

- GONZALEZ HUNT, César: "La necesaria reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones: ¿de la fórmula alternativa entre el Sistema Público y Privado a una relación de complementariedad con prevalencia del Sistema Privado? en: AA.VV. "Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú", Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- GRZETICH LONG, Antonio: "Derecho de la Seguridad Social". Parte General, Volumen 1. Concepto y evolución histórica de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Segunda Edición, 2005.
- SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Yolanda: "Seguridad Social y Constitución", Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- VIDAL BERMÚDEZ, Alvaro y SÁNCHEZ REYES, Christian: "Derecho a la Seguridad Social y Sistema Privado de Pensiones", en: AA.VV.: "Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional", Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006.

## LA PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE ESPECIALIZADO PARA RESOLVER CONTROVERSIAS DEL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

GIULIANA HIGUCHI MATSUDA  
EDUARDO HURTADO ARRIETA  
FRANCISCO MONGE ZEGARRA

### Sumario

I. Introducción. II. Sentencias analizadas. III. Determinación del derecho objeto de la controversia. IV. Disponibilidad de las controversias en materia de SCTR. 4.1. La dificultad de arribar a una definición de "disponibilidad". 4.2 Primera aproximación a un análisis de lo disponible. 4.3. Del análisis de disponibilidad del derecho específico. 4.4. Arbitrabilidad en el ámbito laboral. 4.5. Análisis de la arbitrabilidad de las controversias del SCTR. V. Improcedencia del amparo en controversias del SCTR. 5.1. Existencia de una vía procedimental determinada por norma expresa. 5.2. Las cuestiones litigiosas no pueden tramitarse mediante un amparo. Bibliografía.

### I. INTRODUCCIÓN

En la década de los años noventa el Régimen de la Seguridad Social en el Perú sufrió un cambio radical a partir de la dación de la Ley N° 26790, llamada de la "Modernización de la Seguridad Social". La apertura al sector privado para la prestación de servicios de seguridad social no sólo enriqueció la fisonomía de los agentes que hasta ese momento participaban, sino que indudablemente implicó

una adecuación en la gestión y dinámica de la seguridad social a efectos de poder permitir esta participación mixta, la cual reviste carácter complementario en algunos casos y alternativo en otros.

Como era de esperarse esta adecuación implicó la introducción de nuevas instituciones, mecanismos y regulaciones. En el caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se crea el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), separando la contratación de las coberturas de salud de las meramente económicas, cada una de las cuales a su vez podía ser contratada con el prestador público tradicional o bien con uno privado. El cambio también se extendió a la forma contemplada para resolver las controversias que pudiesen derivarse de este régimen particular, a cuyo efecto se dispuso la utilización obligatoria de los mecanismos arbitrales y conciliatorios administrados por la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud - SEPS.

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la SEPS, desde su instalación en el año 2000, ha tramitado a la fecha cerca de dos millares de casos sólo en temas relacionados con el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, acumulando una rica experiencia en la solución de este tipo de controversias, en base a la cual se ha escogido desarrollar como tema para la presente ponencia, la problemática generada por el cuestionamiento directo o indirecto de la competencia de esta vía.<sup>1</sup>

El presente trabajo partirá de un análisis de la jurisprudencia constitucional que viene siendo utilizada para estos efectos y que ha llegado no sólo al cuestionamiento de la arbitrabilidad de estas materias, sino incluso en algunos casos, al pronunciamiento directo - reconociendo a través de procesos de amparo - prestaciones económicas específicas del seguro complementario de trabajo de riesgo. Estas sentencias alteran la canalización regular de las controversias de SCTR por la vía arbitral según es contemplada en las normas y pactada adicionalmente en los contratos, pero sobre todo, ponen en riesgo la estabilidad del Sistema de SCTR, a través de pronunciamientos que no cuentan con la exigencia probatoria suficiente, en controversias donde este aspecto es fundamental dado su carácter altamente especializado.

<sup>1</sup> De acuerdo a las estadísticas del Centro a Junio de 2006 se han tramitado 2168 expedientes, siendo que en la actualidad el 80% de expedientes corresponden a controversias relacionadas al seguro complementario de trabajo de riesgo.

## II. SENTENCIAS ANALIZADAS

Si bien la tramitación de controversias del SCTR en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la SEPS ha mantenido todo este tiempo un alto volumen de tramitación con una tendencia incluso a un crecimiento importante año a año; a partir del año 2006, se pudo detectar que un grupo de expedientes (todavía pequeño en número y concentrados principalmente en Ica) empezó a intentar mediante procesos de amparo suerte distinta, buscando sobre todo reconocimientos expeditivos que sin la carga de una etapa probatoria y de la mano de la experiencia en el otorgamiento "automático" de pensiones de jubilación vía amparo, pudiese funcionar también en el reconocimiento de las alegadas condiciones de invalidez ocupacional de trabajadores y por ende en el reconocimiento final de una pensión o beneficio económico.

