulotorácica, desarticuladas, arriba o abajo del codo, mano, guante o dedo cosmético; (vi) las ortoprótesis y (vii) las prótesis mamarias externas.



- En la Sesión de Trato Directo del 11 de diciembre de 2017, la Sociedad Operadora presentó como contrapropuesta que el reembolso incluya: (i) coste de la prótesis, según factura; (ii) coste de administración de compra y logística, ascendiente al 1% de lo facturado; y, (iii) costo de oportunidad del inversionista compuesto por: (i) la tasa de libre riesgo, (ii) la prima por riesgo sectorial y (iii) la prima por riesgo país, valorizado a la fecha en 11.6755%. Como resultado de ello, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acuerdan que ESSALUD evaluará para la siguiente sesión la contrapropuesta planteada por la Sociedad Operadora, para cuyos efectos la Sociedad Operadora remitirá las fuentes de información que sirven de base a su contrapropuesta en lo referido a los costes de administración y al coste de oportunidad del inversionista.



- En la Sesión de Trato Directo del 18 de diciembre de 2017, ESSALUD sostuvo que encontraba razonable incorporar como parte de su propuesta de conceptos reembolsables a la Sociedad Operadora el coste de administración y logística, teniendo en cuenta que el numeral D.2 de la Adenda N° 02 del Contrato APP, reconoce a favor de ESSALUD un derecho equivalente en el marco de las compras corporativas de medicamentos e insumos efectuadas por ESSALUD para la Sociedad Operadora; sin perjuicio de lo cual y considerando que dicha cláusula contractual no precisa el porcentaje de la comisión, sino que lo remite a las condiciones habituales de mercado, estimó pertinente que el Supervisor valide si el porcentaje de 1% requerido por la Sociedad Operadora por concepto de coste de administración se encuentra dentro de los porcentajes reconocidos en condiciones habituales de mercado para la provisión de este tipo de servicios. Igualmente, en cuanto a la solicitud de reembolso de la Sociedad Operadora por concepto de costo de oportunidad del inversionista, ESSALUD consideró que el



Contrato de APP, ni su iniciativa privada ni sus bases permiten reconocer, ni determinar el alcance de dicho concepto, por lo que propuso excluirlo de los conceptos a ser reembolsados. En la fecha descrita, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acordaron que la Sociedad Operadora emitirá su decisión final respecto del alcance de los conceptos reembolsables, una vez que ESSALUD presente su propuesta final.

- El 04 de enero de 2018, se suscribe el Acta mediante la cual las Partes acuerdan evaluar para la siguiente sesión de trato directo los informes presentados por el Supervisor.
- En la Sesión de Trato Directo del 18 de enero de 2018, ESSALUD presentó a la Sociedad Operadora, como propuesta final de conceptos reembolsables: (i) el gasto sustentado con la factura correspondiente; (ii) los intereses legales desde la fecha de constitución en mora; (iii) el 1% sobre facturado, por concepto de costes de administración.

Asimismo, se suscribe el Acta mediante la cual las Partes reconocen complementariamente a lo acordado en el numeral 4.1 del acta de fecha 01 de diciembre de 2017, como prótesis a ser reembolsadas por parte de ESSALUD a: (i) los implantes metálicos; (ii) los implantes globo oculares; (iii) los implantes valvulares; (iv) las mallas de polipropileno; (v) los tubos de ventilación; (vi) los lentes intraoculares y (vii) los equipos de derivación ventrículo peritoneal.

- El 25 de abril de 2018, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acordaron que, en cumplimiento del numeral 4.5 del acta de fecha 18 de enero de 2018, la Sociedad Operadora presentaría su posición final respecto del alcance de los conceptos reembolsables, una vez que cuente con la opinión técnica que brindaría el Ministerio de Salud en calidad de organismo rector en el sector salud, sin perjuicio de valorar con carácter complementario la opinión técnica de la Sociedad Peruana de Ortopedia y Traumatología.
- El 08 de junio de 2018, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes reconocieron lo opinado por el Ministerio de Salud, así como la competencia de DIGEMID para emitir opinión técnica en materia de dispositivos médicos, e incluyen para efectos del Contrato APP en relación a esta controversia y en lo sucesivo al material de osteosíntesis dentro del concepto de prótesis.

Asimismo, las Partes acordaron que ESSALUD presentaría en la próxima sesión su posición institucional en relación a: (i) la naturaleza contractual del procedimiento de reembolso y sus alcances técnicos; (ii) la propuesta de procedimiento de reembolso; y (iii) la fecha a partir de la cual deberían ser considerados los intereses legales materia de su propuesta final de conceptos reembolsables.

- El 12 de julio de 2018, se suscribe el Acta mediante la cual ESSALUD presentó su proyecto de procedimiento para el reembolso de costos incurridos en la provisión de prótesis en el Complejo Hospitalario "Alberto Barton Thompson", elaborado por la Gerencia de Gestión de Contratos de la GCPGCI.

En dicha Sesión de Trato Directo, las Partes acuerdan que como parte del procedimiento de reembolso se conformaría una comisión única de reembolso integrada por las Gerencias Centrales de Planeamiento y Presupuesto, Gestión Financiera, Asesoría Jurídica, Logística y Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones, la misma que estará a cargo de la evaluación de los expedientes

El 11 de octubre de 2022, a través de Carta N° 949-GCPGCI-ESSALUD-2022, la Gerencia Central de Promoción y Gestión de Contratos de Inversiones de ESSALUD comunicó dicha designación al Dr. Edgardo Mercado Neumann (en adelante el amigable componedor), la cual aceptó con Carta S/N el 13 de octubre de 2022.

