

IX EDICIÓN
CONCURSO INTERUNIVERSITARIO DE ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL

ESCRITO PARTE ACTORA

Equipo No. 9

ÍNDICE

I.	La cláusula arbitral aplicable es la contenida en el Contrato PPS.....	1
II.	Derecho aplicable.....	2
III.	El Tribunal Arbitral es competente.....	3
	A. La arbitrabilidad se debe juzgar en el momento en que surgió la obligación de arbitrar	
	B. La materia de la controversia es arbitrable al no ser un área expresamente prohibida y estar permitido al Ministerio de Salud pactar la cláusula arbitral del Contrato PPS	
	C. La obligación de arbitrar para el Ministerio de Salud es un derecho adquirido para SEMAC	
IV.	La rescisión administrativa del Contrato PPS fue indebida.....	5
	A. SEMAC cumplió el Contrato PPS	
	a. La propagación de la bacteria se dio por razones ajenas a la esfera de obligaciones de SEMAC	
	b. La propagación de la bacteria no es totalmente evitable	
	B. SEMAC no es responsable por la muerte de los pacientes.....	7
	a. La infección por la bacteria sólo es condición necesaria pero no suficiente para que ocurra la muerte los pacientes	
	b. Existen elementos para tener una duda fundada de que SEMAC fue responsable	
V.	La pena convencional fue indebidamente ejecutada.....	8
	A. SEMAC cumplió el Contrato PPS	
	B. El Ministerio de Salud incumplió con la orden procesal del Árbitro de Urgencia	
VI.	SEMAC debe ser indemnizado por daño moral.....	9
VII.	El Ministerio de Salud cometió hechos ilícitos que provocaron daño moral	
	A. SEMAC es sujeto de daños	
	B. Daño moral causado	
	C. Factores que deben tomarse en cuenta para cuantificar el daño	
VIII.	Debe indemnizarse a SEMAC por los daños y perjuicios provocados por la indebida rescisión del Contrato PPS y la indebida ejecución de la carta de crédito.....	11
	A. La rescisión del Contrato PPS causó daños y perjuicios	
	B. La indebida ejecución de la carta de crédito causó daños	
IX.	Debe condenarse a la parte demandada al pago de los gastos y costas derivadas del presente juicio arbitral.....	12

DEFINICIONES

Para efectos del escrito, se entenderá por:

Acuerdo de Entendimiento	Acuerdo celebrado entre el Ministerio de Salud y SEMAC el 3 de julio de 2009.
Código Civil	Código Civil Federal
Contrato PPS	Contrato de servicios a largo plazo derivado de la realización de un proyecto para prestación de servicios, celebrado entre el Ministerio de Salud y SEMAC el día 1 de enero de 2003 en la Capital Federal de Urania.
Ley de Obras	Ley de obras y servicios relacionados con las mismas vigente en el momento de celebración del Contrato PPS.
Parte Demandada	Ministerio de Salud de Urania.
Personas que laboran en el Hospital	Personal médico proporcionada por el Ministerio de Salud y trabajadores de SEMAC.
Reglas de la IBA	Reglas de la International Bar Association.
SEMAC	La sociedad denominada SEMAC, S.A. de C.V., parte actora en este procedimiento.
§	Párrafo

REFERENCIAS

Referencias Bibliográficas

- Azar, *et al* Cecilia Azar, Sofía Gómez, Elsa Ortega, *LEY MEXICANA DE ARBITRAJE EN MATERIA COMERCIAL: Análisis y Comentarios al Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio*, Themis, México, 2009
- Bejarano Manuel Bejarano Sánchez, *Obligaciones civiles*, Oxford University Press, México, 2007
- De la Peza José Luis De la Peza, *De las obligaciones*, Porrúa, México, 2004
- Gaillard, *et al* Emmanuel Gaillard, John Savage *Fouchard, Gaillard, Goldman, International Commercial Arbitration*, Kluwer Law, Den Haag, 1999
- González Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2008
- Hohfeld W.N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 2001
- Pereznieto, *et al* Leonel Pereznieto, Graham, James A. *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*, Limusa, México, 2009
- Jurisprudencia 6/2005 Tesis de Jurisprudencia 1a/J. 6/2005 emitida por la primera sala de la Suprema Corte de la Nación visible en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo:XXI, abril de 2005, P.155

