

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Laudo Parcial de fecha 20 de enero de 2021,
recaído en el Caso Arbitral N° 011-2020-ARB**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADA**

AUTORA:

Maria-Fernanda Hidalgo Díaz

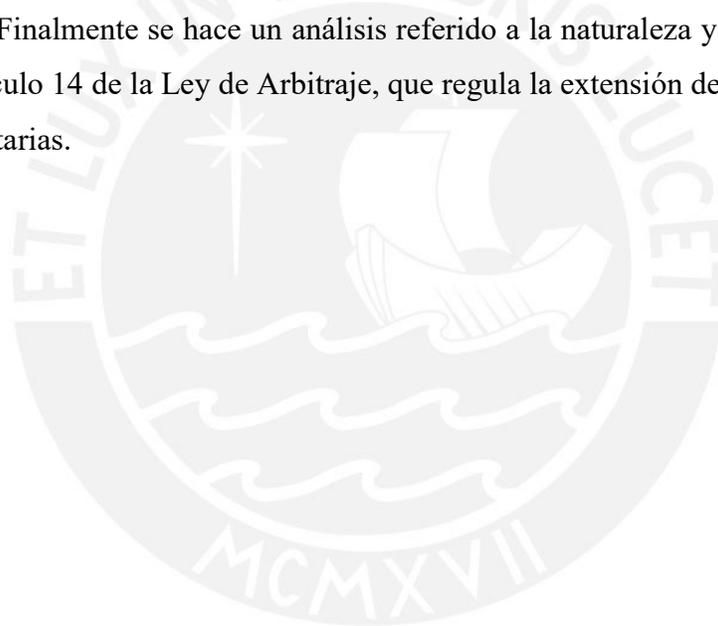
REVISOR

Christian Alex Delgado Suarez

Lima, 2021

RESUMEN

El laudo parcial analizado aborda problemáticas jurídicas referidas a dos excepciones planteadas en el marco de un arbitraje de salud. La primera excepción es de oscuridad y/o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, respecto de la cual se analiza su vinculación con la fijación de puntos controvertidos. La segunda excepción es una mediante la cual se cuestiona la competencia del Tribunal Unipersonal por no haberse acreditado la existencia de un convenio arbitral ni una norma con rango legal que obligue a las partes a resolver sus controversias en el marco de un arbitraje. Vinculado a la resolución de este problema se analiza el principio competence – competence y la garantía constitucional del control difuso en sede arbitral. Finalmente se hace un análisis referido a la naturaleza y aplicación al caso concreto del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, que regula la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.



I. INTRODUCCIÓN

El laudo parcial analizado, contiene problemáticas jurídicas relacionadas con el planteamiento de una excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y una excepción de incompetencia en el marco de un arbitraje especializado en salud.

En cuanto a la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, este caso evidencia que una inadecuada formulación de la pretensión impide una correcta fijación de puntos controvertidos, y la consecuente organización del proceso. A partir de esto, elaboraré una crítica a la técnica de organización del proceso arbitral, por parte de la árbitra única, quien fijo los puntos controvertidos sin antes sanear los vicios en la formulación de la demanda, vulnerando de esa manera el derecho al debido proceso de las partes.

Por su parte, la excepción de incompetencia se relaciona con los alcances del artículo 14° del Decreto Legislativo N°1071 – Ley que norma el Arbitraje, referido a la extensión de la cláusula arbitral a las partes no signatarias. En este caso evidenciaré que dicho artículo estuvo aplicado incorrectamente por dos motivos: (i) La arbitra única no hizo control difuso del artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA - Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que contendría el convenio arbitral entre las partes, pese a que la parte pasiva alego su inconstitucionalidad; y (ii) aun cuando existiera una cláusula arbitral válida contenida en el Contrato EPS, la arbitra única no ha realizado un examen adecuado de la relación jurídica que vincularía a las partes con el convenio arbitral y determinaría la materia arbitrable.

Si bien, nos encontramos frente a un laudo parcial, ello no mella la complejidad de los temas objeto de análisis. Por el contrario, es una fuente de estudio particular que nos permite el análisis de instituciones procesales y materiales tan cruciales como la competencia, las excepciones, la materia arbitrable, la extensión de la cláusula

arbitral, la responsabilidad profesional médica, el control difuso en sede arbitral, entre otras que, en interacción con las particularidades del arbitraje, nos permiten profundizar sobre su naturaleza y alcance.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Debido a la aparición de un “bulto” en la parte posterior de su rodilla izquierda, la paciente de iniciales S.M.D.L.T.N. acudió a una consulta con el doctor de iniciales D.S., miembro del staff médico de la Clínica E.G., quien diagnosticó la tumoración como “Quiste de Backer”¹. Para confirmar el diagnóstico, el Dr. D.S. le ordenó la realización de una resonancia magnética.
- 2.2. La Resonancia Magnética se realizó el día 11 de abril de 2017, en la misma Clínica E.G. El resultado evidenció la presencia de un “Ganglión”, que son quistes benignos, los cuales, cuando se ubican en la parte posterior de la rodilla, se denominan “Quiste de Backer”².
- 2.3. Con fecha 09 de mayo de 2017, la paciente acudió a la Clínica L.E.D.P. para tener una cita médica con el médico de iniciales E.D.L. Con base en el primer diagnóstico, los resultados de la Resonancia Magnética y el examen físico, el Dr. E.D.L. verificó que el caso de la paciente era compatible con un Quiste de Backer.
- 2.4. El Dr. E.D.L. expuso todas las opciones de tratamiento, entre las cuales, por la naturaleza del quiste, se encontraba: la actividad física y rehabilitación para intentar que su organismo reabsorba el quiste, o, una cirugía.

¹ Acumulación de líquido articular que **resulta ser siempre de naturaleza benigna.**

² Los quistes ganglionares son bultos no cancerosos (benignos), están llenos de un líquido gelatinoso y en muchos casos desaparecen por sí solos. Por su parte el Quiste de Backer es un tipo de quiste ganglionar (Ganglión), es decir, un quiste lleno de líquido que causa una protuberancia detrás de la rodilla.

- 2.5. Con fecha 27 de junio de 2018, la paciente asistió a una segunda consulta con el Dr. E.D.L., quien le ordenó realizarse una ecografía, con el fin de realizar un seguimiento de la evolución del ganglión y reevaluar su ubicación y el incremento del tamaño.
- 2.6. Con fecha 06 de julio de 2018, la paciente acudió a una nueva consulta con el resultado de la ecografía. Dicho examen fue consistente con el resultado de la resonancia magnética y los diagnósticos previos, pues concluyó la existencia de un “Quiste de Backer Complicado”.
- 2.7. Con fecha 05 de noviembre de 2018, la paciente regresó al consultorio del Dr. E.D.L., y refiere que el dolor y tamaño del quiste se incrementó considerablemente. En esta consulta, la demandante decidió realizar la cirugía, para tales efectos se le ordenó la realización de una nueva resonancia magnética.
- 2.8. El Dr. E.D.L., derivó a la paciente con el doctor de iniciales S.M.A.B.C.
- 2.9. El informe de la segunda resonancia magnética concluyó lo siguiente: “Formación compleja proyectada en el muslo distal y región poplítea izquierda según descripción, a considerar tumoración de estirpe sarcomatosa. requiere correlación histopatológica (...)”.
- 2.10. Con fecha 09 de noviembre de 2018, la paciente acude a consulta con el Dr. S.M.A.B.C., quien, luego de revisar el resultado de la segunda Resonancia Magnética, le indica la necesidad de realizar una biopsia a efectos de confirmar si el tumor es de naturaleza maligna o benigna.
- 2.11. Luego de realizar la biopsia, el Dr. S.M.A.B.C. diagnostica la existencia de un liposarcoma mixoide (cáncer) y decidió derivar a la paciente con un médico especializado en oncología a efectos que pueda evaluarla y disponer de una terapia adecuada para tratar el liposarcoma mixoide detectado.

- 2.12. En atención a ello, la paciente decidió atenderse en el Centro Oncológico A., específicamente con el doctor de iniciales D.G.B. (oncólogo cirujano), quien le manifestó que, dada la naturaleza y estado del cáncer que padecía, lo recomendable era que se programe una cirugía para extraer el tumor; sin embargo, en forma previa, era necesario que pase por tres (3) sesiones de quimioterapias para reducir su tamaño y facilitar la extracción total y sin riesgos.
- 2.13. Finalmente, la ejecución del procedimiento de quimioterapia se llevó a cabo en la Clínica L.E.D.P., estando a cargo de la doctora de iniciales T.Y.R.G.

III. POSICIONES DE LAS PARTES

3.1. POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

3.1.1. DEMANDA

Con fecha 22 de enero de 2020, la paciente de iniciales S.M.D.L.T.N., sin defensa cautiva, inició un arbitraje por daños y perjuicios ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD (en adelante, CECONAR), por la presunta negligencia médica cometida por la Clínica L.E.D.P., en el diagnóstico y tratamiento de un liposarcoma mixoide (cáncer) en su rodilla izquierda.

Para tales efectos formuló las siguientes pretensiones:

- **Primera Pretensión Principal:** Que la Clínica L.E.D.P./ Clínica Sanna me indemnice por S/1,000,000.00 millones de soles, al atentar contra mi cuerpo y salud (sic).

- **Segunda Pretensión Principal:** Que, la Clínica L.E.D.P./ Clínica Sanna me otorgue un seguro de salud en caso me quede sin trabajo y por lo tanto sin EPS, con el propósito de responder por el cuidado de mi salud y el de mi familia (sic).

Los principales argumentos que sustentaron su demanda fueron los siguientes:

1. Los médicos de la “Clínica SANNA” no cumplieron con realizar un adecuado procedimiento de diagnóstico, pese a ser el primer paso para el tratamiento de cualquier enfermedad. Específicamente, en el fundamento DECIMO SEXTO de la demanda, señala que en la primera consulta debieron indicarle cirugía seguida de radioterapia, ello hubiese combatido de manera rápida y eficaz la enfermedad.

Los actos médicos denunciados fueron los siguientes:

- (i) El doctor E.D.L. estuvo en la posibilidad de diagnosticar la presencia de cáncer desde la primera consulta y realizar una cirugía.
 - (ii) En la segunda consulta con el doctor E.D.L., la demandante se encontraba embarazada, por lo que le indicó dejar de acudir a las consultas hasta después de los primeros seis (06) meses de lactancia.
 - (iii) El doctor S.M.A.B.C. optó por una incisión de 10 cm al realizar la biopsia, cuando previamente había indicado que esta solo sería de 2 cm.
 - (iv) La doctora T.Y.R.G. no le informó a detalle sobre los posibles efectos secundarios de la quimioterapia.
2. Dos doctores miembros del staff de otra Clínica en la que se atendió de manera posterior a la aplicación de la primera quimioterapia confirmaron que su tipo de

tumor no requería quimioterapia, sino que podía ser resecado y en forma posterior recibir radioterapia.

3. Las consecuencias de la quimioterapia pudieron haberse evitado si el doctor E.D.L. hubiese realizado un diagnóstico correcto en la primera consulta.

En específico, señala que se hubieran evitado las siguientes consecuencias:

- (i) Las consecuencias laborales, como la reducción de clientes de su cartera en la entidad bancaria donde está contrada.
- (ii) La frustración de su expectativa de ser madre por segunda vez, pues la quimioterapia podría haber afectado sus óvulos.
- (iii) La depresión sufrida.
- (iv) Tener que acudir a otras instituciones médicas para recibir nuevos tratamientos.

3.2. **POSICIÓN DE LA DEMANDADA**

Con fecha 17 de febrero de 2020, la Clínica L.E.D.P. cumplió con contestar la demanda y formulo dos (02) excepciones: (i) excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y (ii) excepción de incompetencia.

3.2.1. **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

La Clínica L.E.D.P contestó la demanda contradiciendo los extremos de esta y solicitando que en su oportunidad sea declarada infundada la petición de indemnización por daños y perjuicios, así como que se le imponga el pago de las costas y costos del proceso.

Los argumentos de la contestación de demanda fueron los siguientes:

1. La demandada manifiesta que la paciente no cumplió con su carga de la prueba. De acuerdo con esta, en un proceso de indemnización por responsabilidad médica la carga de la prueba recae exclusivamente en la presunta víctima, tal como lo establecen los artículos 1762°, 1330° y 1331° del Código Civil.

Se precisa, además, que no existiría ningún medio de prueba que acredite (i) que los médicos de la Clínica hayan incurrido en algún acto doloso o negligente (ii) la existencia y magnitud de los daños (ya sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales).

2. Asimismo, sostiene que la demandante no ha individualizado a los autores de los presuntos daños. Sin perjuicio de ello, se niega algún tipo de negligencia por parte de los médicos de su staff.
3. Por otro lado, precisa que la demandante no habría cumplido con desarrollar o demostrar la concurrencia de los cuatro (04) elementos de la responsabilidad civil, sin los cuales no se puede amparar una pretensión indemnizatoria.

Respecto del hecho generador o conducta antijurídica: De acuerdo con la demandada, la demandante debió probar los siguientes hechos generadores de daño:

- (i) Que, el error en el diagnóstico de la tumoración de la Demandante, por parte del doctor E.D.L. fue producto de una conducta dolosa o negligente, pues el solo error en un diagnóstico no genera responsabilidad, este debe ser ocasionado por una desatención a los procedimientos elementales de diagnóstico.
- (ii) Que, la incisión correcta para un procedimiento de biopsia para su caso era de tan solo 2 cm y que la incisión de 10 cm realizada por el doctor S.M.A.B.C. no estaba justificada y había sido producto de procedimiento negligente.

- (iii) Que, la doctora T.Y.R.G. omitió informarle de todos los efectos colaterales de la quimioterapia y que esta omisión, además le generó daños ilegítimos.

Respecto de la relación de causalidad o nexo causal: De acuerdo con la demandada, la demandante debió probar cómo las acciones de los médicos causaron que la paciente sufriera daños ilegítimos.

Respecto del factor de atribución: De acuerdo con la demandada, la demandante debió probar que los médicos actuaron de manera dolosa (con el ánimo deliberado de causarle daño) o que incurrieron en negligencia grave (desatención de cuidados elementales).

Respecto del daño: De acuerdo con la demandada, la demandante debió tipificar y cuantificar los daños alegados, no bastando con proponer una cifra.

3.2.2. **EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA**

Primer argumento: No se individualizaron a los autores de los presuntos daños

La demanda sería oscura porque la demandante no habría individualizado a los autores de los presuntos daños. “SANNA” es el nombre comercial con el que se identifica a una red de centros de salud, pero de ninguna manera, es una persona jurídica con múltiples “locales”.