- El 10 de noviembre de 2022, las Partes convinieron en instalar el Procedimiento de Amigable Composición, estableciendo reglas y plazos aplicables, con el objeto de que el amigable componedor proponga una solución a la controversia descrita en el punto c. del Acta de Trato Directo N° 17, de fecha 14 de julio de 2022; la cual señala lo siguiente:

“Determinar el alcance temporal que corresponde al ‘Procedimiento para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson’ aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29.MAYO.2019, el cual fue aprobado en el marco de los acuerdos adoptados mediante Trato Directo N° 04, a fin que se establezca si sus disposiciones resultan de aplicación para que EsSalud efectúe el reembolso de los costos incurridos por la Sociedad Operadora en la provisión de prótesis realizadas con posterioridad a la fecha de aprobación de dicho Procedimiento”.

- El 13 de enero de 2023, el amigable componedor entregó a las Partes, su Informe con la propuesta de solución formulada, en referencia a la controversia acordada, el cual será materia de análisis en el presente informe.

II. ANÁLISIS

PROPUESTA DE SOLUCIÓN PRESENTADA POR EL AMIGABLE COMPONEDOR

En el Informe elaborado por el amigable componedor, en su calidad de tercero neutral y experto en materia de Asociaciones Público Privadas, este sustenta y propone una fórmula de carácter bilateral como solución a la controversia referida al alcance temporal de la ejecutabilidad del procedimiento dispuesto en la Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, entre otros, en los siguientes términos:

2.1 Realiza un análisis de la distribución de riesgos en el Contrato de APP:

- Señala que todo proyecto de Infraestructura ejecutado por una asociación pública privada debería tener una adecuada distribución de riesgos que permita asignarlos a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo, teniendo en consideración el interés público y el perfil del proyecto. La asignación de riesgos se plasma en el diseño del contrato al momento de decidir los derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes. Esto es así, porque siendo las asociaciones público privadas, contratos de larga duración, están especialmente expuestas o afectas a vicisitudes y particularidades que amenazan o vulneran los resultados esperados o que estos se manifiesten de una manera diferente a la anticipada por las partes. Así, manifiesta que la característica esencial de estos contratos de APP es la identificación y distribución de riesgos.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
Seguro Social de Salud

15 FEB 2023

ERIKA BLONDET MOLINA
FEDATARIO TITULAR
GCPGCI-ESSALUD-2022



presentados por la Sociedad Operadora. Asimismo, las Partes acordaron que la Sociedad Operadora remitiría recomendaciones complementarias al proyecto de procedimiento para el reembolso de costos incurridos en la provisión de prótesis en el Complejo Hospitalario "Alberto Barton Thompson", elaborado por la Gerencia de Gestión de Contratos de la GCPGCI.

- El 24 de enero de 2019, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acuerdan aprobar el proyecto final denominado "Procedimiento para el reembolso de costos incurridos en la provisión de prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson", el mismo que sería elevado a la Gerencia General para su aprobación.
- El 02 de abril de 2019, se suscribe el Acta mediante la cual, entre otras cosas, las Partes acuerdan modificar el proyecto final denominado "Procedimiento para el reembolso de costos incurridos en la provisión de prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson", versión N° 02, el mismo que sería elevado a la Gerencia General para su aprobación conforme a lo recogido por la Gerencia Central de Asesoría Jurídica.

Resoluciones de Gerencia General de ESSALUD

- El 07 de julio de 2015, se aprueba el Procedimiento para el Suministro de Endoprótesis y Exoprótesis a los Complejos Hospitalarios bajo la modalidad de Asociación Público Privada: "Guillermo Kaelin De la Fuente" y "Alberto Barton Thompson", a través de la Resolución de Gerencia General N° 834-GG-ESSALUD-2015.
- El 04 de julio de 2018, se modifica el numeral 3 del Anexo C del Procedimiento para el Suministro de Endoprótesis y Exoprótesis a los Complejos Hospitalarios bajo la modalidad de Asociación Público Privada: "Guillermo Kaelin de la Fuente" y "Alberto Barton Thompson", contenido en la Resolución de Gerencia General N° 834-GG-ESSALUD-2015, a través de la Resolución de Gerencia General N° 860-GG-ESSALUD-2018.
- El 29 de mayo de 2019, se aprobó el "Procedimiento para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson", en el marco de los acuerdos adoptados mediante Trato Directo N° 04, y del Contrato de APP, a través de la Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019.

Trato Directo N° 17

- El 07 de julio de 2022, se llevó a cabo la instalación del Trato Directo N° 17, entre EsSalud y la Sociedad Operadora, en torno al pago de reembolso por la provisión de prótesis de los asegurados adscritos al Complejo Hospitalario Barton.
- En la Sesión de Trato Directo N° 17, de fecha 14 de julio de 2022, EsSalud y la Sociedad Operadora definieron la controversia que sería sometida al mecanismo de amigable componedor.
- En la Sesión de Trato Directo N° 17, de fecha 4 de octubre de 2022, ESSALUD y la Sociedad Operadora acordaron designar al Dr. Edgardo Mercado Neumann como amigable componedor de uno de sus desacuerdos.