Los argumentos contenidos en los considerandos de las sentencias que substraen esta materia de la tramitación arbitral, hacen referencia al carácter alimentario y por lo tanto indisponible de las prestaciones económicas del SCTR, así como a la procedencia de la vía de amparo para resolver estos temas al tratarse de derechos fundamentales. En el caso de ambos argumentos, las Sentencias que provienen como se dijo principalmente de la Corte Superior de Ica, se sustentan a su vez en dos sentencias del Tribunal Constitucional, que son aquéllas recaídas en el Expediente No. 3746-2004-AA/TC y el Expediente No. 1526-2003-AA/TC, cuyos considerandos vamos a comentar.

La sentencia del Tribunal recaída en el Expediente No. 3746-2004-AA/TC, resuelve el recurso extraordinario planteado contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró fundada la excepción de arbitraje en el proceso de amparo seguido sobre otorgamiento de pensión de invalidez por enfermedad profesional en el marco del seguro complementario de trabajo de riesgo -declarando finalmente de esta forma el Tribunal- infundada dicha excepción y fundada la demanda. Son de particular interés los siguientes fundamentos de dicha sentencia:

"1. En cuanto a la excepción de arbitraje planteada por la emplazada, este Colegiado considera que, tratándose de un derecho de carácter indisponible como lo es el derecho a la salud, ésta debe ser desestimada, conforme lo establecido por el artículo 1° de la Ley General de Arbitraje, Ley No. 26572, por cuanto se invoca la conculcación de un derecho fundamental del cual depende la

subsistencia del accionante, derecho que se encuentra amparado por la Constitución Política del Perú y es interpretado en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Por consiguiente resulta necesario analizar el fondo de la controversia en atención del artículo II del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo, en donde se establece como uno de los fines de los procesos constitucionales la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.”

(...)

“4. Con el Documento Nacional de Identidad del demandante y con el Certificado de Trabajo expedido por Shougang Hierro Perú S.A.A., se acredita que éste tiene actualmente 75 años de edad y que trabajó como Operador I en la Sección Transferencia y Embarque; y con el Informe del Examen Médico Ocupacional expedido por el Ministerio de Salud, de fecha 20 de noviembre de 2001, de fojas 2, se demuestra que adolece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución, por consiguiente, el demandante requiere de atención prioritaria e inmediata.”

(...)

“5. Sin embargo, en el presente caso, al no contar con el porcentaje de incapacidad, el Instituto de Salud Ocupacional “Alberto Hurtado Abadía” deberá determinar el mismo dentro de un plazo razonable, a efecto de establecerse el monto de la prestación a que tenga derecho el recurrente.” [El resaltado es nuestro].<sup>2</sup>

La segunda sentencia del Tribunal que reseñamos, es la recaída en el Expediente No. 1526-2003-AA/TC, que resuelve el recurso extraordinario planteado contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la excepción de arbitraje también en un proceso de amparo sobre otorgamiento de pensión de invalidez por enfermedad profesional en el marco del seguro complementario de trabajo de riesgo. En este caso el Tribunal revoca la sentencia que declara fundada la excepción de arbitraje y declara improcedente la demanda, decisión en relación a la cual resaltamos el siguiente fundamento:

<sup>2</sup> Sentencia del EXP. N.º 3746-2004-AA/TC emitida por El Tribunal Constitucional.

“3. Aunque las consideraciones precedentes conducen a desestimar la demanda, este Colegiado deja establecido que ello se produce sólo en supuesto en que lo aportado resulte insuficiente, requiriéndose por lo tanto, y como sucede en el caso de autos, de una vía procesal distinta que proporcione la actuación de medios adicionales. Queda claro, sin embargo, que el hecho de que se proceda en la forma descrita, no significa que no se pueda acudir a la vía procesal constitucional en los casos en que se afecte derechos fundamentales de la persona. No obstante, deberá acreditarse fehacientemente lo que se afirma y no como ha sucedido en el presente caso, en que lo actuado no ha permitido formar adecuada convicción en el juzgador constitucional.” [El resaltado es nuestro].<sup>3</sup>

A continuación, procederemos a analizar en los siguientes acápite, los temas que entendemos más relevantes de estas sentencias, referidos al tema de arbitrabilidad de materias relacionadas con la seguridad social y en específico con el SCTR, así como procedencia del amparo como vía alternativa y no residual para la tramitación de estas controversias.

### III. DETERMINACIÓN DEL DERECHO OBJETO DE LA CONTROVERSIA

Siendo que la sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre el tema de arbitrabilidad, parte por atribuir un determinado carácter a la controversia sobre otorgamiento de prestaciones económicas del SCTR, en función al cual concluye que es de naturaleza indisponible y por lo tanto no arbitrable; es menester iniciar este análisis tratando de determinar la real naturaleza de este tipo de controversia: ¿se trata del derecho a la salud? ¿es un derecho alimentario del cual depende la subsistencia del trabajador o ex-trabajador? ¿nos encontramos finalmente ante la discusión de un derecho fundamental? ¿la discusión es de índole laboral o está enmarcada en el ámbito contractual de seguros? La respuesta como puede anticiparse no es fácil.