Este hecho impediría tanto el ejercicio adecuado del derecho de defensa de la Clínica, como la posibilidad de que el Tribunal Arbitral emita un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia.

Segundo argumento: No se cuantificó, tipificó, ni acreditó la existencia de un daño causado por alguno médico de la Clínica

La demandante no habría indicado qué tipo de daño pretende que se le indemnice. Es decir, si solicita indemnización por lucro cesante, daño emergente, daño moral o daño a la persona. Sin estos elementos no puede existir un adecuado ejercicio del derecho de defensa de la Clínica, ni tampoco una decisión válida por parte del Juzgador (Tribunal Arbitral).

Precisa que no es obligación de la parte demandada, ni potestad del Juzgador, presumir la intención u objetivos de la demandante. Por ello, no se puede deducir o inferir -de la sola lectura de la demanda y medios probatorios- qué es lo que la demandante pretende.

3.2.3. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

Primer argumento: El arbitraje ante CECONAR no es posible porque no existe convenio arbitral celebrado o acuerdo entre las partes.

El artículo 33° del Decreto Legislativo N°1158 (Decreto Legislativo que dispone Medidas Destinadas al Fortalecimiento y Cambio de Denominación de La Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud), señala que “las partes podrán someterse de común acuerdo a la competencia del centro de conciliación o arbitraje del servicio de conciliación y arbitraje en salud que consideren pertinente, ya sea en el propio contrato o una vez suscitada la controversia”.

Asimismo, en el inciso a) del artículo 3° del Reglamento del CECONAR (en adelante, el Centro), se establece que el CECONAR “podrá organizar y administrar los arbitrajes en materia de salud y demás relacionadas, que se sometan por acuerdo de voluntad o mandato legal”.

La demandada concluye que, de acuerdo con dichos artículos, el CECONAR solo tendrá competencia para resolver un conflicto en materia de salud cuando se presenten cualquiera de estas tres circunstancias: (i) Cuando exista un convenio Arbitral celebrado entre las partes; (ii) cuando las partes de común acuerdo decidan someterse a la sede arbitral; o, (iii) cuando exista un mandato legal. Estando a ello, la demandada sostiene que nunca existió ninguna clase de convenio arbitral, mandato legal, ni acuerdo celebrado entre las partes.

3.3. POSICIONES DE LAS PARTES SOBRE LAS EXCEPCIONES

3.3.1. POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

Mediante escrito de fecha 16 de julio de 2020, la demandante solicitó que – en su oportunidad – el Tribunal Arbitral declare improcedente y/o infundadas las excepciones de incompetencia y ambigüedad y oscuridad en modo de proponer la demanda.

Para tales efectos, la demandante formuló los siguientes dos (02) argumentos:

- (i) Que, conforme lo estipulado en el artículo 14° del Decreto Legislativo N°1071 - Ley de Arbitraje Peruana y el artículo 91 del Decreto Supremo N°009-97-SA, la demandada estaría sometida al arbitraje como parte no signataria del convenio arbitral.

De acuerdo con la demandante, el convenio arbitral estaría contenido en el Contrato EPS que habría suscrito con Pacifico Entidad Prestadora de Salud. En ese sentido, al ser la demandada una de las Clínicas consignadas en el plan de salud de dicho contrato, la cláusula arbitral se les extendería. Esta figura estaría regulada en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana, norma que regula la figura de las “partes no signatarias”.

- (ii) Que, la demanda no sería ambigua, pues la demandante habría sido totalmente clara al momento de formular su escrito de demanda.

Citando textualmente la absolución realizada en el punto diez (10) de su escrito, la demandante señala: “10) He sido totalmente clara con mi demanda, y para acreditar esto, voy a responder las preguntas que el demandado cita. ¿Quién demanda? Obviamente yo. ¿Qué se manda? Una indemnización por daños por deficiente prestación del servicio de salud. ¿A quién se demanda? A la Clínica Esperanza del Perú S.A. ¿Por qué se demanda? Por los daños sufridos.”

3.3.2. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

Mediante escrito “para mejor resolver”, de fecha 03 de agosto de 2020, la demandada rebate los argumentos planteados por la demandante en su escrito de absolución de excepciones.

Respecto de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, la demandada sostiene que la demandante no ha subsanado los errores de su escrito de demanda en lo referido a (i) la individualización de las partes y a (ii) la tipificación y cuantificación de los daños.

Respecto de la excepción de incompetencia, la demandante sostiene que el artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA, no es aplicable a al caso (y a ningún otro) por las siguientes razones:

- (i) El artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA no es una norma de rango ley, por lo tanto, no puede fijar la competencia del Tribunal Arbitral:

La demandada sostiene que, de acuerdo con el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por Ley. En la misma línea, el artículo 6 del Código Procesal Civil determina que la competencia solo puede ser establecida por ley. Conforme lo dispuesto en dichas normas, el propio Reglamento del CECONAR reconocería expresamente en su artículo 3 que el sometimiento al arbitraje solo se puede dar por acuerdo de voluntad o mandato legal.

En ese sentido, conforme lo señalado por la demandada, una controversia solo podrá ser sometida a arbitraje cuando exista mandato legal o cuando exista un convenio arbitral entre las partes. Dado que el artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA no es una norma con rango de Ley, no puede establecer la competencia del Tribunal Arbitral (y excluir la judicial).

- (ii) Existen leyes posteriores en el tiempo que han establecido el consenso entre las partes como base del sometimiento al arbitraje por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS):

El Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, vigente desde el año 2008; y, el Decreto Legislativo N°1158, Decreto Legislativo que dispone Medidas Destinadas al Fortalecimiento y Cambios de Denominación de La Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, vigente desde el año 2013, establecen en sus artículos 13 y 33 respectivamente, que el arbitraje nace del acuerdo entre las partes.

Dado que el Decreto Supremo 009-97-SA data del año 1997, se prefiere las normas más recientes, por el criterio de aplicación de las normas en el tiempo. En consecuencia, al no existir un acuerdo de voluntades para discutir la controversia en sede arbitral, no existiría fundamento alguno para obligar a la demandada a permanecer en este proceso.

- (iii) Existen leyes posteriores que han modificado lo que debe entenderse por Empresa Prestadora de Salud - EPS:

El Decreto Supremo 009-97-SA define a las Empresas Prestadoras de Salud - EPS como empresas e instituciones públicas o privadas cuyo único fin es el de prestar servicios de atención para la salud, con infraestructura propia y de terceros, sujetándose a los controles de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud- SEPS.

Sin embargo, desde el año 2009, con la entrada en vigor de la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal, la naturaleza de las EPS se modificó, pues ahora existe una diferenciación entre: (i) Las Instituciones que se dedican a la Administración de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS); y (ii) las Instituciones Prestadoras de Servicios De Salud (IPRESS) propiamente dichas. En concordancia, el Decreto Legislativo N° 1158, emitido en el año 2013, señaló en su artículo 6° que las EPS son un tipo de IAFAS.

Finaliza la demandada señalando que existiría un cambio en la naturaleza de las EPS, ya que ahora estas solo están encargadas de recabar y gestionar recursos a través de aportaciones para la cobertura de las atenciones de salud y ya no se encargan de prestar los servicios médicos directa ni indirectamente, como es el caso de la Clínica, que es una IPRESS.

3.4. **AUDIENCIA ÚNICA**

Con fecha 4 de diciembre de 2020, se llevó a cabo la Audiencia Única del proceso, en la cual se fijaron los puntos controvertidos y se admitieron los medios probatorios.

Puntos Controvertidos

- i. Determinar si corresponde o no que se declare que la Clínica L.E.D.P. / Clínica Sanna indemnice por S/. 1 000,000.00 (Un millón y 00/100 soles). (sic)
- ii. Determinar si corresponde o no que la Clínica L.E.D.P. / Clínica Sanna le otorgue a la demandante un seguro de salud en caso se quede sin trabajo, y en consecuencia sin EPS, con el propósito de responder por el cuidado de sus salud y familia (sic)

Medios Probatorios

Por parte de Sara de la Torre: Se admiten las diecisiete (17) pruebas documentales de la sección “MEDIOS PROBATORIOS” de su escrito de demanda de fecha 08 de enero de 2020. (sic)

Por parte de La Clínica: Se admiten la totalidad de las pruebas documentales identificadas en la sección “MEDIOS PROBATORIOS” de su escrito de contestación de demanda de fecha 17 de febrero de 2020. (sic)

IV. LAUDO PARCIAL: DE LO RESUELTO POR DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha 21 de enero de 2021, se publicó el laudo parcial emitido por la Dra. Elvira Martínez Coco (en adelante, la árbitra única), mediante el cual se declaró infundada la excepción de incompetencia y fundada la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

4.1. **RESPECTO A LA EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA**

La árbitra única estimó todos los argumentos de la Clínica y suspendió el proceso hasta que la demandante subsane los siguientes defectos: (i) aclarar las partes que tendrían responsabilidad civil y su participación en la misma y (ii) aclarar qué tipo de daño es el solicitado, individualizando el mismo en relación con el monto del petitorio S/ 1'000,000.00 (un millón y 00/100 soles).

4.2. **RESPECTO A LA EXCEPCIÓN DE COMPETENCIA**

El orden lógico que ha seguido la árbitra única para determinar su competencia es el siguiente:

- (i) Existe una cláusula arbitral que vincula a las Empresas Prestadoras de Salud (EPS), de conformidad con el artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA invocado por la demandante;
- (ii) Si bien la Clínica no constituye una EPS, sí forma parte de la red de clínicas por las cuales Pacífico EPS materializa los servicios médicos objeto de sus contratos EPS; por lo tanto, participa de la ejecución del contrato EPS;
- (iii) Dado que la Clínica participa de la ejecución del Contrato EPS celebrado entre la demandante y la empresa Pacífico EPS, le es aplicable artículo 14 del Decreto Legislativo N°1071 Ley que norma el Arbitraje que regula la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias.

Por consiguiente, la árbitra única, en virtud del principio competence-competence, resuelve que es competente para resolver la controversia.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Dado que la resolución objeto del informe es un laudo parcial que resuelve dos excepciones, el análisis de los principales problemas jurídicos se enmarca en la resolución – justamente - de las excepciones y las implicancias jurídicas de las mismas.

En ese sentido, los problemas que se resolverán en el presente informe serán los siguientes:

- (i) **Primer problema jurídico principal:** Tomando en cuenta la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, ¿la arbitra única realizó una correcta fijación de los puntos controvertidos?
- (ii) **Segundo problema jurídico principal:** Tomando en cuenta el control de constitucionalidad del artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA que somete a las partes al arbitraje por el solo hecho de haber celebrado un Contrato EPS, ¿La árbitra única hizo un uso racional o arbitrario del principio competence-competence?
- (iii) **Tercer problema jurídico principal:** ¿La cláusula arbitral contenida en un Contrato EPS puede extenderse a las Instituciones Prestadoras de Salud afiliadas a la EPS e integrarlas como partes no signatarias en el arbitraje?

VI. MARCO TEÓRICO/CONCEPTUAL

6.1. Normas

Constitución Política del Perú: Dado la problemática que analiza el presente informe surge a partir de la autodeterminación de competencia de un Tribunal Arbitral Unipersonal en aplicación de una norma inconstitucional, la carta magna resulta

indispensable. En concreto, analizaremos la vulneración a la garantía procesal reconocida en el artículo 138 de la Constitución, según el cual el juzgador debe preferir la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. Así también, el artículo 139 según el cual ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por Ley.

Código Procesal Civil: Este cuerpo normativo establece en su artículo 6 que la competencia civil no puede renunciarse ni modificarse, salvo en aquellos casos expresamente previstos en la ley. En ese sentido, en aplicación de esta norma, ante la ausencia de una cláusula arbitral expresa, la árbitra única solo podía desviar la competencia por mandato establecido en la ley.

Decreto Legislativo N°1071 – Ley que norma el arbitraje: Esta norma con rango de ley será la base para el análisis del laudo parcial, pues regula todos los aspectos procesales para llevar a cabo un arbitraje. Específicamente serán de utilidad el artículo 3.3. que regula el principio competence - competence y el título II que regula lo referido al convenio arbitral, con mayor precisión, los artículos 13 y 14. Esta precisión no obsta la invocación de otros artículos del Decreto.

Resolución de Superintendencia N°162-2016-SUSALUD/S – Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje – CECONAR: Dado que el laudo parcial ha sido emitido en un arbitraje institucional administrado por el CECONAR, la observancia de este reglamento es obligatorio para hacer un análisis jurídico de este. Específicamente el artículo 5 referido a la competencia arbitral y el artículo 14 que regula la excepción de incompetencia del Tribunal. Esta precisión no obsta la invocación de otros artículos del Reglamento.

Decreto Legislativo N°1158, Decreto Legislativo que dispone Medidas Destinadas al Fortalecimiento y Cambios de Denominación de La Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud: Esta norma con rango de ley está vigente desde el año 2013, y establece en su artículo 33, que el arbitraje nace del acuerdo entre las partes.

Esta norma es pertinente porque la árbitra única ha aplicado una norma anterior (Decreto Supremo 009-97-SA) que contradice lo establecido respecto de la naturaleza consensual del arbitraje de salud.

En el año 2013, entró en vigor el decreto antes referido. Es así como, a partir de dicha fecha, las Empresas Prestadoras de Salud, fueron categorizadas como un tipo de Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en salud – IAFAS, encargadas de recibir, captar y/o gestionar fondos para la cobertura de las atenciones de salud o que oferten cobertura de riesgos de salud, bajo cualquier modalidad. En lo que concierne a las empresas e instituciones públicas o privadas cuyo único fin es el de prestar servicios de atención para la salud, se categorizaron como Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Decreto Supremo N° 009-97-SA - Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud: Esta norma es fundamental, toda vez que en esta se ha basado la decisión de la árbitra única para declararse competente. En efecto, de conformidad con la árbitra única, el artículo 91 de este decreto supremo contiene una cláusula arbitral de tipo legal que vincula a todas las Empresas Prestadoras de Salud, y por defecto, a las Instituciones Prestadoras de Salud que ejecutan el servicio cubierto mediante la modalidad de contrato de seguro EPS.

Adicionalmente, es importante mencionar que este decreto definía a las Empresas Prestadoras de salud como empresas e instituciones públicas o privadas cuyo único fin es el de prestar servicios de atención para la salud, con infraestructura propia y de terceros.