- Por lo que, el contrato de APP suscrito entre ESSALUD y Callao Salud S.A.C., el 31 de marzo de 2010, se rige por sus términos y condiciones, y por el Decreto Legislativo 1362, su reglamento y demás normas complementarias y conexas vigentes, incluyendo directivas y lineamientos¹; siendo que respecto de la obligación y riesgo de la dotación de prótesis, este contrato lo atribuye a EsSalud.

2.2. Realiza una descripción de los hechos que motivan la controversia

- Se indica que la controversia está vinculada a la Actividad de Operación². Concretamente, a una problemática identificada y expuesta por Callao Salud S.A.C. en el año 2013 “con cara a contar con las condiciones adecuadas para el inicio de las operaciones de las CAS” referida a “Prótesis y Servicios y operaciones no incluidas” (exoprótesis y endoprótesis) y que requiere de un “procedimiento de abastecimiento, compra, almacenamiento y facturación”³.
- Así, señala que con el ánimo de solucionar el problema, se emitió la Resolución de Gerencia General No. 834-GG-ESSALUD-2015, que establece el “Procedimiento para el suministro de endoprótesis y exoprótesis a los Complejos Hospitalarios bajo la modalidad de Asociación Público Privada Guillermo Kaelin de la Fuente y Alberto Barton Thompson” y las partes inician el Trato Directo N° 4.
- A su decir, esta Resolución otorga un procedimiento en el suministro de prótesis, lo que resulta central en la dinámica de asignar y gestionar riesgos. El hecho que esta resolución no formule una solución integral a la problemática de provisión de prótesis⁴ es un problema totalmente distinto al riesgo, que tiene que ver más con los remedios que el derecho reconoce ante la inejecución de obligaciones.
- Manifiesta además que contractualmente, los costos de las prótesis son gastos corrientes⁵. Al no ser parte del RPOA ni de ninguna otra retribución, no generan compromisos firmes o contingentes. Tampoco puede comprenderse dentro de la inversión (llámese de Optimización, Ampliación Marginal, Rehabilitación o de Reposición) por tratarse de insumos.



¹ SÉPTIMA. A partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, toda referencia que se haga al Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM; así como del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, se entiende realizada a la presente norma.

² En la fase de operación, muchos de los riesgos identificados en la fase de operación tienen incidencia directa en los flujos operacionales del proyecto; sean menores ingresos o mayores costos de operación y mantenimiento, estos riesgos impactan principalmente en las rentabilidades inicialmente asumidas por el concesionario y en los flujos destinados al pago de las deudas contraídas para la ejecución del proyecto (Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas aprobados por Resolución Ministerial No 167-2016-EF/15 de publicada el 31 de mayo de 2016).

³ “Documentos de Necesidades Identificadas para Trabajar con ESSALUD” (documento adjunto a la carta 096-GG/Callao-VMT-2013 de 12 de junio de 2013)

⁴ Descripción de hechos en la Posición de Callao Salud S.A.C., numerales 26 y siguientes.

⁵ **Gasto Corriente:** comprende las erogaciones destinadas a las operaciones de producción de bienes y prestación de servicios, tales como gastos de consumo y gestión operativa, servicios básicos, prestaciones de la seguridad social, gastos financieros y otros. Están destinados a la gestión operativa durante la vigencia del año fiscal y se consumen en dicho período. (Manual de Procesos y Procedimientos de La Gerencia Central de Planeamiento y Presupuesto. Mayo Julio 2019, actualizado 2021)

- Sucede en el presente caso, que el contrato trata inadecuadamente la asignación y tratamiento de este suministro dentro de los conceptos retributivos de la operación (RPO), la controversia surge de una necesaria labor interpretativa al momento de desentrañar el sentido de la cláusula utilizando el método sistemático y su solución se ha venido manejando dentro de la etapa de trato directo como lo aconseja el principio de enfoque de resultados.

2.3 Resalta la Importancia del Enfoque de Resultados en la interpretación

- Señala que, conforme a los “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos De Asociaciones Público-Privadas” aprobados por el MEF, toda decisión sobre una asignación al riesgo determinada, debe sustentarse en el Principio de Enfoque de Resultados de los proyectos de APP⁶.
- Así, se indica que los principios generales del Régimen de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, son aquellas pautas orientadoras que nos sirven a los operadores jurídicos para colmar aquellos supuestos no reguladas o regulados en forma dudosa o insuficiente.
- Por lo que manifiesta que el enfoque de Resultados como principio general, conduce a adoptar acciones que permitan la ejecución de la inversión privada dentro de los respectivos plazos, evitar retrasos derivados de meros formalismos; identificar, informar e implementar acciones orientadas a resolver la problemática que afecta el proyecto de APP. De esta manera, entre dos o más alternativas legalmente viables nos orienta este enfoque, se debe optar por la que permita la ejecución del proyecto en los plazos correspondientes, la que promueva la inversión, la que garantice la disponibilidad del servicio, la que permita alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto, o la que resulte más conveniente en términos de costos, eficiencia o sostenibilidad⁷.