Desde el punto de vista subjetivo del trabajador que reclama un beneficio del SCTR, puede ser inicialmente sencillo ubicar esta discusión dentro del ámbito de

<sup>3</sup> Sentencia del EXP. N.º 1526-2003-AA/TC emitida por El Tribunal Constitucional.

la seguridad social, como parte de las obligaciones laborales del empleador en el tema de seguridad y salud en el trabajo; de hecho esta obligación se perfila a través de la Ley No. 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social, que dispone que el empleador contrate con terceros (bajo una modalidad casi totalmente identificable con un contrato de seguros convencional) coberturas contra los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Cabe destacar, que el tema de seguridad y salud en el trabajo se ha desarrollado en los últimos tiempos, a partir de la tecnificación y flexibilización de las relaciones de trabajo. Si anteriormente la protección del Estado en materia de Seguridad Social se enfocaba a garantizar la seguridad de ingreso después del término de una actividad (una concepción a largo plazo) ahora las prioridades han cambiado y deben responder a la situación presente concreta: la protección de la salud y la compensación por la pérdida de ingresos. Lo anteriormente expuesto significa que la Seguridad Social contiene dos caras que no son opuestas, pero sí se complementan para ofrecer un mayor ámbito de protección.

Siguiendo a Reynaud utilizando una clasificación de Kennan, para entender un concepto de Seguridad Social, tendríamos que distinguir lo siguiente:

“...Seguridad Social de base para las necesidades esenciales y una Seguridad Social para hacer frente a la adversidad. La primera se aplica a la dimensión de carencia y tiene por objeto subsanar la ausencia o insuficiencia de capacidades elementales de acceso a los bienes y servicios permitiendo llevar una vida digna en una sociedad dada (...). La segunda está destinada a proteger contra los riesgos de la existencia (...) y remite a la concepción clásica de la Seguridad Social”<sup>4</sup>.

Ahora bien, no nos basta con establecer una relación genérica entre las controversias del SCTR y el tema de la seguridad social, pues resulta necesario atribuir mayores detalles a este tipo de conflictos, por lo que se procederá a evaluar -si como postula la sentencia del Tribunal Constitucional- se trata además de un derecho alimentario o vinculado a la subsistencia del trabajador.

Sobre el particular cabe decir, en la línea de lo expuesto en párrafos anteriores, que este desarrollo de la seguridad social, no requiere de la probanza

4 Reynaud 2006: 24-25.

de una situación de necesidad (carácter alimentario), porque el sistema delimita los riesgos asegurados y las prestaciones a otorgar. López y Blasco establecen en ese sentido, que “ciertamente no son los riesgos o contingencias los que se aseguran, sino las consecuencias económicas que de esos riesgos se derivan: pérdida de ingresos o exceso de gastos” [el resaltado es nuestro]<sup>5</sup>.

Es así, que el carácter alimentario de un derecho estaría circunscrito en el aspecto de seguridad del ingreso que protege principalmente rubros como: alimentación, salud, vivienda y educación. De otro lado, el SCTR se erige dentro de un sistema de compensación que abarca: enfermedad, accidente de trabajo, maternidad, vejez, fallecimiento, y compensación económica al trabajador por la merma sufrida en su capacidad de trabajo.

Este sentido es confirmado por el propio Tribunal Constitucional en una de sus sentencias, donde establece que el SCTR, o los derechos relacionados a él que se invocan en vía constitucional, no tienen carácter necesariamente alimentario y confirman lo que señala la doctrina española anteriormente citada. Ello se aprecia del proceso de amparo seguido por el señor David Puchuri Flores contra la Oficina de Normalización Provisional sobre renta vitalicia por enfermedad profesional:

“... las prestaciones que otorga el Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990 se financian con los aportes obligatorios de los trabajadores para cubrir las futuras contingencias de su jubilación o invalidez, mientras que las brindadas por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo – antes Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales – provienen del seguro contratado por cuenta y costo del empleador, con la finalidad de cubrir la contingencia de una posible incapacidad laboral por el trabajo en condiciones de riesgo” [el resaltado es nuestro] <sup>6</sup>.

En consecuencia, no es raro encontrar que un ex trabajador – que ha cumplido con los requisitos legales – se encuentre gozando de una pensión de jubilación y posteriormente una indemnización por SCTR<sup>7</sup>. En ese sentido:

5 López y Blasco 2004: 26.

6 Fundamento 8° de la Sentencia recaída en el Exp. N° 1008-2004-AA/TC.

7 Se da mayormente, en el caso de trabajadores mineros que obtienen una indemnización por sufrir de hipoacusia neurosensorial (sordera), al obtener como porcentaje de menoscabo entre el 20% y 50%. Igualmente hay trabajadores que teniendo calidad de trabajadores regulares perciben una indemnización.