Sentencia N° 142-2011-PA/TC – Caso Minera Maria Julia, del Tribunal Constitucional: De acuerdo con este precedente vinculante, los árbitros pueden ejercer el control difuso constitucional sobre la base de una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener

de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

6.2. **Principios aplicables**

Principio competence - competence: Los árbitros y árbitras son competentes para resolver cualquier cuestionamiento a su propia competencia. En el caso de arbitraje tramitados ante el CECONAR, el artículo 5 del Reglamento de este centro establece que el Tribunal Arbitral se encuentra facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas al alcance, existencia, eficacia o validez del convenio arbitral tal y conforme lo establece el artículo 41 de la Ley de Arbitraje.

6.3. **Conceptos**

Convenio arbitral: Es la manifestación de voluntad de las partes para someter una controversia contractual o no contractual al proceso arbitral y puede estar contenida en una cláusula o en un acuerdo independiente. Sin perjuicio de ello, el convenio arbitral puede estar contenido en una ley.

Parte no signataria: Acogemos la definición establecida en el artículo 14 del Decreto Legislativo 1071, según el cual las partes no signatarias son aquellas cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado, así como quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Control Difuso: De acuerdo con el Tribunal Constitucional 3, es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución

Entidades Prestadoras de Salud: De acuerdo con la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal y el Decreto Legislativo N° 1158, las Empresas Prestadoras de Salud son un tipo de Institución Administradora de Fondos de Aseguramiento en Salud – IAFAS. Las IAFAS con entidades o empresas públicas, privadas o mixtas que reciben, captan y/o gestionan fondos para la cobertura de las atenciones de salud o que ofertan cobertura de riesgos de salud, bajo cualquier modalidad.

Instituciones Prestadoras de Salud: De acuerdo con la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal y el Decreto Legislativo N° 1158, son aquellos establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, públicos, privados o mixtos, creados o por crearse, que realizan atención de salud con fines de prevención, promoción, diagnóstico, tratamiento y/o rehabilitación; así como aquellos servicios complementarios o auxiliares de la atención médica, que tienen por finalidad coadyuvar en la prevención, promoción, diagnóstico, tratamiento y/o rehabilitación de la salud.

³ STC. 01680-2005-AA/TC

VII. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

- 7.1. **PRIMER PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL:** Tomando en cuenta la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda ¿La arbitra única realizó una correcta fijación de los puntos controvertidos?

Nuestro ordenamiento jurídico prohíbe la autotutela de derechos y/o intereses jurídicamente relevantes; en contra partida, regula un mecanismo hetero compositivo de solución de controversias para que un tercero ajeno a la relación material determine la solución de los conflictos sometidos a su control. Al respecto, el profesor Giovanni Priori comenta, muy acertadamente, que el Estado prevé el proceso como una herramienta, “para con ello dar una protección efectiva a las situaciones jurídicas de los particulares, logrando con ello, tutelar sus intereses y satisfacerlos” (Priori Posada 2003: 275).

Esta labor de administrar justicia es una potestad emanada del pueblo (artículo 138 de la Constitución Política del Perú) y ha sido otorgada – en principio – al Poder Judicial. Sin embargo, el artículo 139 de la Constitución le reconoce al arbitraje y al fuero militar, una calidad de jurisdicción complementaria a la ejercida por el Poder Judicial. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señala que, “nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada” (EXP. N° 6167-2005-PHC/TC). Sin necesidad de adentrarnos en si la calificación es adecuada, es decir, si el arbitraje es o no jurisdicción en sentido estricto⁴, existe un reconocimiento constitucional de que

⁴ La doctrina ha cuestionado que el arbitraje sea realmente jurisdicción, tomando en cuenta que no se cumplirían algunos de los requisitos que de la naturaleza de la “jurisdicción” como por ejemplo que los laudos no siempre pueden ser ejecutados por el Tribunal Arbitral o que no adquieren calidad de cosa juzgada. Todos temas sobre los cuales no existe un consenso.

las personas podemos acudir tanto al Poder Judicial como ante un Tribunal Arbitral para solucionar nuestras controversias.

En ese sentido, al ser ambas herramientas de heterotutela otorgadas y garantizadas por el Estado, deben ofrecer, en igual medida, las garantías procesales y materiales propias de un Estado Constitucional de Derecho. Esta afirmación se sustenta en el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el ya mencionado artículo 139, a partir del cual, “la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución” (EXP. N° 0142-2011-AA/TC). En consecuencia, la solución de las controversias tanto a nivel judicial como arbitral requiere que sus operadores, jueces y árbitros, organicen el proceso de manera tal que este sea efectivo y relevante de cara a cada controversia, para lo cual es indispensable conocer claramente qué está en controversia.

Al respecto el Dr. Roger Zavaleta, señala que, “la controversia que da pie a un proceso es por definición un campo de problemas en el que las partes discrepan ya sea sobre la relevancia de la norma jurídica (por ejemplo, por una laguna normativa o una antinomia), la interpretación de una o varias disposiciones jurídicas, la prueba de los hechos del caso, o la calificación jurídica de los mismos. Entonces, si la labor jurisdiccional consiste esencialmente en resolver estos problemas, es imprescindible identificarlos y precisar las cuestiones que involucran a través de los puntos controvertidos”(2014: 2).

La definición o naturaleza de los puntos controvertidos no ha sido positivizada en ninguna norma sustantiva. Sin embargo, tanto en la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado ampliamente este método o labor logística de los juzgadores. El profesor Jorge Carrión Lugo, por ejemplo, señala que, “debemos entender que se refieren a los hechos sobre los cuales existen discrepancias entre las partes. Es que

son los hechos los que van a ser objeto de los medios probatorios” (2000: 532). Asimismo, el Dr. Roger Zavaleta los define como “aquellas discrepancias entre las partes del proceso expresadas en cuestiones pertinentes, específicas y relevantes para la solución del caso” a ello añade que “están en íntima relación con la actividad probatoria (ya que en función de tales puntos se deben admitir, actuar y valorar los medios de prueba) y decisoria (cuando exige que las resoluciones judiciales contengan la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos)” (2014: 2).

Esto último sigue la línea de lo señalado en el pleno jurisdiccional civil de 1997, el cual estableció que “los puntos controvertidos que se fijan en la audiencia conciliatoria están constituidos por los hechos invocados por las partes que no han sido admitidos - expresa o tácitamente - por la parte contraria, a fin de que respecto de ellos se despliegue actividad probatoria en busca de la convicción judicial”.

Respecto de la oportunidad, el Código Procesal Civil regula en el artículo 468 que “expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos”. Del artículo citado, tenemos que los puntos controvertidos, serán determinados por el juez o jueza, como acto posterior a la emisión del auto de saneamiento procesal, lo cual implica una verificación previa de todos los presupuestos procesales y un pronunciado sobre las excepciones, oposiciones y tachas contra los medios probatorios. En cuanto al arbitraje, el Decreto Legislativo 1071 – Ley que Norma el Arbitraje, no hace mención expresa a la fijación de los puntos controvertidos, pero los reglamentos de los Centro de Arbitraje, como es el caso del CECONAR en el artículo 29, establece que los puntos controvertidos serán fijados en Audiencia única, luego de haber propiciado un acuerdo conciliatorio y se haya emitido un pronunciamiento sobre las excepciones, cuestiones probatorias, oposiciones u objeciones al arbitraje. Sin embargo, le

reconoce la prerrogativa al Tribunal de resolver las excepciones en el plazo para laudar.

En cuanto a su contenido es necesario tener en cuenta que, en el año 2020, en la segunda regla del X Pleno Jurisdiccional Civil⁵, se estableció como precedente vinculante que los jueces y juezas no deben fijar los puntos controvertidos como una mera descripción de las pretensiones procesales. Si bien esta norma no vincula a los árbitros y arbitras, siguiendo con el criterio de unidad de la jurisdicción, el criterio debe ser el mismo. Ciertamente, el principio de unidad de la función jurisdiccional implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento (Exp. N. ° 00004-2006-PI/TC). A partir de esto, queda claro que la fijación de puntos controvertidos no puede ser una mera formalidad, sino que debe llevarse a cabo como un acto procesal organizativo mediante el cual los y/o las juzgadoras estructuran qué cuestiones deberán resolver y cuáles medios probatorios deberán valorar para llegar a una solución lo más ajustada a derecho posible, todo esto a partir de una identificación minuciosa y concienzuda de los hechos jurídicamente relevantes y determinantes en cada caso.

Sobre la idea de organización, el profesor Cesar Higa Silva señala que “si las partes ya indicaron cuáles son los argumentos que sostienen sus puntos de vista, lo que quedaría es ordenarlo en una matriz y ver dónde se encuentran las discrepancias e indicar en qué consisten éstas de manera específica. Luego de ello, se redacta que las partes discrepan en el punto “X” y así sucesivamente con cada punto donde se detecte que las afirmaciones de las partes son contradictorias entre sí” (2013: 3). En la misma línea el profesor Renzo Cavani (2016) - criticando la práctica judicial y arbitral peruana que limita la fijación de puntos controvertidos a transcribir los pedidos contenidos en la demanda - propone una “auténtica actividad de

⁵ Casación 1242-2014 Lima Este

organización del proceso”. Esta actividad parte de la limitación del objeto litigioso del proceso, prosigue con la determinación de los fundamentos jurídicos de las partes y finaliza con la admisibilidad de los medios probatorios. Asimismo, comenta que para conseguir esta “auténtica actividad de organización del proceso”, los y las juzgadoras deben contar con una demanda, contestación y – cuando sea el caso – reconvencción que permita una identificación clara de todos los elementos que componen la pretensión y la defensa a la pretensión. Esta última, entendida como la causa de pedir y el pedido (Como estamos analizando un proceso arbitral de indemnización por daño y perjuicios, será crucial la determinación clara y objetiva de los elementos que constituyen la responsabilidad civil: hecho antijurídico, nexo causal, factor de atribución y daños).

A partir de lo desarrollado, inicio el análisis del laudo parcial desde la conclusión, esta es, que la árbitra única actuó de manera absolutamente contraria a lo que nuestra cultura jurídica prevé como una correcta organización del proceso a través de la fijación de puntos controvertidos. En efecto, de la transcripción de los puntos controvertidos, incluida en el numeral VIII del laudo parcial, se evidencia que la árbitra única se limitó a parafrasear los pedidos de la demandante. Desde mi punto de vista crítico legal, esto es consecuencia directa de no haber resuelto la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda de manera previa a la fijación de puntos controvertidos, pues la pretensión en el escrito de demanda no resultaba suficiente para concretar todas las etapas del método organizativo.

En efecto, de acuerdo con el laudo parcial, la demandante no ha cumplido con los requisitos mínimos requeridos para formular una pretensión indemnizatoria, esto es; identificar a los presuntos autores del daño y la concurrencia de los cuatro elementos de la responsabilidad civil. Tan es así, que como consta en el numeral 78 del laudo parcial, el demandado tuvo que solicitar expresamente, que la demandante aclare y especifique cuál es el acto médico específico negligente en el que ellos habían incurrido. Asimismo, solicita que se le indique los actos médicos negligentes en los que han incurrido las otras empresas a las cuales hace referencia en su escrito de

demanda, con la finalidad de no trasladarles las consecuencias de servicios no prestados por su Institución. Como es evidente, la causa de pedir no ha sido expresada o formulada correctamente, pues los hechos son confusos y las normas pertinentes no han sido aplicadas correctamente.

Esta insuficiencia del planteamiento de la pretensión indemnizatoria fue confirmado por la árbitra única cuando resuelve, en el numeral 96 del laudo parcial, que “es necesario aclarar si la demandante pretende que sea (i) L.E.D.P. quien responda por todos los hechos alegados por ella, o (ii) Que sea el conjunto de empresas agrupadas bajo la denominación SANNA, contra quienes dirige su demanda o (iii) Solo algunos de los hechos relatados son, a juicio de la demanda, responsabilidad de La Clínica”. Complementa en el numeral 106, que “será necesario que la demandante aclare qué tipo de daño es el solicitado, individualizando el mismo”.

¿Cómo fue posible, entonces, que la árbitra única haya procedido con la fijación de los puntos controvertidos, si ella misma no tenía certeza de los alcances de la pretensión de la demanda?

De acuerdo con el profesor Monroy Gálvez, “la excepción sirve para denunciar la incapacidad que tiene el demandado para responder a alguna de las siguientes preguntas: ¿quién demanda?, ¿a quién se demanda?, ¿qué se demanda? o ¿por qué se demanda?, de manera fluida y clara” (1994:126). Si del planteamiento de la demanda, era evidente que la parte pasiva y la misma arbitra no encontraban respondidas estas preguntas de forma válida, correspondía de una aclaración previa a la fijación de puntos controvertidos, justamente porque mediante esta actividad se busca organizar las controversias que surjan entre las respuestas a estas preguntas y las defensas que plantee la parte pasiva.

De este modo, la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda planteada por la Clínica, exigía que la árbitra única ordene la corrección de las patologías detectadas en formulación de la pretensión, oportunamente.

Ciertamente, de conformidad con los artículo 424, incisos 5 y 6, del Código Procesal Civil, la excepción deducida tiene como fin denunciar el incumplimiento de algunos de los requisitos de la demanda, tales como: exponer en forma clara, concreta y ordenada el petitorio que se intenta y los hechos en los que se funda la demanda al momento de interponer la demanda, pues si no existe claridad en el requerimiento, se impide ejercer el derecho de defensa adecuadamente y conocer el tipo de información que se requiere para fijar los puntos controvertidos, para que en el supuesto de que se declare fundada la demanda, un requerimiento claro permita el correcto cumplimiento del mandato judicial y satisfacción del interés del demandante. En ese sentido, la árbitra única prefirió cumplir con la formalidad, que ejercer una correcta labor organizativa.

Cabe precisar que el inciso 2 del artículo 14 del Reglamento del Ceconar, reconoce la discrecionalidad del Tribunal de decidir si resuelve las excepciones antes de la fijación de puntos controvertidos o al momento de expedir el laudo, pero la discrecionalidad debe ser racional, no arbitraria y/o injustificada. En este caso, lo más racional debió ser que la árbitra única resuelva la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda antes de la fijación de los puntos controvertidos, por dos razones principales: (i) la demanda no individualizó a las partes que supuestamente tendrían responsabilidad civil, no cuantificó, ni tipificó los daños invocados, por lo que no era posible definir qué elementos de la responsabilidad civil debían ser discutidos y probados; además, (ii) esta excepción propone corregir errores que impidan una correcta organización del proceso, cuya base u hoja de ruta será la resolución que fija los puntos controvertidos, ante los vicios en el planteamiento de la pretensión, esta finalidad era imposible de lograr. Tan claro es esto que, justamente, por una deficiente formulación de la pretensión es que se emite un laudo parcial y no un laudo final.