2.4 Resalta la Importancia de la Responsabilidad Presupuestal

- Se señala que el régimen de APP, desde su reconocimiento legal con el Decreto Legislativo 1012, disponía el principio de responsabilidad fiscal y capacidad de pago presupuestal para las primeras APP, entendida como la capacidad de pago de Estado para adquirir compromisos que se deriven de la ejecución de los contratos de APP celebrados. En atención a tales disposiciones, correspondía a ESSALUD prever a nivel presupuestario, entre otros, el compromiso de pago para el reembolso de los costos asumidos por Callao Salud S.A.C. en la adquisición de prótesis.
- En este orden, indica que a la fecha, la Programación Multianual Presupuestaria, de acuerdo con lo establecido en la Directiva N° 001-2021-EF/50.01, “Directiva de Programación Multianual Presupuestaria y Formulación Presupuestaria”, implica cumplir, entre otros, con los criterios generales de continuidad de compromisos asumidos, priorización de resultados de políticas públicas y focalización de la población atendida que conduzcan al cierre de brechas. Siguiendo criterios del

⁶ Lineamientos aprobados por Resolución Ministerial No 167-2016-EF/15 de publicada el 31 de mayo de 2016.

⁷ Artículo 4º, numeral tercero del decreto legislativo N° 1362.

MEF⁸, la Programación Multianual Presupuestaria conllevaría a la estimación de todos los recursos a los que tiene acceso ESSALUD, para permitirle financiar todas las intervenciones necesarias conforme a los contratos de Asociaciones Público Privadas por un período de tres años consecutivos, incluyendo las obligaciones reconocidas en la presente controversia para endoprótesis y exoprótesis.

- Por lo que, se concluye que la programación brinda predictibilidad, al establecer que la asignación del primero de los tres años sea concordante con el Presupuesto de ESSALUD para dicho año fiscal, y la correspondiente a los dos años subsiguientes se revisa anualmente. Como también señala el MEF la programación para estos dos años subsiguientes es de carácter referencial y no implica el compromiso definitivo de los recursos proyectados, pues puede ser modificada anualmente en caso existan cambios en los factores tomados en cuenta para su estimación⁹.

2.5 Realiza una descripción de la problemática que se busca atender

- Se señala que por varios años Callao Salud S.A.C. y ESSALUD tratan de lograr de manera conjunta y en la fase de trato directo, un acuerdo para encausar una solución justa, conveniente en términos de costo beneficio y ceñida al contrato, para los casos de provisión de endoprótesis y exoprótesis, dividiendo su tratamiento en tres conceptos vinculados pero diferentes: La obligación, el reconocimiento de la obligación y el reembolso.
- Así, manifiesta que antes de la Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, ESSALUD emitió la Resolución de Gerencia General N° 834-GG-ESSALUD-2015 que aprueba el Procedimiento para el Suministro de Endoprótesis y Exoprótesis a los Complejos Hospitalarios bajo la modalidad de Asociación Público Privada: "Guillermo Kaelin De la Fuente" y "Alberto Barton Thompson". Entiendo que es esta resolución la que regula propiamente la administración o gestión del **SUMINISTRO** de Prótesis y que aún subsisten discrepancias sobre la conveniencia y alcances de la misma; discrepancias que han motivado a las partes a gestionar una adenda que modifica el perfil de riesgos.
- De igual forma, señala que con respecto al **RECONOCIMIENTO**, regulado por la Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, se observa que no hay controversia. Por el contrario, existe total consenso en que se trata de una obligación a cargo de ESSALUD, lo que es avalado por la opinión de la entidad Supervisora del Contrato¹⁰.



⁸ La Programación Multianual Presupuestaria es un instrumento de gestión pública orientado a contribuir con una política fiscal sostenible de mediano plazo, incrementar la eficiencia en la asignación de los recursos y mejorar la calidad de la gestión de los servicios públicos por parte de las distintas entidades del sector público. Tiene como principal objetivo prever un escenario predecible de financiamiento de las intervenciones consideradas para el año en el cual se formula el presupuesto, y para un período de dos años adicionales. abarca tres años y se sujeta a las reglas fiscales vigentes. Ministerio De Economía Y Finanzas. Dirección General De Presupuesto Público. Informe de Programación Multianual Presupuestaria 2022-2024 (2021)

https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/pres_multi/Informe_Programacion_Multianual_2022_2024.pdf

⁹ Informe de Programación Multianual Presupuestaria 2022-2024 (2021) pág. 1

¹⁰ Informe 10 del Coordinador Legal del Consorcio Supervisión en Salud ADIMSA-ESAN de 06 de noviembre de 2017, Informe Especial sobre Prótesis y Ortesis de 11 de diciembre de 2017 y Ampliación de Informe Especial de Prótesis y Ortesis de 03 de enero 2018.