“Dado que las prestaciones se financian con fuentes distintas e independientes y se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes, se concluye que el riesgo de jubilación cubierto por el Sistema Nacional de Pensiones y los otros regímenes previsionales especiales concordantes con éste, es independiente del riesgo de invalidez por incapacidad laboral producida por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, regulada actualmente por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo Obligatorio, al punto tal que no es incompatible percibir simultáneamente una pensión de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones y una pensión vitalicia (antes renta vitalicia) del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo”<sup>8</sup>.

Una categorización absoluta del SCTR como derecho alimentario no podría resistir aquellos casos en que conforme a la legislación vigente, es factible percibir una pensión de jubilación y una indemnización o pensión por invalidez del SCTR, pues ello implicaría que el trabajador tuviese que optar por uno de estos dos beneficios, y que en caso de escogerse el del SCTR (en atención a su supuesto carácter alimentario), podría implicar dejar de lado la pensión que importa el pago de una cantidad determinada por el número de años aportados y que se mantiene en el tiempo.<sup>9</sup>

En virtud de lo expuesto, podemos establecer que los derechos vinculados al SCTR, se encuentran enmarcados dentro del derecho a la seguridad social y en ese sentido aunque referidos a un aspecto de salud de los trabajadores, su vinculación a este último derecho es más indirecta y genérica. Asimismo, y ya dentro del ámbito de la seguridad social, podemos catalogarlo como un derecho compensatorio a favor del trabajador (en el caso de las prestaciones económicas) y por lo tanto ajeno a una naturaleza alimentaria.

Finalmente, a efectos de culminar con este análisis luego de haber identificado la naturaleza del derecho involucrado desde una perspectiva subjetiva del trabajador, es menester contrastarlo a su vez con la perspectiva subjetiva de la contraparte de estas controversias del SCTR, y así delimitar claramente el derecho específico controvertido.

Es en este punto en particular, que se constata que la contraparte en este tipo de controversias no es el empleador, sino exclusivamente un asegurador, quien está demás decirlo, no es responsable del tema de seguridad y salud del trabajador, alejándose por lo mismo del ámbito de una relación laboral estrictamente hablando y acercándose más a una reclamación por la ejecución de un instrumento de seguro conforme a la legislación de la materia y las condiciones contratadas, aspectos concretos que constituyen su única responsabilidad.

Ahora bien, aún cuando el derecho específico en discusión en las controversias sobre el otorgamiento de prestaciones económicas del SCTR, se circunscribe en estricto al derecho de un beneficiario de una cobertura de seguro frente a su asegurador, en cuyo ámbito se discutirá de ser el caso, la calificación y liquidación del mismo conforme a las reglas vigentes; consideramos que no es factible abstraerlo totalmente de las claras implicancias y vinculaciones que la ejecución de este negocio tiene en el campo inmediato de la seguridad social, en tanto derecho compensatorio del trabajador y como parte de las obligaciones del empleador en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, así como finalmente y de forma más mediata vinculado también con el derecho a la salud del trabajador y de cualquier ciudadano en general.

#### IV. DISPONIBILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS DEL SCTR

Habiendo hecho un esfuerzo por determinar concretamente las controversias objeto de análisis, los derechos específicos sobre los que giran los conflictos del SCTR, así como finalmente los temas o materias con los que estos se encuentran vinculados, pasaremos en el presente acápite a determinar si éstos constituyen como pretende la sentencia del Tribunal Constitucional reseñada, materias no disponibles y por lo tanto no arbitrables.

Como es por todos conocido, a través del arbitraje un tercero imparcial emite un veredicto sobre las pretensiones controvertidas que le son sometidas por dos o más partes<sup>10</sup>. Estas materias controvertidas, como señala la Ley General de Arbitraje, en su artículo 1º, serán las que las partes decidan, determinadas o determinables, y bajo la condición que sean de libre disposición de las partes que las someten.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Fundamento 9º de la Sentencia recaída en el Exp. N° 1008-2004-AA/TC.

<sup>9</sup> En el Régimen Minero que constituye el grueso de controversias del SCTR, un trabajador puede recibir una pensión por jubilación minera anticipada y a la vez un beneficio económico por SCTR (pensión o indemnización).

<sup>10</sup> Caivano 2006.

<sup>11</sup> Art. 1 Ley General de Arbitraje - N° 26572.