- 7.2. **SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL:** Tomando en cuenta el control de constitucionalidad del artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA que somete a las partes al arbitraje por el solo hecho de haber celebrado un Contrato EPS

¿La árbitra única hizo un uso racional o arbitrario del principio competence-competence?

Como ya he relatado en la resolución el primer problema jurídico, “el arbitraje, que ha cobrado una gran importancia en nuestro país ha sido establecido como un mecanismo alternativo para resolver ciertas controversias, constituye un medio privado de solución de éstas, mediante la intervención y decisión de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión” (Cantuarias y Aramburú 1994: 39). Una característica imprescindible del arbitraje en el Perú es que “se reconoce al Tribunal Arbitral la potestad única e indelegable de tener la primera decisión respecto a su propia competencia, decisión que puede ser posteriormente revisada por los jueces y cortes nacionales² (Gaillard y Banifatema en Lava 2012:346). Esta prerrogativa es la materialización del principio competence - competence⁶ el cual tiene dos efectos, uno positivo y otro negativo.

El efecto positivo es el que impacta en el Tribunal Arbitral para poder decidir sobre su competencia; mientras que el efecto negativo “prohíbe que los jueces y cortes nacionales se inmiscuyan en estas disputas, al menos hasta un momento posterior” (Lava 2012:350). Este principio debe ser entendido en armonía con el principio de separabilidad o independencia del convenio arbitral, según el cual el convenio arbitral se considera independiente y distinto del contrato principal del cual forma parte y respecto del cual sobrevive aun cuando este termine. De esto se sostiene que “el convenio arbitral es capaz de subsistir a la nulidad, terminación, resolución, o novación del contrato principal” (Susler 2009:117).

⁶ Claudio Lava Cavassa, citando a Antonias Dimolitsa, comenta un dato interesante sobre la terminología, pues “originalmente, fue conocido con las palabra alemanas “kompetenz-kompetenz”, permitiéndose incluso que los árbitros fallen de forma definitiva sobre su propia competencia sin que haya lugar a revisión judicial. Sin embargo, este enfoque no es universalmente aceptado hoy en día de ahí que parece mejor evitar el uso de dicha terminología” (Lava 2012:350).

En el caso peruano, estos principios han sido reconocidos en el artículo 41 del Decreto Legislativo 1071 – Ley que norma el Arbitraje, que señala: “1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. (...). 2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones de este. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral”⁷.

Estos principios, fundamentalmente el principio competence – competence, son relevantes en este caso, pues la parte demandante formuló una excepción de incompetencia. “Dado que el arbitraje es un mecanismo privado de resolución de conflictos, en donde sólo se autoriza a los árbitros⁸ resolver aquello expresamente contemplado en el convenio arbitral, los árbitros – en virtud del principio competence-competence – son competentes para verificar si procede resolver por la vía arbitral la materia o las materias controvertidas” (Castillo, Sabroso, Castro y Chipana 20:296, 297). En línea con ello, el principio “se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando esta haya sido cuestionada; es decir, la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado a su respecto” (Caivaino: 159, 160).

⁷ Este artículo es una adaptación del artículo 16.1 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

⁸ Añado “árbitras” en todo el párrafo que no fue redactado con un lenguaje inclusivo.

Los argumentos de las partes referidos a la excepción de incompetencia son analizados en el punto VII.1 de la parte considerativa del laudo parcial. En este acápite, la árbitra única realiza un resumen de las posiciones de las partes respectivamente.

En lo que concierne a la Clínica, señala que, la demandante no habría probado la existencia de un convenio arbitral; mientras que, la demandante, señala que el convenio arbitral estaría contenido en el artículo 91 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, en consecuencia, los efectos de este convenio se extenderían al demandado por efectos del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, por haber participado de manera activa y determinante en la ejecución del contrato al cual está relacionado el convenio arbitral.

Finalmente, la árbitra única invoca el principio del competence – competence y resuelve esta excepción en dos niveles de análisis. En el primer nivel señala que el arbitraje puede nacer del consenso o puede ser impuesto por ley, siendo que en el caso concreto acoge la teoría de la demandante y confirma que el artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA contiene un acuerdo arbitral que vincularía a las Empresas Prestadoras de Salud - EPS. En un segundo nivel de análisis, concluye que, si bien la demandada no es una EPS, sí forma parte de la red de clínicas por las cuales Pacífico Entidad Prestadora de Salud materializa los servicios médicos objeto de sus contratos EPS, por lo cual – excepcionalmente – se le extiende la cláusula arbitral.

Al respecto planteo dos observaciones:

- (i) Primera observación: Dado que nuestro ordenamiento jurídico ya ha reconocido que las árbitras pueden hacer control de constitucionalidad (control difuso), la arbitra única debió hacer control difuso del artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA.

- (ii) Segunda observación: La tercera observación está referida a la correcta aplicación del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, pues no se realizó un correcto análisis de la relación jurídica que dio origen a la controversia. Esta observación se vincula directamente con la resolución del tercer problema jurídico, por lo que será desarrollado en un apartado independiente.

Debo precisar que la primera observación está íntimamente relacionada con los principios de separabilidad y competence – competence analizados al inicio de este apartado. En lo que concierne al principio de separabilidad, este se materializa con el hecho que la árbitra única pudo analizar la constitucionalidad de un convenio arbitral (artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA) establecido mediante un reglamento, sin que ello implique cuestionamiento alguno del Contrato al cual se incorpora el referido convenio (Contrato EPS). Por su parte, el principio competence-competence se materializó justamente cuando la árbitra se pronunció respecto de si era competente o no para resolver el arbitraje de salud, luego de que la parte demandante alegara la inexistencia de un convenio arbitral.

El problema que detecto en este laudo parcial es que si bien la árbitra única era la única legitimada para resolver sobre su propia competencia, este poder no debe ser empleado de forma arbitraria, sino, que la resolución debe ser producto de una análisis fundado en derecho. Para alcanzar este último objetivo, era necesario que la árbitra justifique adecuadamente las razones que, a su criterio, determinaban su competencia, tomando en cuenta los cuestionamientos específicos de la parte opositora. En efecto, una decisión debidamente motivada tuvo que haber implicado, indefectiblemente, un análisis de la constitucionalidad de la norma que contendría el convenio arbitral, pues, actualmente, no hay discusión respecto de si los árbitros y árbitras pueden hacer uso de este poder-deber.

Sobre la naturaleza del control difuso

El control difuso es un deber poder que tienen los juzgadores en sede jurisdiccional para controlar la constitucionalidad de las leyes. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el fundamento 2.2. de la sentencia recaída en el expediente N° 01680-2005-AA/TC, ha establecido que “el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución”. A ello se añade que como tal, es una norma jurídica auténtica. Complementariamente, en el fundamento 5 de la sentencia N°0020-2013-AI/TC, citada en la primera sentencia invocada, se establece que “este control difuso deberá ser de ultima ratio, pues solo podrá ser aplicada por el juzgador judicial o arbitral cuando no sea posible la adecuación de las normas incompatibles con la Constitución mediante la vía interpretativa”. El Tribunal Constitucional ha delimitado sus alcances estableciendo límites⁹ o requisitos para su aplicación, los cuales han sido recopilados por el profesor Reynaldo Bustamante, de la siguiente manera: a) el control difuso debe realizarse en armonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; b) la norma objeto de control debe ser relevante para la solución del caso y suponer un potencial perjuicio, claro y directo, para alguna de las partes; c) se debe inaplicar la norma incompatible con la Constitución solo si no es posible reconducirla a través de la interpretación constitucional; d) requiere aplicar el test de ponderación y, d) el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes no puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por el propio Tribunal Constitucional en el seno de un control abstracto de constitucionalidad.

Ahora bien, en principio el control difuso está pensado para los jueces que se desempeñan en el marco de la jurisdicción, sin embargo, - como ya había

⁹ STC. N°01680-2005-AA/TC

adelantado- este poder - deber ha sido extendido también a los árbitros y árbitras. Ciertamente, en la sentencia recaída en el expediente N° 142-2011-PA/TC – Caso Maria Julia, cuyos efectos son vinculantes, el Tribunal Constitucional ha reconocido que al ser el arbitraje un tipo de jurisdicción independiente está afectado por el principio de unidad de la función jurisdiccional, en consecuencia, no se puede eximir al Tribunal Arbitral de la obligación de realizar control difuso cuando se cumplan las condiciones necesarias para ello. Dejando de lado el debate sobre si el arbitraje cumple las condiciones para ser jurisdicción, considero que el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional es útil y coherente con los fines del arbitraje. En efecto, los laudos arbitrales, aunque no sean autoejecutables (a menos que las partes así lo pacten) impactan en igual medida que una sentencia judicial sobre la esfera material de las personas, por lo que no hacer un control de constitucionalidad de las normas que van a determinar la resolución de la controversia, podría implicar la imposición de normas inconstitucionales (creadas para el caso concreto).

Control difuso en el laudo parcial

En el caso objeto de análisis, planteo que, a efectos de autodeterminarse competente o no, la árbitra única debió hacer control difuso del artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA que somete a las partes al arbitraje por el solo hecho de haber celebrado un Contrato EPS, pues al ser una norma de rango reglamentario que fija competencia, estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú, según el cual ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley.

Entendida la “ley” a la que se refiere el artículo 139.3 como norma con rango de ley, el Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (Decreto Supremo 009-97-SA), no puede fijar la competencia del Tribunal Arbitral, mucho menos la de un centro de arbitraje específico como el CECONAR, pues la jurisdicción predeterminada por la ley para la resolución de pretensiones

indemnizatorias es la jurisdicción civil, salvo acuerdo arbitral. Tan es así que, el propio Reglamento de Arbitraje del Ceconar reconoce expresamente en su artículo 3 que el sometimiento al arbitraje solo se puede dar por acuerdo de voluntad o mandato legal. En ese sentido, una controversia solo podrá ser sometida a arbitraje cuando exista mandato legal o cuando exista un convenio arbitral entre las partes. Dado que en el arbitraje en el que se emitió el laudo parcial se descartó la existencia de una cláusula arbitral, la árbitra única analizó la existencia de un mandato legal, concluyendo que el artículo 91 del Decreto Supremo 009-97 obliga a los afiliados las EPS a someterse a arbitraje.

Precisa la árbitra única en el numeral 67 del laudo parcial, que el proyecto de norma que aprueba los “Lineamientos, Normas y Cláusulas Generales del Contrato de Aseguramiento en Salud a ser suscrito entre las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud y las Entidades Empleadoras o los Asegurado” establece en su artículo 68 que las IAFAS y los asegurados puede someterse de común acuerdo a la competencia del CECONAR, por lo este proyecto de ley refleja la interpretación que a la fecha se realiza del Decreto Supremo 009-97-SA, que las EPS se encuentran sometidas a arbitraje. Esta acotación es errada desde mi punto de vista, porque al contrario de haberla interpretado a favor de lo establecido en el Decreto Supremo 009-97-SA, debió emplearla para evidenciar que, tan es la inconstitucionalidad de la norma, que actualmente se prevé corregir esta vulneración con la modificación planteada en el proyecto de ley citado, el cual, además, está más alineado con la naturaleza consensual del arbitraje y, en general, con toda la regulación arbitral.

En este punto, queda clara mi posición en el sentido que el artículo 91 del Decreto Supremo en cuestión es manifiestamente inconstitucional; sin embargo, para verificar si la árbitra única debió hacer un control difuso de la misma es imprescindible verificar si se cumplen los límites o requisitos establecido por el máximo intérprete de la Constitución. A continuación, haré un *check list* de los requisitos invocados en este informe.

- (i) ¿El control difuso se realiza en el marco de un caso sometido a la función jurisdiccional? Como ya hemos demostrado, el sistema jurídico constitucional peruano reconoce al arbitraje como una jurisdicción independiente, por lo que, con sus propias particularidades, el control difuso sí se realizaría en el marco de la función jurisdiccional.
- (ii) ¿La ley de cuya validez se duda es relevante para resolver la controversia sometida a la árbitra única?: El artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA no solo fue relevante, sino que fue determinante para resolver la excepción de incompetencia, toda vez que la árbitra única resolvió que si bien la Clínica precisó que no existe convenio suscrito entre ella y la demandante, lo cierto es que si existe un convenio arbitral normado por el Decreto Supremo 009-97.SA (numeral 63);
- (iii) ¿Quién planteó a la árbitra única la realización del control difuso de la ley acreditó que su aplicación le ha causado agravio directo?: Sí, mediante escrito de respuesta a la absolución de excepciones formulada por la demandante, la demandada explicó ampliamente las razones por las cuales esta norma no podía ser aplicada;
- (iv) ¿La validez de la norma ha sido confirmada por el propio Tribunal Constitucional en el seno de un control de constitucionalidad abstracto?: No, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la validez del artículo 91 del Decreto Supremo 009-97.SA en el seno de un control abstracto de constitucionalidad;
- (v) ¿Es posible la adecuación de la norma incompatible con la Constitución mediante la vía interpretativa?: No, no es posible la adecuación de la norma incompatible con la Constitución mediante la vía interpretativa. En efecto, no cabe otra interpretación de este artículo, que la interpretación literal. El tenor del artículo es el siguiente: “La sola solicitud de organización y funcionamiento de una EPS, implica el sometimiento de esta al reglamento de arbitraje y solución de controversias que dictará la SEPS. Las Entidades Empleadoras, el IPSS y los afiliados a una EPS o que reciban prestaciones

de salud a través de servicios propios de su empleador, quedan igualmente sometidas al reglamento de arbitraje y solución de controversias referido en el párrafo anterior (CECONAR)”. Como se puede apreciar, el artículo es claro, los afiliados a una EPS y la propia EPS estarán sometido al Reglamento del CECONAR, lo que, lógicamente, determina fijar la competencia de dicho Centro, aun cuando no exista convenio arbitral celebrado entre las partes. No es posible realizar una interpretación constitucional de una norma de origen inconstitucional.

Como queda demostrado, se cumplan todos los requisitos para que, en ultima ratio, la árbitra única realizara control difuso, mediante el test de ponderación entre (i) el derecho de la demandante a la tutela jurisdiccional efectiva, y 2) el derecho de la demanda de no ser apartada arbitrariamente de la jurisdicción predeterminada por ley.