- En lo respecta al **REEMBOLSO**, manifiesta que se observa un disenso entre las partes. Mientras Callao Salud S.A.C. considera que el procedimiento aprobado por la resolución de gerencia tiene vocación de permanencia hasta que no se apruebe un nuevo procedimiento que lo sustituya; ESSALUD sostiene que su vigencia terminó el 29 de mayo de 2019, fecha en que se aprobó el procedimiento o mecanismo de reconocimiento y reembolso por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019.
- Se describe la tesis de Callao Salud S.A.C. que señala que el antecedente y objetivo de la Resolución de Gerencia que aprueba el mecanismo es el reconocimiento y reembolso de los costos asumidos por Callao Salud S.A.C. “desde el inicio de operaciones” hasta la “fecha de aprobación del nuevo procedimiento para el reembolso de costos incurridos para la provisión de prótesis”.
- También se describe la tesis de ESSALUD, que señala que para la determinación del monto a reembolsar, así como para la evaluación y validez de los expedientes, se deben calcular los intereses legales desde la fecha de constitución en mora, esto es desde 25.07.2016.
- Al respecto, señala que la Disposición Complementaria Final del numeral 4.11.2 que resuelve (o debería resolver) la duda en tanto estipula “Por acuerdo entre las partes, se prorrogará de forma automática el período estipulado en el numeral 2.1 del presente procedimiento, hasta que ESSALUD apruebe el procedimiento de provisión de prótesis”. Así, señala que la única forma de interpretar sistemática y coherentemente los numerales 2.1 y 4.11.2 del mecanismo, es distinguiendo los procedimientos de suministro o provisión de prótesis del reconocimiento y reembolso.
- Señala que se observa que no hay un disenso total, pues ambas partes coinciden en que el mecanismo es aplicable desde el 30 de abril de 2014 al 29 de mayo de 2019.
- En razón de lo expuesto, considera que la fórmula de solución a proponer en su condición de amigable componedor, se limita a la vigencia del mecanismo de determinación que regula la Resolución de Gerencia, pero respetando:
 - La naturaleza del servicio que se atiende con el Mecanismo;
 - Los términos del Mecanismo;
 - El carácter excepcional del Mecanismo;
 - El alcance temporal (fecha de inicio y fecha límite).
- Con respecto a **la naturaleza del servicio**, señala que se debe tener en consideración que el Mecanismo es necesario para la prestación de los servicios obligatorios que debe prestar la Sociedad Operadora. Su no prestación atentaría contra el interés público y los procedimientos de atención de usuarios, por lo que la vigencia del mecanismo debe evaluarse a la luz de los principios de enfoque de resultados y de responsabilidad presupuestal. En el marco de estos principios, toda propuesta de solución debe tener “vocación de permanencia” pero considerando la normativa presupuestaria.
- Los **términos del mecanismo** aprobado señala que se refieren expresamente al “período comprendido entre el 30 de abril de 2014 a la fecha de aprobación del nuevo procedimiento para el reembolso de costos incurridos por concepto de



provisión de prótesis". El problema es que "la fecha de aprobación del nuevo procedimiento para el reembolso de costos incurridos por concepto de provisión de prótesis" no constituye un plazo (hecho futuro y cierto) ni una condición (hecho futuro e incierto, ajeno a la voluntad de las partes) que permita inferir una fecha de término. Sin perjuicio de ello, los términos del mecanismo y en especial el numeral 4.11.2, si permiten que sus reglas se extiendan a un período posterior al de su aprobación, siempre que exista acuerdo entre las partes¹¹.

- **El carácter excepcional**, señala que conforme al RAE, implicaría entender el Mecanismo como un procedimiento fuera del orden común, que se añade a lo ordinario o al supuesto normal. Aquí es de suma importancia recordar los principios que rigen el Sistema Nacional de Presupuesto Público, en especial, los de especialidad cuantitativa, calidad del presupuesto, universalidad y unidad, anualidad presupuestaria y programación multianual (Decreto Legislativo 1440). Siendo todos estos principios de importancia, interesa particularmente el de Anualidad Presupuestaria¹² y programación Multianual¹³.
- **El alcance temporal** señala que debe entenderse que su duración o vigencia no puede ser permanente ni abierta. Este extremo es el confuso por cuanto, siendo que los contratos tampoco son eternos, la temporalidad del mecanismo debe entenderse como referido a un "período" o espacio de tiempo menor al de la vigencia del contrato. En tal sentido, la necesidad de determinar ese período es la labor encargada a un tercero neutral para solucionar la controversia.
- En esto del alcance temporal, manifiesta que entre los documentos que forman parte del Trato Directo N° 04, se pueden identificar dos propuestas de versión N° 1 del procedimiento para el reembolso de costos incurridos en la provisión de prótesis (ambas sin fecha). En la primera propuesta (Sesión del 12 de julio de 2018), se habla de "el período 30/04/2014 -23/10/2017"; mientras que la segunda propuesta (Sesión del 24 de enero de 2019), las Partes aprueban el texto "entre el 30.04.2014 a la fecha de aprobación del nuevo procedimiento para el reembolso de costos incurridos por concepto de provisión de prótesis". Este último texto, es mantenido en la Versión N° 2, aprobada por las Partes en la Sesión del 2 de abril de 2019; y reiterado en la Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019.
- En razón de lo expuesto, señala que las partes entienden que el período comprendido entre 30 de abril de 2014 y el 29 de mayo de 2019 no presenta problemas; que este período está dentro de los alcances del Mecanismo.



¹¹ La expresión "en forma automática" implica que no es necesaria una nueva resolución de gerencia prorrogando la vigencia de la Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019.

¹² Anualidad presupuestaria: Consiste en que el Presupuesto del Sector Público tiene vigencia anual y coincide con el año calendario el cual, para efectos del Decreto Legislativo, se denomina Año Fiscal, periodo durante el cual se afectan los ingresos que se recaudan y/o perciben dentro del año fiscal, cualquiera sea la fecha en los que se haya generado, y se realizan las gestiones orientadas a la ejecución del gasto con cargo a los respectivos créditos presupuestarios (numeral 2.1, acápite 11^o del artículo segundo del D.L. 1440).

¹³ 12. Programación multianual: Consiste en que el Presupuesto del Sector Público tiene una perspectiva multianual orientada al logro de resultados a favor de la población, en concordancia con las reglas fiscales establecidas en el Marco Macroeconómico Multianual y los instrumentos de planeamiento elaborados en el marco del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico-SINAPLAN (numeral 2.1, acápite 11^o del artículo segundo del D.L. 1440).