Tal dispositivo común en la mayoría de normas que regulan el arbitraje, cumple la finalidad de prevenir el sometimiento a arbitraje de cuestiones que deben ser únicamente resueltas por un juez natural (Jurisdicción del Estado, en tanto resulta imprescindible que estén vigiladas bajo su imperium). En ese sentido, el 1° de la Ley General de Arbitraje opta como fórmula, el señalar expresamente aquellas materias sobre las que no se podrá, someter a arbitraje: las que versan sobre la capacidad de las personas, resoluciones judiciales firmes, delitos o faltas, afecten el orden público, o tengan que ver con atribuciones o funciones del Estado.

Si bien se podría propugnar que la fórmula del artículo 1° de la Ley General de Arbitraje, opta por establecer una enumeración expresa y cerrada de las controversias que se consideran “no disponibles”, también podría interpretarse que el carácter de disponibilidad de las controversias constituye una condición esencial aplicable a cualquier caso, y que la enumeración del art. 1° corresponde a supuestos respecto a las cuales el Estado limita directamente su arbitrabilidad, sin entrar necesariamente a una evaluación de la disponibilidad de la controversia.

En cualquier caso, y sobre todo teniendo en cuenta el análisis que se está desarrollando de las sentencias del Tribunal Constitucional, resulta esencial definir qué se entiende por controversia disponible o no disponible, y aquí nuevamente nos enfrentamos ante un tema igual de complejo.

#### 4.1. La dificultad de arribar a una definición de “disponibilidad”.

La mayoría de autores coincide en señalar la enorme dificultad al momento de tratar la disponibilidad como requisito de arbitrabilidad, y lograr resultados concluyentes. Así lo apunta por ejemplo Silvia Gaspar Lera:

“Mas lo cierto es que ningún texto jurídico ofrece una definición del contenido de la libertad de disposición; y los intentos doctrinales dirigidos a tal fin remiten a nociones como “la autonomía de la voluntad”, o “el orden público”, incurriendo en un círculo tautológico que nada aclara.”<sup>12</sup>

12 Gaspar Lera 1998: 89.

La citada autora incluso llega a cuestionar la validez de dicha fórmula, cuando menciona más adelante:

“Así pues cabe afirmar que la abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta determinante en las expectativas de operatividad que pudieran depositarse en esta institución.”<sup>13</sup>

Por su parte, Pilar Perales Viscasillas ante esta situación apunta a un sistema que no tome como referencia un concepto tan vago como el de disponibilidad, contemplando en su lugar una aproximación más liberal y abierta a lo arbitrable:

“En ese sentido, quizá habría sido más conveniente abandonar el criterio de la libre disposición y adoptar un enfoque diverso, similar a los países anglosajones, donde no se prevén límites a la arbitrabilidad, sino que partiendo del principio general de la libre arbitrabilidad de las materias, se establecen puntuales excepciones en las que orden público limita la arbitrabilidad del derecho.”<sup>14</sup>

#### 4.2. Primera aproximación a un análisis de lo disponible

Siendo que la mayoría de legislaciones de arbitraje recurre como se dijo, a la utilización del término “disponibilidad” para la definición de lo arbitrable, la doctrina se ha abocado también – más allá de las críticas – a tratar de establecer ciertas pautas que permitan resolver el dilema de su definición.

Un primer presupuesto sobre el que se trabaja, es el descartar todo enfoque de disponibilidad a nivel de “materias” por considerarlo inadecuado para estos efectos, en la medida que las materias en sí no son disponibles ni indisponibles de forma absoluta.<sup>15</sup>

Así lo señala también Silvia Gaspar Lera:

13 Gaspar Lera 1998: 89.  
14 Perales Viscasillas 2005: 130.  
15 Montero Aroca 2004: 116  
16 Gaspar Lera 1998: 89.

“La disponibilidad como pauta determinante de la arbitrabilidad no ha de referirse a una materia, sino a concretos derechos de los que una persona es titular.”<sup>16</sup>

Este enfoque esencial reviste desde nuestro punto de vista total sentido a la hora de evaluar la arbitrabilidad en función a la disponibilidad, toda vez que finalmente cualquier controversia puede ser susceptible de ser enmarcada o vinculada a determinadas “materias” que por su naturaleza podrían llevarnos a excluirla de forma absurda y absoluta del ámbito de lo arbitrable, hay que tener en cuenta que gran parte de los actos de nuestra vida por no decir todos pueden vincularse en mayor o menor medida al ejercicio de un derecho fundamental y por ende a una “materia indisponible”.

El error común de hablar de “materias disponibles” no nace de la redacción del art. 1º de Ley General de Arbitraje, pues ésta es muy clara al utilizar el término “controversias disponibles”, que sí nos lleva a evaluar -como apunta Silvia Gaspar- la arbitrabilidad de los derechos específicos.

Este equívoco se puede apreciar no sólo en la sentencia del Tribunal objeto de análisis, cuando identifica la controversia específica con la materia general referida al derecho a la salud, sino que también se constata de forma más evidente en otras sentencias del Tribunal:

“Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible” [El resaltado es nuestro].<sup>17</sup>

En este estado, una vez establecido el nivel en el que corresponde evaluar la disponibilidad de una controversia (a nivel de derechos específicos involucrados), resta más bien plantear los criterios que ayudan a una evaluación que permita establecer que éstos cumplen con un carácter de disponibilidad.