Considero que esto hubiera determinado la inexistencia de un convenio arbitral de fuente normativa que vincule a la demandante con la EPS y, por defecto, con la demandada. No obstante, la árbitra única ha realizado una motivación aparente del tema, principalmente, porque ha ignorado una norma de rango constitucional, como lo es el artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Finalizo este apartado manifestando que esta omisión por parte de la demandante puede conllevar a la anulación del laudo parcial, pues, como mencioné en el inicio de este apartado, el efecto negativo del principio competence-competence solo limita la intervención del Poder Judicial a que haya un primer pronunciamiento del Tribunal, pero lo habilita a hacer un control de esta decisión a posteriori. Sin duda, la parte demandada podría plantear un recurso de anulación de laudo arbitral por las siguientes causales previstas en los incisos a) y c) del artículo 63° de la Ley de Arbitraje: (a) que el convenio arbitral es inexistente; y (c) que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al Reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje en cuanto a que el laudo debe estar motivado.

7.3. **TERCER PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL:** ¿La cláusula arbitral contenida en un Contrato EPS puede extenderse a las Instituciones Prestadoras de Salud afiliadas a la EPS e integrarlas como partes no signatarias en el arbitraje?

Sin perjuicio del carácter jurisdiccional otorgado al arbitraje por el Tribunal Constitucional, no cabe duda de que el convenio arbitral es un contrato, mediante el cual las partes deciden voluntariamente someter determinadas controversias al conocimiento de un Tribunal Arbitral y no de un Juzgado. La doctrina señala que con el arbitraje “nace un negocio jurídico que, como tal, proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral. Sin embargo, por medio del contrato de arbitraje, las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra” (Salcedo 2005:114). En este sentido, toda persona que haya manifestado su voluntad, expresa o tácitamente es una parte auténtica del contrato (convenio arbitral), cabe precisar que “el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar, sea por su suscripción o por adhesión” (De Trazegnies 2004:16). Será una manifestación expresa cuando se pueda verificar su firma en el acuerdo, será tácita cuando se pueda interpretar claramente que la persona era consciente de la existencia del convenio y aceptó vincularse a este como parte no signataria del convenio.

En cuanto a la figura de parte no signataria, el profesor Alfredo Bullard (2014) comenta lo siguiente:“(…) si bien normalmente las partes se someten al arbitraje en ejercicio de su autonomía privada, actualmente existen figuras [como las contenidas en el artículo 14 del Decreto Legislativo N°1071] en las que dicho sometimiento voluntario no requiere una manifestación expresa y por escrito de quién va a ser parte de este, pudiendo una parte quedar vinculada a un convenio que no haya suscrito”. El mismo autor señala que “el artículo 14 permite la incorporación de partes no signatarias, es decir de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo,

basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo la luz del principio de buena fe.”

Siguiendo la línea del profesor Bullard, para determinar si un convenio arbitral se extiende o no a las presuntas partes no signatarias, el Juzgador deberá hacer un análisis caso por caso, en el que se verifique que una determinada persona (natural o jurídica) ha manifestado su voluntad de someterse al arbitraje mediante su conducta. Como es lógico, esta figura supone la inexistencia de una prueba directa que demuestre la voluntad expresa de la parte de someterse al convenio arbitral, sino que por sus acciones se puede entender que así es, esta teoría ha sido desarrollada – principalmente – en el common law como la Teoría del Consentimiento Implícito. Esto supone dotar al Tribunal de amplia discrecionalidad, pues deberá interpretar conductas en el marco de determinados negocios jurídicos.

Esta prerrogativa tiene su origen en la evolución acelerada de las relaciones comerciales en un mundo globalizado. En efecto, alguna legislaciones exigen que los convenios arbitrales consten por escrito y cuenten con la firma de las partes¹⁰ (formalidad ad solemnitatem). Sin embargo, ante las necesidades de las nuevas relaciones comerciales, legislaciones como la peruana (siguiendo el ejemplo de la Ley Modelo UNCITRAL) han reinterpretado lo que puede entenderse “por escrito”, ya que “la complejidad de las relaciones contractuales modernas ocasiona, que en no pocas ocasiones existan conflictos potencialmente regidos por una cláusula arbitral que involucran a terceros no suscriptores de estas, y cuya participación resulta indispensable para la adecuada resolución del conflicto (formalidad ad probationem). Cada jurisdicción tiene diversos criterios sobre la posibilidad o no de extender los efectos de la cláusula arbitral a terceros, y sobre los supuestos específicos en donde dicha extensión resulta posible” (Villalobos y París 2013:1).

¹⁰ Artículo 9.3 de la Ley Española de Arbitraje, artículo 1423 del Código de Comercio Mexicano.

La propia arbitra única, en el numeral 61 del laudo parcial, citando al Dr. Caivaino señala que existen diversas teorías para la incorporación de partes no signatarias, para lo cual se remite al caso Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association que ha elaborado una lista de los criterios para que a terceros no signatarios les alcance los efectos de una cláusula de arbitraje, estos son: (i) Incorporación por referencia (ii) El asentimiento tácito (iii) La relación de agencia (iv) La penetración del velo societario (v) El estoppel y (vi) la interrelación.

En el caso de la Ley de Arbitraje peruana, las partes no signatarias son aquellas que, no habiendo firmado el Contrato que contiene el convenio arbitral, se encuentran vinculadas por este, debido a: i) su participación activa y determinante en la negociación y/o ejecución y/o terminación del contrato que contiene el convenio arbitral, o ii) que pretenden derivar derechos o beneficios de este último. Así lo regulan las normas contenidas en el artículo 14° del Decreto Legislativo N°1071 – Ley que norma el Arbitraje. Ambos casos, como había adelantado, son una materialización de la teoría del asentimiento tácito.

En el caso concreto, la demandante sostuvo que todas las EPS se encontrarían obligadas a someterse a un proceso arbitral, por mandato del artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, el cual señala lo siguiente: “La sola solicitud de organización y funcionamiento de una EPS, implica el sometimiento de ésta al reglamento de arbitraje y solución de controversias que dictara la SEPS. Las Entidades Empleadoras, el IPSS y los afiliados a una EPS o que reciban prestaciones de salud a través de servicios propios de su empleador, quedan igualmente sometidas al reglamento de arbitraje y solución de controversias referido en el párrafo anterior”. Bajo este régimen legal, las EPS se encargaban -a la vez – de gestionar los fondos de seguro y prestar servicios médicos. Sin embargo, desde el año 2009, con la entrada en vigor de la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal, la naturaleza de las EPS se modificó, pues ahora existe una diferenciación entre las instituciones que se dedican a la administración de fondos de aseguramiento en

salud (IAFAS); y Las instituciones prestadoras de servicios de salud propiamente dichas (IPRESS), con lo cual, la EPS a la que se refería el Decreto Supremo ya no existe en el modo entendido en dicha norma.

Sin perjuicio de ello, la demandante – y la árbitra única adujeron que en virtud de este mandato legal existe un convenio arbitral que debe estar contenido en el Contrato EPS. De esta forma las Instituciones Prestadora de Salud que formen parte de la red de Clínicas y Hospitales de la EPS, ejecutan de manera activa y determinante las prestaciones de dicho Contrato. Sin embargo, aun en el supuesto de que esta norma fuese válida, antes de extender, excepcionalmente, los efectos del convenio arbitral, la árbitra única debió analizar cuál era el objeto del contrato y de esa manera, no solo verificar el número de partes vinculadas, sino la materia arbitrable. Veamos.

De acuerdo con el Manual de Afiliado EPS de Pacífico, “al afiliarte a una EPS tu empresa empleadora hace un uso eficiente del aporte al Seguro Social (9%) que mensualmente entrega a EsSalud, pues destina el 25% de dicho aporte a la EPS para que financie parcialmente tu Plan de Salud. El afiliado no pierde la cobertura de EsSalud. Por el contrario, las atenciones no cubiertas por los Planes de Salud de las EPS son brindadas obligatoriamente por EsSalud”¹¹. En ese sentido las EPS solo están encargadas de recabar y gestionar recursos a través de aportaciones para la cobertura de las atenciones de salud y asegurara el acceso a las IPRESS; ya no se encargan de prestar los servicios médicos directa ni indirectamente, como es el caso de la Clínica que sí es una IPRESS. De acuerdo con ello, el objeto del contrato EPS es gestionar eficientemente los fondos de aseguramiento de cada persona que acceda a este mecanismo regulado por el Sistema de Aseguramiento Universal peruano.

En ese sentido, el convenio arbitral que – supuestamente – vincularía a las partes por efecto de la celebración del Contrato EPS, alcanza a todas aquellas personas que

¹¹ <https://www.pacifico.com.pe/eps>

sean indispensables para el cumplimiento del objeto del Contrato EPS; asimismo, será materia arbitral todo tema relacionado a la administración del aporte obligatorio de la empresa al Seguro Social. Es así como, la excepcionalidad de la extensión del convenio debe ceñirse estrictamente a estos dos criterios, de lo contrario, se podría afectar los derechos de terceros que no sean parte del convenio. En efecto, por su propia naturaleza contractual, el arbitraje solo genera efectos Inter partes, lo que implica que solo aquellos que de manera expresa o tácita hayan manifestado su voluntad, puedan quedar vinculados con esta obligación de acudir al arbitraje y renunciar a la jurisdicción ordinaria.

No obstante, la arbitra única no entra al análisis de la naturaleza del Contrato EPS, sino que, señala, sin análisis previo, que el convenio arbitral estaría contenido en el Contrato EPS que habría suscrito con Pacifico Entidad Prestadora de Salud con la empleadora de la demandante. Específicamente, la árbitra única sostuvo que “el demandado ha participado de forma determinante con la ejecución de la prestación médica, que tiene como base un contrato EPS, donde existe fijado legalmente un convenio arbitral”. Es decir, que para la árbitra única, el Contrato EPS se ejecuta cuando las Clínicas afiliadas prestan el servicio médico a los afiliados, sin precisar de qué modo se materializa la participación activa y determinante en la ejecución del Contrato EPS.

Una actividad probatoria adecuada de la manifestación implícita de voluntad de la parte no signataria, implica un análisis conductual caso por caso que demuestre la voluntad del no signatario de adherirse al acuerdo arbitral. Este análisis viene dado en el caso peruano, a partir de su participación **activa y determinante** en la celebración, ejecución del contrato y/o si se derivan derechos o beneficios.

Respecto de la participación activa y de manera determinante, considero que la verificación conjunta de ambos requisitos son la clave en este caso. En el caso de la participación activa, implica que la parte no signataria haya realizado alguna acción con el fin de lograr la ejecución del Contrato EPS, se esta participación activa se

debe poder deducir, en el marco de la buena fe, que la Clínica tenía la intención de aportar al cumplimiento o concreción del objeto del Contrato EPS. Por su parte, la participación de manera determinante, implica, necesariamente, que la participación activa haya sido imprescindible para la concreción del objeto del Contrato EPS, es decir que si la parte no signataria participaba activamente, el Contrato no hubiera podido ejecutarse. De ese modo, el ejercicio práctico para verificar el cumplimiento de este requisito implicaría responder la siguiente pregunta: ¿La participación activa de la Clínica L.E.D.P. era determinante para la ejecución del Contrato EPS? No lo creo.

Las clínicas propias o afiliadas a la EPS no participan de manera activa y determinante en la ejecución de los Contratos EPS. Respecto de la participación activa, este requisito no se cumple porque la Clínica, ni ninguna de la IPRESS afiliadas, realiza ninguna acción para que la EPS y el empleador gestionen el aporte del empleado a fin de otorgarle una cobertura de salud. En efecto, cada vez que el empleador deriva el porcentaje del sueldo del empleado a la EPS, y esta última gestiona dichos montos derivándolos al ESSALUD o al fondo de la EPS, el contrato queda ejecutado. De la misma manera, aun cuando la IPRESS preste servicios de salud y estos fueran cubiertos el fondo EPS, ello no implica que esa prestación de servicios médicos haya sido determinante para la ejecución del Contrato EPS, pues este se ejecuta continuamente, con la prescindencia de si los empleados disfrutaban o no de los beneficios del Contrato EPS. Ciertamente, independientemente de que la usuaria acuda a alguna de las más de 350 Clínicas y Centros Médicos a nivel nacional afiliados a cada EPS, cada vez que el empleador deriva el porcentaje del sueldo del empleado a la EPS y a Es salud, el contrato queda se ejecuta.

Por lo expuesto, queda evidenciado que la arbitra única realizó una aplicación extensiva del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, cuando, por su naturaleza, este artículo es de ultima ratio y debe usarse solo en casos excepcionales, en los cuales se asegure no vulnerar el derecho a la jurisdicción predeterminada por ley de las partes invitadas.

VIII. CONCLUSIONES

- 8.1. La árbitra única no demostró una correcta técnica organizativa del proceso, debido a que no corrigió las deficiencias en el planteamiento de la pretensión antes de la fijación de puntos controvertidos. Si bien el Reglamento del CECONAR la habilita a resolver las excepciones en el plazo para laudar, la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda es una oportunidad para que los juzgadores corrijan cualquier deficiencia que impida un correcto entendimiento de la controversia.
- 8.2. La arbitra única omitió su deber constitucional de hacer control difuso de la norma contenida en el artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA, pese a que la demandada alegó su inconstitucionalidad. Esta omisión no tiene asidero legal, pues en este caso se cumplían todos los requisitos desarrollados por la jurisprudencia para ejercer dicha prerrogativa. En consecuencia, la aplicación del principio *competence – competence* aplicada por la árbitra carece de motivación y habilita a la parte pasiva para anular el laudo parcial en sede judicial.
- 8.3. Sin perjuicio de su inconstitucionalidad, el convenio arbitral de fuente legal que vincula a las EPS, no hace lo propio en el caso de las IPREES. En efecto, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, es una norma única en su especie y debe ser aplicada de manera absolutamente excepcional, pero en este caso, la árbitra ni siquiera hizo el esfuerzo de motivar por qué, a su parecer, la Clínica habría ejecutado alguna acción que resultó determinante para la ejecución del Contrato EPS, cuando este último tiene por objeto la gestión de los fondos de aseguramiento; y los contratos entre las IPREES y los usuarios, la prestación médica en sí misma.

IX. PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA

Dado el origen contractual del arbitraje, normas como las contenidas en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje resultan contingentes para garantizar la naturaleza convencional. Ciertamente, este artículo dota de discrecionalidad al Tribunal para evaluar la conducta de las partes y sobre la base de la buena fe, demostrar que estas habrían tenido la intención de ser parte del convenio arbitral. Sin embargo, la dirección que se le da a estas normas, no siempre resulta favorable para la jurisdicción arbitral, pues implica que un tercero, y no la propia persona, decida si hay o no voluntad para arbitrar determinadas controversias.