- Señala también que la aplicación del Mecanismo tampoco tendría problemas para el período devengado con posterioridad al 29 de mayo de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2023, siempre y cuando las partes así convengan para lograr real y efectivamente la determinación de la obligación reconocida por ambas partes y la obtención de un compromiso de reembolso de un monto específico y cuantificable, a fin de que puedan incorporarse al presupuesto de ESSALUD y programarse multianualmente¹⁴.
- Indica además que a partir del 01 de enero de 2024, la determinación del reembolso de prótesis debería poder realizarse en forma anual y programarse multianualmente conforme a la normativa aplicable a ESSALUD. Esto significa que de no aprobarse un mecanismo que sustituya al aprobado por la Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, las partes tendrán que ponerse de acuerdo para la aplicación del mecanismo con plena observancia de la normativa presupuestaria aplicable y la programación multianual.
- Por último, señala que en opinión del MEF¹⁵ con posterioridad a la firma de un contrato de asociación en participación pueden darse actos de modificación o actos de ejecución contractual. En los primeros pueden ser llevados a cabo mediante la suscripción de actas mientras que los segundos requieren seguir la normativa SNPIP de acuerdo al artículo 55 del Decreto No. 1362 y los artículos 134 al 138 del Reglamento. Los acuerdos que se proponen a continuación son actos de ejecución en los términos del MEF.

2.6 Propone una Fórmula de Solución

- En razón de lo expuesto, el Amigable Compondedor, como tercero neutral y conforme a la regulación aplicable al procedimiento de amigable composición, en el marco del Trato Directo, ha propuesto a las partes que acuerden lo siguiente:

Primero: Para determinar el monto que EsSalud debe reembolsar a Callao Salud S.A.C. por el periodo comprendido entre el 30 de abril de 2014 y el 29 de mayo de 2019 se aplicará el procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019.

Segundo: El procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, se entiende prorrogado en forma automática para determinar el monto que ESSALUD debe reembolsar a Callao Salud S.A.C. por el período comprendido entre el 30 de mayo de 2019 y el 31 de diciembre de 2023.

Tercero: A partir del 01 de enero de 2024, deberá estar determinado por las partes, de mutuo acuerdo, el suministro de prótesis, siguiendo las normas presupuestarias y de programación multianual de ESSALUD.

¹⁴ Como menciona la OCDE (2012), las APP son más difíciles de integrar al presupuesto anual que los gastos ordinarios, ya que las obligaciones de APP son multianuales. Esto ocasiona que las evaluaciones presupuestarias de las APP sean particularmente importantes en etapas tempranas del proyecto. A fin de lograr esto, el marco normativo vigente en Perú establece la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP, el cual, en la sección de programación, contiene la información presupuestaria de los proyectos de APP de las entidades públicas (BID 2016. Asociaciones Público Privadas En Perú: Análisis Del Nuevo Marco Legal, Módulo II, pág. 33)

¹⁵ Oficio N° 481-2019-EF/68.03 de 08 de noviembre de 2019 de la Dirección general de Política de Promoción de la Inversión Privada, que hace suyo el informe 015-2019-EF/68.03 de la Dirección de Promoción de Inversión Privada del Ministerio de economía y Finanzas.

Si al 30 de setiembre de 2023, las Partes no han regulado la provisión de prótesis a través de la suscripción de una Adenda; como máximo, en dicha fecha, cualquiera de las Partes podrá comunicar a la otra su decisión sobre la aplicación del procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024.

Si hasta el 30 de setiembre de 2023, ninguna de las Partes emite comunicación, o ninguna de las Partes manifiesta su negativa o rechazo al procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, éste será aplicable para el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024.

Si hasta el 30 de setiembre de 2023, alguna de las Partes manifiesta su negativa o rechazo al procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, ESSALUD deberá suministrar las prótesis en tiempo y forma oportuna, de modo que no afecte la adecuada atención médica, para el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024.

Las disposiciones precedentemente descritas serán aplicables sucesivamente a los años siguientes al 2024, en tanto no sean modificadas por las Partes.

EVALUACIÓN DE COSTOS Y BENEFICIOS DE LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

De acuerdo a lo estipulado en el Contrato de APP, la obligación de proveer las prótesis para los asegurados del Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson le corresponde a EsSalud, no obstante, la Sociedad Operadora, a partir del inicio de operación a la fecha, esto es, desde el 30 de abril de 2014, viene asumiendo los costos por las prótesis que requieren los asegurados adscritos para su atención médica de manera oportuna. Esta situación he generado una obligación de reembolsar dichos costos.

Así, ante dicha situación, mediante Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29 de mayo de 2019, se aprobó el Procedimiento para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson, el cual a la fecha no ha sido ejecutado por la entidad, debido a que al procedimiento no generaba previsión presupuestal al no tener un plazo de ejecución expreso de dicha actividad excepcional.

Ahora bien, el amigable componedor, que constituye un mecanismo de solución de controversias que pueden acordar las Partes durante la ejecución de un Contrato de APP, en el marco de la normativa aplicable en materia de Asociaciones Público Privadas¹⁶, sostiene que, para determinar el monto que EsSalud debe reembolsar a Callao Salud S.A.C. por el periodo comprendido entre el 30 de abril de 2014 y el 29 de mayo de 2019 se debe aplicar el procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, por

¹⁶ Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

cuanto respecto de dicho periodo no existe controversia, lo cual ratificamos en tanto el Trato Directo N° 4 atendió directamente la problemática en ese periodo.