#### 4.3. Del análisis de disponibilidad del derecho específico

En relación a este tema la doctrina arbitral propone un análisis de la arbitrabilidad a partir de la determinación de la libre disponibilidad tanto del

17 Sentencia del EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC emitida por El Tribunal Constitucional

derecho material como del jurisdiccional, teniendo en cuenta el criterio del legislador respecto a la libre disponibilidad en un momento determinado; pero quizás uno de los aspectos más interesantes desde nuestra perspectiva, es el mecanismo de análisis que se establece en aquellos casos en que las materias de libre disposición se encuentran ligadas a otras de naturaleza inarbitrable. Este tema es de particular importancia en el caso que analizamos, pues como apuntamos en acápite anteriores, si bien los derechos objeto de controversia pueden concretarse en el ámbito de lo que es una liquidación de un instrumento de seguros, son innegables también sus vinculaciones con otros derechos vinculados a la seguridad social o derechos a la salud si se quiere.

En ese sentido, nos permite establecer claramente que el vínculo de una materia arbitrable con otra de naturaleza inarbitrable no determina per se que la primera lo sea también. Esto se puede desprender claramente en aquellos casos en que las materias son claramente separables, (cada una puede seguir su suerte en la vía correspondiente). El tema se vuelve más complejo cuando se trata de dos materias inseparables y una de ellas es de naturaleza inarbitrable, así lo plantea Pilar Perales:

“Se producirá así una absorción de la materia inarbitrable en la arbitrable, quedando ambas sometidas al juicio arbitral; solución que lógicamente también ha de entenderse aplicable al caso de que ambas materias fuesen separables. Desde luego, y en relación a las materias inseparables, ello será así cuando la materia inarbitrable que se ha de enjuiciar es secundaria o accidental al núcleo de la controversia; situaciones en las que la decisión de los árbitros no prejuzgaría la que pudiese darse ante el juez competente.”<sup>18</sup>

Para Montero Aroca -aunque siguiendo esta misma línea-, el tema es un poco más sencillo, pues plantea que incluso no es necesario un pronunciamiento sobre la disponibilidad en el caso de cada derecho específico, sino que mas bien debe valorarse si verdaderamente responde a una calidad de derecho subjetivo y en tanto tal merecer automáticamente la posibilidad de ser arbitrable:

18 Perales Viscosillas 2005: 143-144.

19 Montero Aroca 2004: 116-117

“Estimamos que no cabe hacer una lista cerrada de derechos subjetivos privados que sean disponibles, sino decir que cuando se está ante un verdadero derecho subjetivo siempre es disponible, mientras que cuando no existe la disponibilidad es porque no se trata realmente de verdaderos derechos subjetivos, sino que se está ante situaciones jurídicas que no comportan la atribución de derechos.”<sup>19</sup>

Finalmente, cabe señalar un aspecto resaltado por Pilar Perales Viscosillas y que si bien se enmarca dentro de los criterios antes señalados, resulta particularmente ilustrativo sobre todo en materias como las laborales donde existe gran cantidad de derechos que revisten el carácter de irrenunciables, y que podrían confundirse con derechos no disponibles. En relación a dicho particular, Perales Viscosillas advierte lo siguiente:

“En nuestra opinión que un derecho sea irrenunciable, lo que significa es que el ordenamiento jurídico no permite que se pueda hacer dejación del mismo; no se puede, en consecuencia, en aras, precisamente del orden público o el interés general, que las partes o la parte afectada por el mismo desista de un derecho al que el ordenamiento jurídico reviste de la nota de la irrenunciabilidad. (.....). Pero esta imposibilidad de renuncia que, como se observa se enlaza con el derecho y su contenido material, no tiene nada que ver con el posible sometimiento de ese mismo derecho –cuyo contenido eso sí es irrenunciable– a arbitraje. De esta forma, el arbitraje podría ser el medio que controlaría, incluso, la validez o invalidez de una posible renuncia en el contrato principal a dicho derecho, y, pos supuesto, el medio conforme al cual se juzgaría el modo de su ejercicio por las partes.”<sup>20</sup>

A continuación y antes de entrar a analizar las controversias del SCTR a la luz de estos criterios, resulta ilustrativo y referencial el análisis con el que se ha abordado el arbitraje en el ámbito laboral, más allá del ámbito colectivo, y particularmente en el de los conflictos individuales de trabajo. Cabe destacar, que

20 Perales Viscosillas 2005: 143-144.

este sometimiento también ha sido objeto de cuestionamientos judiciales en el Perú en cuanto a su arbitrabilidad.