En ese sentido, considero que este artículo debe interpretarse de manera restringida, como ya lo sostiene pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia. Para tales efectos, es importante ponerle límites a la norma mediante técnicas legislativas más precisas; de lo contrario, una amplia discrecionalidad del Tribunal, puede generar problemas de aplicación como los evidenciados en este informe.

El texto actual del artículo 14 de la Ley de Arbitraje señala lo siguiente:

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral. **El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado.** Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Este artículo se complementa con lo establecido en el artículo 13 inciso 3, que señala “Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya **concertado** mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. En

ese sentido, la participación activa y determinante debe tener como finalidad, no la celebración/ejecución/terminación del Contrato; sino, que con esa participación las personas – además – estén conscientes y sea evidente que se adhieren o conciertan un acuerdo arbitral. En el caso de la negociación, celebración y terminación del Contrato, no existe tanto problema, porque es evidente que si participo activa y de manera determinante de la negociación / celebración, soy consciente de su existencia y tengo la oportunidad de oponerme; y en el caso de la terminación, si tengo el poder para terminar o resolver un contrato es porque previamente participe de un proceso de negociación en el que tuve la oportunidad de conocer el convenio arbitral y oponerme.

Sin embargo, en el caso de la ejecución sí existen problemas de interpretación, porque las relaciones comerciales están cada vez más especializadas y se requieren de más personas para lograr la finalidad del Contrato, pero sin ser parte de este, por lo que no es indispensable que conozca su contenido y la regulación. Si las partes no cuentan con toda la información, cómo podemos hablar de una concertación, en los términos del artículo 13. De esa manera, se acepta la posibilidad que, no siempre la participación activa y de manera determinante en la ejecución del Contrato implique una voluntad de resolver las controversias mediante un arbitraje.

Tomando en cuenta estas apreciaciones, propongo las siguientes modificaciones a los artículos 13.3 y 14 de la Ley de Arbitraje:

Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o el contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio, **el segundo supuesto aplicará en los caos previstos en el artículo 14 de esta Ley.**

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral. **El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado.**
Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Como se puede apreciar, propongo eliminar la norma referida a la “ejecución”, porque considero que la Ley de Arbitraje, tiene un concepto bastante amplio en cuanto a la forma del Convenio Arbitral, habilitando más de una posibilidad para que las personas que participen de la ejecución del contrato, por ejemplo mediante un prestación conexas, manifiesten su voluntad de – eventualmente – resolver sus controversias mediante un arbitraje. En ese sentido, las partes que celebraron el Contrato en primer término, deber ser diligentes de informar sobre la existencia del convenio arbitral y dejar constancia – ver artículo 13 de la Ley de Arbitraje – de la voluntad de estas nuevas partes de vincularse por el convenio.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUSTAMANTE, Re. (2019). El control difuso en sede arbitral: Los parámetros constitucionales que se deben seguir según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Forseti, Revista De Derecho*, (10), 93 – 115.
<https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1101>

CAIVANO, R. y CANTUARIAS SALAVERRY, F. (2008). La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un Nuevo salto a la Modernidad. *Revista Peruana de Arbitraje*, (7), 43 – 82.
<https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2008-VII.pdf>

CARRIÓN, J. (2000). *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II. Editorial Grijley.

CAVANI, R. (2016). Fijación de puntos controvertidos: una guía para jueces y árbitros”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*. 6 (2), 179-200.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/16422>

CASTILLO, M., SABROSO, R., & CASTRO L. y CHIPANA J. (2014) Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. *Advocatus* (30), 293-305. <https://doi.org/10.26439/advocatus2014.n030>

DE TRAZEGNIES, F. (2004). El rasgado velo societario para determinar la competencia dentro del Arbitraje. *Revista Ius Et Veritas*, 14(29). 12-22.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11485>

LAVA CAVASSA, C. (2012). La independencia del convenio arbitral y el competence- competence en el arbitraje comercial internacional. *THEMIS Revista De Derecho*, (61), 345-361.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9047>

LEDESMA, M. (2014). Jurisdicción y arbitraje. *Fondo Editorial PUCP*

MONROY J. (1994). Las Excepciones en el Código Procesal Peruano. *THEMIS Revista De Derecho*, (27-28), 119-129.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11366>

PRIORI POSADA, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *IUS ET VERITAS*, 13(26), 273-292.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16248>

SANTISTEVAN DE NORIEGA, J. (2008). Extensión del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias: Expresión de la Inevitabilidad del Arbitraje. *Revista Peruana de Arbitraje*, (8), 4-17. <https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2009-VIII.pdf>

SUSLER, O. (2010). The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: A transnational análisis of the negative effect of the competence-competence. *Macquarie Journal of Bussiness law*, 119-145.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1546242

Tribunal Constitucional. Proceso 00142-2011-PA/TC , Minera Maria Julia; 21 de setiembre de 2011. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. Proceso 1742-2013-PA/TC, Fernando Ikeda Matsukawa; 4 de junio de 2014. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01742-2013-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. Proceso 01680-2005-AA/TC, Jorge Luis Borja Urbano; 3 de noviembre de 2006. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01680-2005-AA.pdf>

United Estates Court of Apeals.Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association, 24 de agosto de 1995



Caso Arbitral N° 011-2020-ARB-OTRO

Sara Marcela de la Torre Novoa

v.

La Esperanza del Perú S.A.

LAUDO PARCIAL

Árbitra Única:

Elvira Martínez Coco

Secretaria Arbitral:

Lourdes Mendoza Baldeón

Lima, 20 de enero del 2021

ÍNDICE

- I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, REPRESENTANTES Y ABOGADOS
- II. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL
- III. EL CONVENIO ARBITRAL, TIPO DE ARBITRAJE Y LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA
- IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE
- V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES
- VI. LA DEMANDA
- VII. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA
- VIII. LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS
- IX. ACTUACIONES ARBITRALES Y PLAZO PARA LAUDAR
- X. HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y GASTOS ADMINISTRATIVOS
- XI. CONSIDERACIONES PREVIAS
- XII. SOBRE LAS EXCEPCIONES
- XIII. PARTE RESOLUTIVA

Elvira Martínez Coco

GLOSARIO DE TÉRMINOS

TÉRMINOS		ABREVIATURAS
1	Acta de Audiencia Única	Acta Única
2	Sara Marcela de la Torre Novoa	Sara de la Torre o Demandante
3	Centro de Conciliación y Arbitraje	CECONAR
4	La Esperanza del Perú S.A.C.	La Clínica o Demandada
5	Decreto Legislativo N° 1071	Ley de Arbitraje
6	Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General	LPAG
7	Código Civil Peruano	CC.
8	Superintendencia Nacional de Salud	SUSALUD
9	Reglas del Proceso determinadas mediante el Acta de Audiencia Única	Reglas del Proceso
10	Sara Marcela de la Torre Novoa y La Esperanza del Perú S.A.C.	Las Partes



Elvira Martínez Coco

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 20 de enero del 2021.-

VISTOS:

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, REPRESENTANTES Y ABOGADOS.-

1. Partes:

- En calidad de demandante: Sara Marcela de la Torre Novoa
- En calidad de demandado: La Esperanza del Perú S.A.

2. Representantes:

- De la demandante: Sara Marcela de la Torre Novoa.
- Del demandado: Christian Cangahuala Contreras

3. Abogados:

- De la demandante: No se declaró nombre de abogado.
- Del demandado: Tabata Arteta Pinto, Pablo Espinoza Salabarriga, Micaela Alemán Chu

II. DESIGNACIÓN DE LA ÁRBITRA ÚNICA E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL.-

4. Surgidas las controversias, CECONAR nombró inicialmente como Árbitro Único al Dr. Rolando Eyzaguirre Maccan que declinó su designación.
5. No habiendo acuerdo entre las partes, se nombró a la Dra. Elvira Martínez Coco, mediante comunicación de fecha 09 de octubre de 2020.
6. Dicho nombramiento se realizó dentro de lo dispuesto por el Reglamento del centro.
7. Mediante comunicación de fecha 04 de noviembre de 2020, la Dra. Elvira Martínez Coco aceptó el cargo dentro del plazo correspondiente.

Elvira Martínez Coco

III. EL CONVENIO ARBITRAL, TIPO DE ARBITRAJE Y LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA.-

8. Se ha invocado la siguiente cláusula arbitral, contenida en el D.S. 009-97-SA-

“La sola solicitud de organización y funcionamiento de una EPS, implica el sometimiento de ésta al Reglamento de arbitraje y solución de controversias que dictara la SEPS. Las Entidades Empleadoras, el IPSS y los afiliados a una EPS o que reciban prestaciones de salud a través de servicios propios de su empleador, quedan igualmente sometidas al Reglamento de arbitraje y solución de controversias referido en el párrafo anterior”.

9. En virtud de lo establecido en el convenio arbitral y en los artículos 1 y 5 del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje en el Perú (en adelante, la Ley de Arbitraje), el presente arbitraje es nacional y de derecho.

IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE.-

10. Como se desprende de la cláusula arbitral citada, el arbitraje es Institucional. En este sentido, de acuerdo con lo expresado en el convenio arbitral el presente procedimiento arbitral se regirá por lo dispuesto en el D.L. 1071.
11. Por lo tanto, el arbitraje se rige de acuerdo con las Reglas del Proceso contenidas en el Acta Única.

V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.-

12. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, la Árbitra Única deja constancia que en el proceso arbitral se ha actuado de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“Artículo 43°. - Pruebas

1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas

Elvira Martínez Coco

y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios". (El resaltado es nuestro).

13. Así, el Tribunal Arbitral Unipersonal advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las pretensiones y la defensa de las partes, se desarrollarán conjuntamente en los considerandos del presente laudo.

VI. LA DEMANDA.-

14. Con fecha 08 de enero de 2020, Sara de la Torre presentó su demanda con el siguiente petitorio:

- i. Que la Clínica la Esperanza del Perú SA / Clínica Sanna me indemnice por S/ 1 000 000.00 millones de soles, al atentar contra mi cuerpo y salud; y***
- ii. Que la Clínica la Esperanza del Perú SA / Clínica Sanna me otorgue un seguro de salud en caso me quede sin trabajo y por lo tanto sin EPS, con el propósito de responder por el cuidado de mi salud futura y el de mi familia.***

15. La Árbitro Único deja constancia que los hechos y el derecho con los que Sara de la Torre fundamentó sus pretensiones serán desarrollados al resolver los puntos controvertidos en el análisis de las pretensiones sometidas a consideración de La Árbitro Único.

VII. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

16. Con fecha 17 de febrero de 2020, La Clínica contestó la demanda de Sara de la Torre contradiciendo los extremos de esta y solicitando que en su oportunidad sea declarada infundada la petición de indemnización por daños y perjuicios y que se le imponga el pago de las costas y costos del proceso.
17. Sin perjuicio de ello, La Clínica deduce excepción de incompetencia derivada de la inexistencia de un convenio arbitral celebrado entre las partes; y excepción de oscuridad o ambigüedad debido a que no se ha individualizado a las partes que supuestamente tendrían responsabilidad civil y no se ha cuantificado adecuadamente o acreditado la existencia de un daño.

Elvira Martínez Coco

18. La Árbitro Único deja constancia que los hechos y el derecho con los que La Clínica contradujo las pretensiones de la demanda de Sara de la Torre serán desarrollados en el análisis de cada uno de los puntos controvertidos correspondientes.

VIII. PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

19. En la Audiencia Única llevada a cabo el 04 de diciembre de 2020 se establecieron las cuestiones que deberían ser materia de pronunciamiento por La Árbitro Único, quedando determinadas de la siguiente manera:

- i. **Determinar si corresponde o no que se declare que la Clínica La Esperanza del Perú SA / Clínica Sanna indemnice por S/. 1 000,000.00 (Un millón y 00/100 soles).**
- ii. **Determinar si corresponde o no que la Clínica La Esperanza del Perú SA / Clínica Sanna le otorgue a la demandante un seguro de salud en caso se quede sin trabajo, y en consecuencia sin EPS, con el propósito de responder por el cuidado de sus salud y familia.**

20. En la citada Audiencia Única, La Árbitro Único dejó constancia que en aplicación del artículo 30 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante, "Reglamento de Arbitraje SUSALUD") y al artículo 43 de la Ley de Arbitraje, tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de los medios probatorios.

21. En la misma Audiencia Única, la Árbitro Único admitió las siguientes pruebas:

Por parte de Sara de la Torre:

Se admiten las diecisiete (17) pruebas documentales de la sección "MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de demanda de fecha 08 de enero de 2020.

Asimismo, La Árbitro Único también estima pertinente admitir: (i) El expediente N° 11739-2019 emitida por la Intendencia de Protección de Derechos de la Superintendencia Nacional de Salud – IPROT así como anexos de recopilación de evidencias gráficas, presentados mediante escrito de fecha 26 de noviembre de 2020 y; (ii) El reporte de atención hospitalaria de la Clínica Sanna San Borja de fecha 10 de diciembre de

Elvira Martínez Coco

2018 y ficha técnica IVEMED, presentados mediante escrito de fecha 26 de noviembre de 2020.

Por parte de La Clínica:

Se admiten la totalidad de las pruebas documentales identificadas en la sección "MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de contestación de demanda de fecha 17 de febrero de 2020.

22. La Árbitro Único, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Reglamento de Arbitraje SUSALUD admitió las pruebas que presentaron las partes en sus escritos de Demanda y Contestación de Demanda, y además se actuaron todas las pruebas que solicitaron las partes y de las cuales no se desistieron.

IX. ACTUACIONES ARBITRALES Y PLAZO PARA LAUDAR.-

23. El 04 de diciembre de 2020, se realizó la Audiencia Única en la que Sara de la Torre y el representante de La Clínica expusieron de manera detallada sus posiciones respecto de los hechos en los que cada una de ellas sustenta sus posiciones.
24. Sara de la Torre y La Clínica presentaron sus escritos de alegatos con fecha 18 de diciembre de 2020s y ambas partes estuvieron presentes en la Audiencia Única.
25. Se dejó constancia que, luego de presentados los Alegatos, se determina el cierre de instrucción y se inicia el plazo para laudar el día 21 de diciembre de 2020 en veinte (20) días hábiles, de conformidad con el artículo 33 del Reglamento de Arbitraje SUSALUD, pudiendo ser prorrogado por diez (10) días adicionales.
26. Siendo así, el presente laudo se emite dentro del plazo para laudar.