En adición a lo señalado, el amigable componedor refiere que, en mérito a lo establecido en la Disposición Complementaria Final del numeral 4.11.2 del Procedimiento para el Reembolso de Costos Incurridos en la Provisión de Prótesis en el Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson, aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, dicho procedimiento se entiende prorrogado en forma automática para determinar el monto que ESSALUD debe reembolsar a la Sociedad Operadora por el período comprendido entre el 30 de mayo de 2019 y el 31 de diciembre de 2023, lo cual consideramos razonable por tratarse de un plazo ya cumplido y un ejercicio en ejecución, ergo, una problemática ya existente (generada) que merece una atención inmediata de cara a evitar que generar pasivos contingentes a EsSalud.

Además, el amigable componedor dispuso que, a partir del 01 de enero de 2024, deberá estar determinado por las partes, de mutuo acuerdo, el suministro de prótesis, siguiendo las normas presupuestarias y de programación multianual de ESSALUD, precisando lo siguiente:

- a) Si al 30 de setiembre de 2023, las Partes no han regulado la provisión de prótesis a través de la suscripción de una Adenda; como máximo, en dicha fecha, cualquiera de las Partes podrá comunicar a la otra su decisión sobre la aplicación del procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024.
- b) Si hasta el 30 de setiembre de 2023, ninguna de las Partes emite comunicación, o ninguna de las Partes manifiesta su negativa o rechazo al procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, éste será aplicable para el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024.
- c) Si hasta el 30 de setiembre de 2023, alguna de las Partes manifiesta su negativa o rechazo al procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General No. 832-GG-ESSALUD-2019, ESSALUD deberá suministrar las prótesis en tiempo y forma oportuna, de modo que no afecte la adecuada atención médica, para el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2024 y el 31 de diciembre de 2024.

Las disposiciones precedentemente descritas serán aplicables sucesivamente a los años siguientes al 2024, en tanto no sean modificadas por las Partes.

Lo cual encontramos razonable, en la medida que dispone el acuerdo de partes como primera opción para resolver la misma problemática en el futuro, pero dejando a salvo que, de no mediar resistencia, el procedimiento se podría seguir usando por cada ejercicio (año) en particular.

En suma, conforme se aprecia, según la propuesta del amigable componedor, en su calidad de tercero neutral y experto en la materia de Asociaciones Público Privadas, y luego de la evaluación técnico legal formulado, **ha concluido que EsSalud sí tenía sustento razonable sobre su tesis de la controversia, y a su**

vez ha determinado que sí corresponde la aplicación del procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29 de mayo de 2019, siendo que dicha aplicación debe tener un orden programático en función a los ejercicios presupuestales devenidos y los que devendrán, que garanticen a EsSalud el cumplimiento de sus obligaciones de responsabilidad presupuestal.

2.7. Beneficio de la propuesta desde punto de vista técnico asistencial

Al respecto, se debe hacer referencia al costo social, el cual se refiere a los costos que afectan a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, siendo en este caso en particular, a los asegurados adscritos al Complejo Hospitalario Alberto L. Barton Thompson, toda vez que la continuidad de la ejecución del procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29 de mayo de 2019, garantiza que exista un respaldo en la atención médica que se brinda a dichos asegurados, y que se brinde de manera oportuna y adecuada sus atenciones, y por ende, se garantice el acceso al derecho a la salud. Por lo que, la propuesta es conveniente desde el punto de vista asistencial, en favor de garantizar la sostenibilidad de las prestaciones asistenciales a los asegurados.

2.8. Beneficio de la propuesta desde punto de vista legal

Partimos de la premisa de que es obligación de EsSalud proveer las prótesis, las que, por diversas razones atribuibles a los procedimientos administrativos de las redes, puede tener retrasos dicha provisión, lo que motivaría a la Sociedad Operadora a proveerlas (para garantizar la continuidad de los servicios asistenciales), y una vez provistas, requerir su reembolso. De no ejecutar la entidad el reembolso por los costos incurridos por la provisión de prótesis, la Sociedad Operadora podría optar por recurrir a las alternativas y/o mecanismos de solución de controversias del Contrato de APP, a fin de poder obtener el reconocimiento del reembolso respectivo más los costos de oportunidad que de ello se deriven (intereses, daño emergente), pudiéndose generar pasivos contingentes para la entidad.

Asimismo, las resoluciones emitidas por la Gerencia General para los reembolsos de los costos, constituirían en sí medio probatorios de reconocimiento de obligación por parte de la entidad (conclusión a la que ha llegado también el Amigable Componentor, según se desprende de su informe), las que en un escenario de litigio (léase arbitraje) generarían prueba suficiente de la existencia del derecho de cobro a favor de la Sociedad Operadora y de la obligación de EsSalud, al margen de si la entidad considera que no exista un procedimiento interno para honrar dicha obligación. Por lo que, en términos de prognosis jurídica, es válido afirmar que en un escenario de litis, EsSalud se encontraría en una situación de desventaja probatoria, que le generaría asumir las consecuencias económicas resultantes de dicha litis (costos del arbitraje, pago de indemnizaciones).

Ante ello, existe en el marco legal de las APPs el Principio de Enfoque por Resultados, el cual señala en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1362, que las entidades públicas en el desarrollo de sus funciones, deben adoptar las acciones que permitan la ejecución de la inversión privada dentro de los respectivos plazos, evitar retrasos derivados de meros formalismos; así como, identificar, informar e implementar acciones orientadas a resolver la



15 FEB 2023

problemática que afecta los proyectos desarrollados bajo las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo.