#### 4.4. Arbitrabilidad en el ámbito laboral

El enfoque hacia el análisis de la arbitrabilidad de los derechos laborales específicos no tiene por qué utilizar criterios distintos a los señalados en párrafos anteriores, existiendo consenso en que el arbitraje relacionado al ámbito laboral no es en todos los casos inarbitrable. Esta idea la reafirma Ana María Chocrón Giradles desde la legislación española:

“Así se nos plantea una cuestión importante: cuándo una materia de esta índole puede ser objeto de arbitraje y cuándo no; más puntualmente, en qué casos el arbitraje previsto en la actual legislación – Ley 36/88 – puede ser de aplicación a determinadas controversias laborales. A este planteamiento responde Muñoz Sabaté que proponía atender a la teoría del llamado “elemento preponderante” para juzgar si una materia indisponible inseparablemente unida a otra materia libre impide o no el arbitraje.”<sup>21</sup>

Este consenso lo apunta también Mario Garmendia Arigón, y aunque es crítico del arbitraje aplicado al campo de los conflictos individuales de trabajo (específicamente referida a la legislación uruguaya), adscribiéndose a posiciones como las de Ermida y Pla Rodríguez que señalan la inconveniencia del arbitraje en el ámbito laboral, no puede dejar de admitir finalmente la licitud jurídica en sí a la luz de las doctrinas modernas, de la aplicación de este mecanismo alternativo al ámbito laboral:

“Es menester dejar aclarado que nuestra posición no implica sostener que el arbitraje, considerado en abstracto, sea un mecanismo improcedente para la solución de conflictos jurídicos individuales de trabajo. Simplemente nos hemos limitado a analizar las incompatibilidades que presenta con relación a nuestra materia

21 Chocrón Giradles 2000: 31.



(y especialmente en lo que tienen relación con los conflictos individuales de derecho) el proceso arbitral tal como ha sido regulado por el CGP.<sup>22</sup>

En el caso de Perú, Luis Vinatea refuerza también el argumento que distingue un derecho irrenunciable de un derecho indisponible, para establecer la licitud del derecho al sometimiento a arbitraje en conflictos laborales.<sup>23</sup>

#### 4.5. Análisis de la arbitrabilidad de las controversias del SCTR

En el caso de las controversias del SCTR objeto de análisis, resulta hasta cierto punto claro establecer a la luz de lo expuesto, que las pretensiones de las partes sometidas a arbitraje que tienen que ver con la ejecución de un instrumento de seguro, a través de la calificación de una condición de invalidez y subsecuente otorgamiento de beneficio; constituyen por un lado, pretensiones totalmente separables del derecho a la seguridad social y la salud (aunque sin negar sus vinculaciones), en la medida que estos derechos ni se agotan ni se ven afectados en caso fallen los instrumentos de seguro contratado.

Por otro lado, aún en un escenario donde se considere que no son separables los temas de las pólizas de SCTR y el derecho a la seguridad social, siempre bajo un análisis del elemento preponderante, pueden considerarse arbitrables estas controversias, en tanto se refieran a aspectos instrumentales que no conllevan per se la afectación o el cuestionamiento de otros derechos indisponibles e irrenunciables, determinando así su relevancia secundaria en estos casos.

Finalmente, los derechos involucrados en las controversias del SCTR, también cumplen con la categoría de derechos subjetivos cuya titularidad conlleva una clara disposición de los mismos, conforme describe Montero Aroca, pues resulta claro que la ejecución del instrumento de seguro contratado a favor del trabajador no requiere de pronunciamiento judicial alguno, estando en todo momento las partes aptas para convenir con las calificaciones de invalidez y liquidaciones que se practiquen por la vía directa.

22 Garmendia Arigón 1999: 618.

23 Vinatea Recoba (2005): 374.

#### V. IMPROCEDENCIA DEL AMPARO EN CONTROVERSIAS DEL SCTR

En este acápite abordaremos finalmente el argumento resaltado en la segunda sentencia del Tribunal Constitucional, referido a la procedencia tramitar regularmente vía procesos de amparo, controversias relacionadas con el SCTR, en calidad de vía alternativa y no residual como correspondería.

##### 5.1. Existencia de una vía procedimental determinada por norma expresa

El artículo 9° del D.S. N° 003-98-SA consigna claramente la forma de resolver las controversias en materia del SCTR:

“La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y arbitraje a que se refieren los artículos 90° y 91° del D.S. N° 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del D.S. N° 006-97-SA conforme al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en la que se encuentren involucrados los intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, ESSALUD, OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS”.<sup>24</sup>

Como bien se puede apreciar, el proceso estaría predeterminado por una norma legal en la cual se plasma la voluntad del legislador a someter a arbitraje las controversias en materia de SCTR, cosa totalmente posible en nuestro ordenamiento jurídico donde el arbitraje goza del reconocimiento por parte de la Constitución como una jurisdicción privada y de carácter excepcional. En todo caso, de pretenderse otra vía como la del amparo, el demandante tendrá que demostrar objetiva y fehaciente que el arbitraje no es idóneo o sustentar el carácter de urgente para que el juez proceda a admitir la demanda de amparo<sup>25</sup>.