X. HONORARIOS DEL TRIBUNAL Y GASTOS ADMINISTRATIVOS.-

27. Los honorarios del Tribunal Arbitral ascendieron a la suma de US\$ 2500.00 y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje al monto de S/ 2124.64

CONSIDERANDOS:

XI. CONSIDERACIONES PREVIAS.-

Elvira Martínez Coco

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

- La Árbitro Único se designó de conformidad a la ley y a la normativa vigente del Centro.
- En ningún momento se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones del procedimiento dispuestas en las Reglas del Proceso determinadas en el Acta de Audiencia Única.
- El Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo dispuesto en el presente proceso arbitral.

XII. SOBRE LAS EXCEPCIONES.-

29. En atención a los argumentos expuestos por las partes, previo al análisis sustantivo de los méritos de la controversia corresponde a La Árbitro Único pronunciarse sobre las excepciones de incompetencia y ambigüedad deducidas por La Clínica.

VII.1. Sobre la excepción de incompetencia

Posición de La Clínica

30. La Clínica señala que su excepción de incompetencia viene dada por lo dispuesto en la normativa existente, respecto a la posibilidad de arbitrar un conflicto referido a temas de salud.
31. Cita, como primera norma pertinente, lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto Legislativo N° 1158 (Decreto Legislativo que dispone Medidas Destinadas al Fortalecimiento y Cambio de Denominación de La Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud), el cual señala lo siguiente:

“LAS PARTES PODRÁN SOMETERSE DE COMÚN ACUERDO A LA COMPETENCIA DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN O ARBITRAJE DEL SERVICIO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE EN SALUD QUE CONSIDEREN PERTINENTE, YA SEA EN EL PROPIO CONTRATO O UNA VEZ SUSCITADA LA CONTROVERSIA. El centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia pondrá a disposición de las partes el listado de centros registrados y especializados en materia de salud. En aso que las partes hayan acordado el sometimiento a arbitraje y no alcancen un acuerdo sobre el centro competente, se entenderá como centro competente el CECONAR”.

Elvira Martínez Coco

32. Asimismo, señala que en el inciso a. del artículo 3 del Reglamento del CECONAR se establece en qué casos el Centro tendría competencia para administrar un arbitraje. El mencionado artículo establece lo siguiente:

a. *“Organizar y administrar los arbitrajes en materia de salud y demás relacionadas, que se sometan **POR ACUERDO DE VOLUNTAD O MANDATO LEGAL**”.*

33. La Clínica sostiene que, de los artículos previamente citados, queda claro que el Centro solo tendrá competencia para resolver un conflicto en materia de salud, cuando se presenten cualquiera de estas dos circunstancias: **(i) Cuando exista un convenio Arbitral celebrado entre las partes; o (ii) cuando las partes de común acuerdo decidan someterse a la sede arbitral.**

34. En ese sentido, La Clínica sostiene que en el presente caso nunca existió ninguna clase de convenio arbitral celebrado entre las partes, ni mucho menos un acuerdo de voluntades que los vincule.

35. La Clínica afirma esto porque en lo referido a los convenios arbitrales, en el inciso 2) del artículo 13 de la Ley de Arbitraje se establece que estos **deben constar por escrito**, ya sea en forma de cláusula o de contrato.

36. En tal sentido, La Clínica considera que para demostrar la existencia de un convenio arbitral celebrado en una determinada relación jurídica, en este caso, la prestación de servicios médicos, Sara de la Torre debió ofrecer en calidad de medio probatorio una copia del supuesto documento en el que conste tal acuerdo.

37. Sin embargo, La Clínica recalca que la demandante no ha aportado ningún medio probatorio en el que conste algún convenio arbitral porque el referido documento no existe.

38. Es por ello que, La Clínica, manifiesta que no se ha demostrado la existencia de ningún tipo de pacto o convenio que justifique acudir a la vía arbitral, razón por la cual solicita que se declare FUNDADA su excepción.

Posición de la Sra. Sara de la Torre

39. La demandante alega que La Clínica sí está sometida al arbitraje ya que es parte no signataria del convenio arbitral.

Elvira Martínez Coco

40. Alega que para iniciar un arbitraje debe existir un acuerdo de las partes de someterse a esta vía alternativa y que, el demandado, olvida que su calidad de demandante tiene su origen en ser una asegurada atendida dentro del contrato EPS, es decir, en un contrato con Pacífico Entidad Prestadora de Salud. Por ende, su atención médica en La Clínica se fundamenta en un plan EPS.
41. Sara de la Torre cita el artículo 91 del Decreto Supremo N° 009-97-SA (Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud) que establece lo siguiente:

“La sola solicitud de organización y funcionamiento de una EPS, implica el sometimiento de ésta al Reglamento de arbitraje y solución de controversias que dictara la SEPS. Las Entidades Empleadoras, el IPSS y los afiliados a una EPS o que reciban prestaciones de salud a través de servicios propios de su empleador, quedan igualmente sometidas al Reglamento de arbitraje y solución de controversias referido en el párrafo anterior”.

Esta norma se encuentra plasmada en las condiciones contractuales para asegurados regulares aprobada por SUSALUD.

42. Sara de la Torre menciona que su atención médica deriva de un contrato EPS, cuando en su calidad de afiliada, decidió atenderse en la Clínica Esperanza del Perú S.A. debido a que es una clínica incorporada en su plan, y es el lugar donde ocurrió la deficiente prestación del servicio de salud.
43. La demandante cita el artículo 14 de la Ley de Arbitraje que regula la extensión del convenio arbitral, figura que permite aplicar el convenio arbitral a quienes no lo han celebrado por escrito. La ley estipula lo siguiente:

“El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

44. Además, invoca a los Profesores Conejero e Irra cuando expresan lo siguiente:

Elvira Martínez Coco

“Esta reforma, que no registra paralelismos en otras legislaciones extranjeras, constituye por lo mismo una de las innovaciones más importantes de la LAP (Ley de Arbitraje Peruana) y tiene una consecuencia práctica enorme pues establece criterios expresos mediante los cuales es posible concebir como partes del convenio arbitral a personas o entidades que no han suscrito el contrato que lo contiene. La importancia deviene todavía más crítica si se toma en consideración que, en la actualidad, una buena parte de las transacciones y operaciones comerciales descansan en un complejo entramado de múltiples partes y contratos, en que varias de las partes intervinientes no concurren necesariamente a la firma del contrato que contiene la cláusula arbitral y que sirve de base a un arbitraje”.

45. Precisa que el artículo 14 de la Ley de Arbitraje se aplica a las partes no signatarias, es decir, a las que no suscribieron el convenio arbitral, pero que por su conducta es evidente que consintieron someterse al arbitraje. La norma está dirigida a la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias, ya que no se puede rehusar ir al arbitraje por exageración de formalismos.
46. En relación con la extensión del convenio arbitral, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje regula dos supuestos en los que puede aplicarse: a) en los casos de participación y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral; y, b) en los que pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.
47. Sara de la Torre afirma que su caso se encuentra en el primer supuesto, pues el demandado ha participado de forma determinante con la ejecución de la prestación médica, que tiene como base un contrato EPS, donde existe fijado legalmente un convenio arbitral.
48. Por los argumentos expuestos, la demandante solicita que se declare infundada y/o improcedente la excepción de incompetencia formulada por La Clínica.

Posición de La Árbitro Único.

49. A la luz de lo expuesto por las partes, este despacho analizará en este apartado el pedido de la excepción planteado por La Clínica, esto es, si es competente para resolver la presente controversia.

Elvira Martínez Coco

50. La capacidad de resolver sobre su propia competencia, se ha denominado en el arbitraje el principio del Competence-Competence. Ese mismo, se encuentra recogido en el numeral 3 del artículo 3 de nuestra ley de arbitraje, el que dispone que *“El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo”* De este modo, este Tribunal se encuentra apto para determinar su competencia.
51. Ahora bien, el Reglamento del CECONAR, define su ámbito de aplicación precisando que *“El Centro es competente para tramitar arbitrajes que le son **sometidos legal** o consensualmente, relacionados con temas de salud, aseguramiento, u otros afines”*. (énfasis agregado)
52. Como se aprecia, se manifiestan dos supuestos, el arbitraje que nace del consenso, y el otro impuesto por ley.
53. De acuerdo con lo expresado por la demandante, nos encontraríamos en el segundo supuesto, esto es, un arbitraje ordenado por ley. Invoca, la demandante, para este propósito, los efectos del artículo 91 del Decreto Supremo 009-97-SA que dispone:
- “La sola solicitud de organización y funcionamiento de una EPS, implica el sometimiento de ésta al Reglamento de arbitraje y solución de controversias que dictara la SEPS. Las Entidades Empleadoras, el IPSS y los afiliados a una EPS o que reciban prestaciones de salud a través de servicios propios de su empleador, quedan igualmente sometidas al Reglamento de arbitraje y solución de controversias referido en el párrafo anterior”***.
54. Comparte este Tribunal, lo afirmado por García, quien señala que las EPS, a razón del artículo previamente citado y las Resoluciones de Superintendencia N° 037-2008-SEPS/CD para afiliados regulares, y Resolución de Superintendencia N° 017-2004-SEPS/CD para afiliados potestativos, se encuentran obligadas a someterse a arbitraje¹.
55. Ahora bien, es necesario que este Tribunal Unipersonal analice si La Clínica puede verse sometida a arbitraje como una EPS. De la revisión de

¹ Garcia, Frank (2016). “El arbitraje como vía alternativa de solución en el sistema EPS”. Recuperado de: <https://www.enfoquederecho.com/2016/01/22/el-arbitraje-como-via-alternativa-de-solucion-en-el-sistema-eps/>

Elvira Martínez Coco

los antecedentes expuestos por las partes, se aprecia que Sara de la Torre suscribió un contrato con Pacífico Entidad Prestadora de Salud.

56. Asimismo, se observa en los documentos presentados por La Clínica, que la misma no constituye una EPS, sino que forma parte de la red de clínicas por las cuales Pacífico Entidad Prestadora de Salud materializa los servicios médicos objeto de sus contratos EPS.
57. En este sentido Sara de la Torre, señala que la participación de La Clínica se encuentra subsumida en el supuesto contemplado en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, la que prescribe:

“El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”

58. Conviene en precisar esta jurisdicción que, la extensión del convenio arbitral es, antes que una regla, una excepción. El arbitraje, como lo expresa Gary Born, tiene a la voluntad como piedra angular del mismo, por lo que, en principio, los terceros no pueden verse afectados por la existencia de una cláusula arbitral que no suscribieron.
59. Para Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, la extensión de la cláusula de arbitraje puede alcanzar a terceros que no han suscrito dicho acuerdo. En su libro “Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional”, dichos autores afirman que :

“El consentimiento de las partes es un requisito previo del arbitraje. Dicho consentimiento se instrumenta mediante el acuerdo arbitral que, por lo general, como se analizó anteriormente, se celebra por escrito y está firmado por las partes. Sin embargo, la exigencia de que exista un acuerdo firmado y celebrado por escrito no excluye por completo la posibilidad que un acuerdo arbitral celebrado en forma adecuada entre dos o más partes oblique también a terceros”² (el subrayado es nuestro)

60. En esta misma línea, el Profesor William W. Park afirma que:

² Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel y Partasides Constantine, Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional. 4º Edición. Edición en español - Editorial La Ley, Buenos Aires: 2007, p. 240.

Elvira Martínez Coco

“Sin embargo, los árbitros pueden conocer casos en los que están involucradas entidades y personas que nunca firmaron una cláusula arbitral. Académicos del sistema del civil-law hacen referencia a la “extensión” de la cláusula arbitral. Por su parte, abogados del sistema del common-law tienden a referirse a esta situación como “incorporando a los no signatarios”³

61. Existen, además, diversas teorías para la incorporación de partes no signatarias, el Profesor Caivano al remitirse, entre otros, al caso Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association⁴ ha elaborado una lista de los criterios para que a terceros no signatarios les alcance los efectos de una cláusula de arbitraje, estos son: (i) Incorporación por referencia (ii) El asentimiento tácito (iii) La relación de agencia (iv) La penetración del velo societario (v) El estoppel y (vi) la interrelación.
62. Si bien la demandante no ha precisado la teoría por la cual pretende hacer extensivo el convenio arbitral a La Clínica, si ha afirmado que es la conducta de la clínica, materializada en su participación activa y determinante en la ejecución del contrato EPS, la que determinaría que ha consentido el arbitraje.
63. Por su parte, aún cuando La Clínica ha precisado que no existe convenio suscrito entre ella y la demandante, lo cierto es que si existe un convenio arbitral normado por el D.S. 009-97.SA, y que el mismo, es obligatorio, tal como lo manifiesta García⁵.
64. El pedido, de la demandante no busca incorporar a La Esperanza del Perú S.A. como una EPS, sino como parte ejecutante del contrato, por lo que los alegatos sobre la naturaleza expuesta en la Ley No 29344 no es una materia controvertida.
65. Este Tribunal Arbitral, ha revisado, además, el proyecto de norma que aprueba los “Lineamientos, Normas y Cláusulas Generales del Contrato de Aseguramiento en Salud a ser suscrito entre las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud y las Entidades Empleadoras o los Asegurado”, en cuyo artículo 68 se precisa que

³ Park, William W. “No Signatarios y el Arbitraje Internacional: El Dilema del Árbitro”. Forseti. No 01. Lima: 2014. p. 20.

⁴ Caivano, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario” Lima Arbitration, No 01. 2006. pp 129-132

⁵ Garcia, Frank. (2016). “El arbitraje como vía alternativa de solución en el sistema EPS”. Recuperado de: <https://www.enfoquederecho.com/2016/01/22/el-arbitraje-como-via-alternativa-de-solucion-en-el-sistema-eps/>

Elvira Martínez Coco

“Artículo 68.- De la designación del Centro de Conciliación o Arbitraje

La IAFAS y los asegurados pueden someterse de común acuerdo a la competencia del centro de conciliación o arbitraje del Servicio de Conciliación y Arbitraje en Salud u otro que considere pertinente, en caso no exista en la zona una filial del mismo, ya sea en el propio contrato o una vez suscitada la controversia.

En caso que las partes hayan acordado el sometimiento a arbitraje y no alcancen un acuerdo sobre el centro competente, se entenderá como centro competente el CECONAR.”