Así, la norma legal señala expresamente que constituyen reglas para la aplicación del principio de enfoque de resultados en los Contratos de APP, la toma de decisiones de las entidades públicas, las cuales se detallan a continuación:

- a) *Entre dos o más alternativas legalmente viables, se debe optar por la que permita la ejecución del proyecto en los plazos correspondientes, la que promueva la inversión, la que garantice la disponibilidad del servicio, la que permita alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto, o la que resulte más conveniente en términos de costos, eficiencia o sostenibilidad.*
- b) *En todas las fases del proyecto, se da celeridad a las actuaciones, evitando acciones que generen retrasos basados en meros formalismos.*
- c) *En el caso de controversias durante la ejecución del proyecto, cuando se cuente con pruebas, evaluaciones o elementos de juicio que permitan determinar que es más conveniente, en términos de costo beneficio, optar por el trato directo, en lugar de acudir al arbitraje, se opta por resolver dichas controversias mediante trato directo.*
(El subrayado es nuestro)

De lo señalado líneas arriba, se aprecia que es una obligación de la entidad, durante la ejecución de los Contratos de APP, adoptar la alternativa que resulte más conveniente en términos de costos, eficiencia o sostenibilidad, más aún, considerando que el objetivo central de la provisión de un servicio público (la provisión de prótesis) es garantizar que los usuarios y contribuyentes (asegurados) obtengan la adecuada gestión de factores como calidad, uso de recurso, tiempo y conveniencia, asegurando de esa manera un uso eficiente y eficaz de los recursos utilizados. Asimismo, es obligación de la entidad optar por resolver dichas controversias mediante trato directo cuando se cuente con pruebas, evaluaciones o elementos de juicio que permitan determinar que es más conveniente, en términos de costo beneficio, optar por ello, en lugar de acudir al arbitraje

Por lo que, desde el punto de vista legal, sí existe sustento normativo suficiente para acceder a la propuesta de solución del amigable componedor, el cual se enmarca dentro del Trato Directo, y que tomarla evita la generación de pasivos en comparación con el escenario de litis (arbitraje), por las características particulares de la controversia.

2.9. Beneficio de la propuesta desde punto de vista económico (costos)

Al respecto, esta Gerencia ha realizado una evaluación de los costos o consecuencias económicas en los que incurriría la entidad en el caso que se optara por no aceptar la propuesta del amigable componedor (que supone no continuar con la ejecución del procedimiento dispuesto en la Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESALUD-2019), siendo que un escenario de no aceptación de la propuesta genera un escenario de litis, que generarían las siguientes consecuencias económicas:

- a) Generación de costos arbitrados: EsSalud tendría que asumir costos arbitrados estimados en la suma que se desprende a continuación¹⁷:

| GASTOS ARBITRALES | CALLAO SALUD S.A.C. |
|-------------------------|---------------------|
| GASTOS ADMINISTRATIVOS | S/.76.055,52 |
| HONORARIOS DEL TRIBUNAL | S/.189.822,29 |
| TOTAL | S/.265.878 |

- b) Generación de pasivos contingentes: Las pretensiones naturales de dicha litis buscarían no solo el cobro de la cuantía reembolsable, sino también de sus accesorios, representados en los intereses generados por todo el plazo que demore la resolución del proceso arbitral¹⁸:

| Complejo Hospitalario | Costo de Oportunidad al 2025 |
|-----------------------|------------------------------|
| CALLAO SALUD S.A.C. | S/.4.755.163,98 |

Por ello, el escenario de aceptar la propuesta frente al de no aceptarlo, representaría evitar gasto de recursos institucionales, por lo que, en términos de costos, optar por la propuesta del Amigable Componentor generaría ahorros reales para EsSalud y evitaría la generación de pasivos contingentes. Siendo así, conveniente en términos económicos aceptar la propuesta de solución.

III. CONCLUSIONES

- 3.1 Tal como lo ha señalado el amigable componedor en su Informe que contiene su propuesta de solución respecto a la controversia referida al pago de reembolso por provisión de prótesis a la Sociedad Operadora, sí existió validez razonable en la tesis de EsSalud respecto a la existencia de la controversia.
- 3.2 La propuesta del Amigable Componentor ha determinado que sí corresponde la aplicación del procedimiento dispuesto por Resolución de Gerencia General N° 832-GG-ESSALUD-2019, de fecha 29 de mayo de 2019, siendo que dicha aplicación debe tener un orden programático en función a los ejercicios presupuestales devenidos y los que devendrán, que garanticen a EsSalud el cumplimiento de sus obligaciones de responsabilidad presupuestal.
- 3.3 Esta Gerencia como resultado de su evaluación ha verificado que la fórmula de solución propuesta por el Amigable Componentor resulta beneficiosa para EsSalud en términos de costos, eficiencia y sostenibilidad, por lo que debería ser aceptada institucionalmente, por cuanto:
- a) A nivel asistencial, garantiza la continuidad de los servicios de salud a favor de los asegurados.

¹⁷ Considerando un proceso arbitral desarrollado con Tribunal Arbitral de acuerdo a Tarifario del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

¹⁸ Considerando el monto estimado de reembolso que se acumularía a Enero 2023, con una tasa de valor futuro a 3 años, que es el plazo estimado de resolución de la litis en sede arbitral.