24 Art. 9° del D.S. N° 003-98-SA.

25 Castillo 2006: 750-751. Si bien el autor en relación a este tema se refiere al proceso laboral, creemos que su razonamiento es válidamente aplicable a la jurisdicción arbitral y al tema que nos ocupa.

## 5.2. Las cuestiones litigiosas no pueden tramitarse mediante un amparo

Los trabajadores o ex trabajadores, que presentan sus demandas de amparo para el otorgamiento de prestaciones económicas del SCTR, anexan documentos y certificados médicos que acreditarían su supuesta condición de invalidez; sin embargo, estos documentos no contienen ni pueden contener el grado de menoscabo.<sup>26</sup> Dicha información resulta un requisito fundamental para determinar el tipo de prestación y el monto de la misma. Como señala Castillo:

“El amparo no es una vía que puede ser empleada ante el ataque de cualquier derecho, sólo protege derechos constitucionales, más precisamente, el contenido constitucional de los derechos”<sup>27</sup>.

De acuerdo a esta idea, se infiere que no sólo es tarea de las partes señalar el contenido constitucionalmente protegido del derecho reclamado, sino también ofrecer las pruebas que se dirijan a causar convicción al juez y así ver amparada su demanda. En la medida que en estos casos, las pruebas nunca van a poder alcanzar esa efectividad por no corresponder a las instancias establecidas de evaluación y adolecer del porcentaje de menoscabo ocupacional requerido, el proceso de amparo siempre va a devenir en improcedente, a menos claro que a pesar de ello se aventure un pronunciamiento como en el caso de una de las sentencias del Tribunal analizadas, donde reconocen una enfermedad profesional a un trabajador en función a un dudoso certificado médico que no se condice con el tipo de labor realizada y los riesgos a los que estuvo expuesto. Dicho reconocimiento finalmente, es además imposible de ejecutar por cuanto al no contar con porcentaje de menoscabo se ordena que éste sea asignado por un ente que no es competente para ello.

Estos pronunciamientos sobre el fondo de la materia, hasta el momento no son tan numerosos y se restringen principalmente a las Cortes Superiores, predominando más bien hasta el momento, según tenemos conocimiento, aquellas sentencias en las que si bien se declara infundada la excepción de arbitraje, se declara finalmente improcedente las demandas en tanto existen temas probatorios pendientes, ordenando encausar el asunto por la vía

<sup>26</sup> El grado de invalidez es necesario para la liquidación de la prestación económica y se establece a través de instancias de evaluación predeterminadas en las normas técnicas, utilizando criterios de calificación que difieren totalmente de cualquier otro utilizado para calificar una invalidez general.

<sup>27</sup> Castillo 2006: 865.

procedente, lo cual irónicamente termina siendo la vía arbitral (ya que es muy poco probable que ante este panorama escojan el Poder Judicial).

Finalmente, sólo nos queda reafirmarnos en el reconocimiento del arbitraje como vía idónea, no sólo desde un punto de vista legal, sino también en atención sobre todo a criterios de especialidad y celeridad en la resolución de este tipo de controversias del SCTR, que se reflejen en un respeto de los fueros y vías jurisdiccionales pre establecidos, de manera que no se altere el funcionamiento del SCTR y por ende de todo el Sistema de Seguridad Social.

## BIBLIOGRAFÍA

- CAIVANO, Roque. “El Arbitraje: Nociones Introductorias”. En <http://www.derecho-comercial.com>, página consultada el 17 de setiembre de 2006.
- CASTILLO, Luis: Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima: Ara Editores – Universidad de Piura, 2004.
- CHOCRON GIRALDEZ, Ana María: Los principios procesales en el arbitraje. Barcelona: Bosch, 2000.
- GARMENDIA ARIGÓN, Mario. “Arbitraje y acceso a la justicia del trabajo”. En: Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales. Tomo XLII, N° 195 (1999), pp. 592-620.
- GASPAS LERA, Silvia: El ámbito de aplicación del arbitraje. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- LÓPEZ, Juan y José Francisco BLASCO. Curso de Prevención de Riesgos Laborales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- MONTERO AROCA, Juan y otros. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 diciembre). Madrid: Civitas, 2004.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar: Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario. Navarra: Thompson Aranzadi, 2005.
- REYNAUD, Emmanuel: “Seguridad Social para todos: balance de la situación y retos a nivel mundial”. En: Relaciones Laborales, N° 15-16, año XXII (agosto 2006), pp. 13-41.
- VINATEA RECOBA, Luis y SALVADOR VARGAS Alfredo Luis: La posibilidad de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido de una relación individual de trabajo, en: Aportes para la reforma del proceso laboral peruano. -- Lima : Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2005. p. 365-374.