66. En ella se buscaría modificar la situación actual, esto es, que los reclamos por indemnizaciones sean resueltos en el fuero judicial, este proyecto de ley refleja la interpretación que a la fecha se realiza del D.S. 009-97-SA, que las EPS se encuentran sometidas a arbitraje.
67. Asimismo, la demandante ha señalado que las EPS ya no se encargan de prestar los servicios médicos, directa, ni indirectamente. Por lo que, la ejecución del contrato de seguro recae necesariamente en un tercero, en este caso en particular, en La Esperanza del Perú S.A.
68. Esta participación determinante en la ejecución del contrato, se subsume en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje. De este modo, la manifestación para someterse a arbitraje por parte de La Clínica, se refleja en la ejecución de los servicios médicos y, por tanto, la demandada forma parte del convenio arbitral, haciéndosele extensivo los efectos del mismo.
69. Por lo expuesto esta Árbitro Única, declara ser competente para resolver la presente controversia y como consecuencia, declara INFUNDADO el pedido de excepción de incompetencia presentado por La Clínica.

VII.2. Excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda

Posición de La Clínica

70. La Clínica señala que dicha excepción se encuentra regulada en el inciso 4 del artículo 446 del Código Procesal Civil (aplicable supletoriamente), dentro de la lista de excepciones susceptibles de ser propuestas en el marco de un proceso civil, y supletoriamente en el de un proceso arbitral.

Elvira Martínez Coco

71. La Clínica resalta lo señalado por el Dr. Monroy cuando menciona que a través de esta excepción, se denuncia la imposibilidad del demandado para responder a preguntas tales como: ¿quién demanda?, ¿qué se demanda?, ¿a quién se demanda?. ¿qué se demanda? o ¿por qué se demanda?. Toda vez que el texto de la demanda, adolece de imprecisiones, ambigüedades o simplemente se encuentra incompleta.
72. En ese sentido, La Clínica argumenta que el fundamento de la excepción es la necesidad de garantizarle al demandado la posibilidad de ejercer con plenitud su derecho de contradicción, dentro de los plazos establecidos en cada vía, circunstancia que, alega, se ha visto entorpecida cuando el escrito de demanda presenta los defectos que constituye el supuesto de hecho de la defensa de forma que deducen a través de su escrito de fecha 17 de febrero de 2020.
73. Del escrito de demanda de Sara de la Torre, La Clínica entiende que lo que se pretende iniciar es un proceso indemnizatorio por daños y perjuicios causados supuestamente por miembros de su Clínica.
74. Sin embargo, la demandada ha notado que el escrito de demanda padece de dos falencias principales las cuales, consideran, impide ejercer su derecho de defensa adecuadamente.
75. Estas falencias son, en primer lugar, que no se ha individualizado a las partes que supuestamente tendrían responsabilidad civil en el caso. La Clínica alega que Sara de la Torre no ha diferenciado a cada una de las instituciones médicas en las que se atendió y, que para todos los efectos, ha englobado a todas las instituciones como: “La Clínica SANNA”
76. Sin embargo, La Clínica precisa que “SANNA” NO ES UNA PERSONA JURÍDICA QUE TENGA LA CAPACIDAD DE RESPONDER INDIFERENCIADAMENTE POR CADA UNA DE LAS ATENCIONES BRINDADAS A LOS PACIENTES DE SUS CLÍNICAS ASOCIADAS, E INDEPENDIENTEMENTE DE EN CUÁL DE ESTAS SE HAYA BRINDADO EFECTIVAMENTE LA ATENCIÓN.
77. Sustenta que SANNA es el nombre con el que se identifica a una red de centros de salud, es decir, a distintas empresas, tal como es el caso de la “Clínica La Esperanza del Perú S.A.”, o también llamada por su nombre comercial “Clínica Sanna San Borja” la cual es una de las múltiples

Elvira Martínez Coco

empresas conformantes de la Red de Clínicas “Sanna”; y no es la misma persona jurídica que la “Clínica Sanna El Golf” o “La Clínica Aliada”.

78. En ese sentido, La Clínica solicita que la demandante aclare y especifique cual es el acto médico específico negligente en el que ellos han incurrido. Asimismo, solicita que se le indique los actos médicos negligentes en los que han incurrido las otras empresas, con la finalidad de no trasladarles las consecuencias de actos que no han realizado.
79. En segundo lugar, La Clínica alega que Sara de la Torre no ha cuantificado adecuadamente, ni mucho menos acreditado, la existencia de un daño.
80. En relación a esto, señala que en el punto (III) de su escrito de demanda, la demandante se ha limitado a señalar 4 normas que, a su criterio, no desarrolla ni aplica al caso concreto. Con lo cual, no es posible desarrollar una defensa adecuada, pues no se ha explicado las normas que la parte demandada habría infringido.
81. Argumenta que la demandante no precisa y mucho menos desarrolla qué tipo de daño (lucro cesante, daño emergente o daño moral) supuestamente habría incurrido algún miembro de su staff o la propia Clínica.
82. En ese sentido, al ser una demanda de indemnización por daños y perjuicios, la Demandante debe cumplir con desarrollar lo concerniente a cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, los cuales son: (i) el hecho antijurídico, (ii) el daño, (iii) la relación de causalidad y (iv) el factor atributivo de responsabilidad.
83. Debido a ello, La Clínica señala que al haber propuesto oscuramente la demanda, no pueden apreciar con claridad lo que la demandante pretende en su petitorio, situación que genera una grave contravención a las normas que regulan el debido proceso.
84. Por todo lo expuesto, La Clínica solicita tener presente los fundamentos expuestos y declarar fundada su excepción.

Posición de la Sra. Sara de la Torre

85. La demandante sostiene que la demanda no es ambigua, ya que precisa que la parte demandada es La Clínica Esperanza del Perú S.A. y que ha sido totalmente clara en su demanda.

Elvira Martínez Coco

86. A efectos de responder las preguntas planteadas por su contraparte, alega lo siguiente:

“¿Quién demanda? Obviamente yo. ¿Qué se manda? Una indemnización por daños por deficiente prestación del servicio de salud. ¿A quién se demanda? A la Clínica Esperanza del Perú S.A. ¿Por qué se demanda? Por los daños sufridos.”

87. Por consiguiente, solicita que se declare infundada y/o improcedente la excepción de ambigüedad deducida por el demandado.

Posición de La Árbitro Único

88. El debido proceso y, primordialmente, el derecho a la defensa, se encuentran consagrados en nuestra carta magna, debido a la importancia de este para obtener una tutela jurisdiccional efectiva.

89. Este mismo derecho se encuentra reconocido en diferentes instrumentos internacionales tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala que

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”

90. Los efectos de una demanda planteada ambiguamente pueden, como lo señala Juan Morales Godo, afectar el derecho a la debida defensa, conduciendo a la nulidad de un proceso que no respete el mismo⁶.

91. La demandante ha señalado que es SANNA SAN BORJA quien debe responder por los supuestos daños alegados. Sin embargo, como lo ha precisado La Esperanza del Perú S.A. “La Clínica Sanna” no es entidad individualizada, pues existen en el mercado una variedad de instituciones médicas bajo dicha marca

⁶ Cfr. Morales, Juan (2003). La inconstitucionalidad del trámite establecido en el Código Procesal Civil para resolver la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084771.pdf>

Elvira Martínez Coco

92. De acuerdo con los registros públicos del INDECOPÍ⁷, la denominación SANNA le pertenece a la empresa Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. Por otro lado, en los archivos de la Bolsa de Valores de Lima⁸, reposan las notas a los estados financieros a septiembre de 2020, en los que se aprecia que Pacífico Entidad Prestadora de Salud, Sistema de Administración Hospitalaria S.A.C y La Esperanza del Perú S.A. se encuentran relacionadas al Banco de Crédito (BCP), otras subsidiarias de Credicorp y de Pacífico EPS.
93. Sin embargo, durante el desarrollo de la demanda se aprecia que la Sra de la Torre, aborda indistintamente a la EPS, la “Clínica Sanna”, La Esperanza del Perú S.A., Aliada, Sanna el Golf, etc; al relatar el *iter* en el que, a su juicio, transcurrieron los hechos que desencadenaron el incumplimiento invocado.
94. Esta Arbitro Único conviene en expresar, sin que esto se puede entender como adelanto de opinión alguno, que los hechos en los que se sustentan las imputaciones tienen distintos implicados, situación afirmada por la propia demandante y reconocida por la demandada.
95. Coincide esta jurisdicción con lo expresado por La Clínica, en la necesidad de precisar que etapa del proceso de atención médica es imputada a ellos. En su alegato, se afirma que la demandada es La Esperanza del Perú S.A., sin embargo, en el desarrollo de dicho argumento se imputa a “**Sanna** San Borja” como la responsable⁹.
96. Por tanto, se concluye que es necesario aclarar si la demandante pretende que sea (i) La Esperanza del Perú S.A. quien responda por todos los hechos alegados por ella, o (ii) Que sea el conjunto de empresas agrupadas bajo la denominación SANNA, contra quienes dirige su demanda (entre ellas Pacífico Entidad Prestadora de Salud, Sanna El Golf, Aliada, etc.) o (iii) Solo algunos de los hechos relatados son, a juicio de la demanda, responsabilidad de La Clínica.
97. En este sentido, se acoge la excepción de incompetencia por oscuridad y ambigüedad en la forma de proponer la demanda, planteada por la demandada en cuanto a la necesidad de individualizar a las partes que tendrían responsabilidad civil.

⁷ Ver <https://enlinea.indecopi.gob.pe/buscatumarca/#/busqueda-fonetica/1>

⁸ Ver <http://documents.bvl.com.pe/eeff/B60055/20201027175601/NOB600552020TI301.PDF>

⁹ Ver numeral II y su desarrollo en el párrafo 13 de los alegatos del 18 de diciembre de 2020.

Elvira Martínez Coco

98. Corresponde ahora analizar si se requiere precisar la cuantía y tipificación de la demanda. La Sra. de la Torre ha insistido en señalar que su acción es un pedido de indemnización por 1'000,000.00 (un millón de soles). Ha dicho, además, que lo sucedido ha atentado con su integridad y que no puede individualizarla *“porque todo concluye en un daño integral, tanto emocional, psicológico, económico, laboral, familiar y moral”*
99. Asimismo, ha observado esta Árbitro Único que en su demanda se manifiesta que la situación por la que ha atravesado ha generado problemas económicos por un ingreso menor en el centro laboral, además de cambios por menores responsabilidades en su posición profesional.
100. Como se puede observar, los pedidos de Sara de la Torre podrían ser entendidas desde distintos tipos de daño; estos son, daño emergente, lucro cesante y daño a la persona. Tanto la ley aplicable, como la doctrina y jurisprudencia asignan distintos presupuestos para cada uno de ellos, por esta razón, para no alterar el derecho de defensa de la Clínica, se requiere una precisión, sobre si esta pidiendo cada uno de ellos, solo alguno(s) y el monto asociado a dicha imputación.
101. Posteriormente, en su alegato, la Sra. de la Torre expresa que nos encontramos *“contra una deficiente prestación de servicios”* y no ante[s] un proceso civil en el cual podríamos identificar punto por punto[SIC]”.
102. Sobre esta cuestión, es importante expresar que los puntos controvertidos establecidos son:
- i. Determinar si corresponde o no que se declare que la Clínica La Esperanza del Perú SA / Clínica Sanna indemnice por S/. 1 000,000.00 (Un millón y 00/100 soles).
 - ii. Determinar si corresponde o no que la Clínica La Esperanza del Perú SA / Clínica Sanna le otorgue a la demandante un seguro de salud en caso se quede sin trabajo, y en consecuencia sin EPS, con el propósito de responder por el cuidado de sus salud y familia.
103. La presente controversia no es, por tanto, un PAS (Proceso Administrativo Sancionador) para determinar si se habría incumplido alguna(s) norma(s) de derecho administrativo. La pretensión de la Sra. de la Torre, busca reparar un supuesto daño por un alegado incumplimiento del contrato EPS, en particular por un servicio médico no diligente.

Elvira Martínez Coco

104. Esta relación jurídica, la del contrato entre la Sra. de la Torre y la EPS, se rige bajo las reglas del derecho civil, contrario a lo que señala la demandante. Anota este Tribunal que la determinación de una indemnización presupone revisar si alguna (s) obligación (es) han sido inobservadas y como consecuencia de ellas si se ha presentado un daño que debiera ser reparado.
105. Pues bien, para esa determinación la demandante debe cumplir con señalar de qué forma se encuentra compuesto el pedido de 1'000,000.00 (un millón y 00/100 soles), qué porcentaje de este se solicita como daño emergente y/o lucro cesante y/o daño a la persona. El propósito del Tribunal es observar el debido proceso, analizar los medios probatorios que demostrarían si ha existido alguno de estos daños, revisar los elementos que la componen, además del quantum solicitado.
106. Por esta razón, se acoge el pedido solicitado por la Esperanza del Perú S.A. y se solicita que la Sra. de la Torre aclare que tipo de daño es el solicitado, individualizando el mismo en relación con el 1'000,000.00 (un millón y 00/100 soles).
107. De la revisión del Reglamento del Centro, se observa que, si bien se regula la posibilidad de presentar excepciones, no se precisan los efectos de ello. Tomando en cuenta que el tema está regulado en el Código Procesal Civil, como *soft law*, esta Árbitro Único atiende a lo señalado en el artículo 451, numeral 3, que precisa:
- “Suspender el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados en el auto resolutorio y dentro del plazo que éste fije, si se trata de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda”***
108. Además, considerando que el plazo para absolver excepciones es de 15 días, de acuerdo al artículo 14 del Reglamento, se suspende el proceso por un plazo de 15 días hábiles para que la Sra. de la Cruz subsane los defectos señalados.
109. Por esta razón, este Tribunal Arbitral dispone que Sara de la Torre aclare en el plazo de 15 días hábiles (i) Las partes que tendrían responsabilidad civil y su participación en la misma y (ii) Que tipo de daño es el solicitado, individualizando el mismo en relación con el 1'000,000.00 (un millón y 00/100 soles)

Elvira Martínez Coco

XIII. PARTE RESOLUTIVA.-

110. El Tribunal Arbitral Unipersonal deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 37° de la Ley de Arbitraje, y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.
111. Por las razones expuestas, sobre la base de los considerandos glosados en este Laudo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49° y 50° del Decreto Legislativo N° 1071, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO.

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA solicitada por La Esperanza del Perú S.A.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD Y AMBIGÜEDAD EN LA FORMA DE PROPONER LA DEMANDA, solicitada por La Esperanza del Perú S.A. y en consecuencia otorgar un plazo de 15 días hábiles con el fin de que la demandante presente la demanda en la forma solicitada en los considerandos de este laudo parcial.



Elvira Martínez Coco
Árbitra Única.