Referencias Electrónicas

Cabrera, *et al*

Cristina Cabrera, Rommel Gómez, Andrés Zúñiga, *La resistencia de bacterias a antibióticos, antisépticos y desinfectantes una manifestación de los mecanismos de supervivencia y adaptación*, Disponible en: <http://colombiamedica.univalle.edu.co/Vol38No2/html/v38n2a7.html> (Consulta: 22 de noviembre de 2009)

Gómez

Ildelfonso Téllez Gómez, *Infecciones por Pseudomonas aeruginosa*, Disponible en: <http://www.mediks.com/saludyvida/ninos/articulo.php?id=2564> (Consulta: 25 de noviembre de 2009)

Iversen *et al*

Bjorn G Iversen, Bjrn Hofmann, Preben Aavitsland, *Questions on causality and responsibility arising from an outbreak of Pseudomonas aeruginosa infections in Norway*, Disponible en: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2585074/#B17> (Consulta: 25 de noviembre de 2009)

Stella

Stella Maimone, *Pseudomonas Aeruginosa*, Disponible en: <http://www.codeinep.org/control/pseudomonasaeruginosa.htm> (Consulta: 27 de noviembre de 2009)

Sammer

Samer, Qarah, *Pseudomonas Aeruginosa Infections*, Disponible en: <http://emedicine.medscape.com/article/226748-overview> (Consulta: 25 de noviembre de 2009)

Soberón

Gloria Soberón, *Pseudomonas aeruginosa*, Disponible en: http://www.microbiologia.org.mx/microbiosenlinea/CAPITULO_06/Capitulo06.pdf (Consulta: 18 de noviembre de 2009)

1. En cumplimiento a la Orden Procesal No. 1, en el presente escrito se precisa la posición de SEMAC respecto de: A) la cláusula arbitral y el derecho aplicable en este caso; B) la competencia del Tribunal Arbitral para conocer de la presente controversia; C) la indebida rescisión administrativa del Contrato PPS; D) la indebida ejecución de la pena convencional; E) la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la indebida rescisión y la ilegal ejecución de la pena convencional; F) la indemnización por daño moral; y G) el pago de gastos y costas.

I. La cláusula arbitral aplicable es la contenida en el Contrato PPS

2. Este Tribunal Arbitral advertirá la existencia de dos acuerdos arbitrales: (i) el pacto arbitral contenido en la cláusula vigésima octava del Contrato PPS; y (ii) el compromiso arbitral contenido en la cláusula sexta del Acuerdo de Entendimiento. No obstante, el origen y fundamento del presente arbitraje es el acuerdo arbitral pactado en el Contrato PPS, pues de dicho acuerdo surge la obligación de arbitrar *todas* las desavenencias derivadas del Contrato PPS, mientras que el compromiso arbitral contenido en el Acuerdo de Entendimiento únicamente reitera la obligación y la modifica secundariamente, sin que se configure una novación de la obligación de arbitrar.

3. La obligación de arbitrar *todas* las desavenencias que se deriven del Contrato PPS, incluyendo la rescisión administrativa del mismo, surge desde el momento en que dicho pacto se celebró, a saber, el 1 de enero de 2003 [*Agenda del Caso, II, §2*]. Dicha obligación es reiterada y modificada no sustancialmente por el compromiso arbitral contenido en el Acuerdo de Entendimiento, sin que ello implique una novación, pues para que dicha figura exista se requieren 4 elementos: (i) la existencia de una obligación anterior y legítima; (ii) la creación de una nueva obligación; (iii) la incorporación de un elemento esencial nuevo; y (iv) *animus novandi* [*Artículos 2213-220 Código Civil; De la Peza, pp. 35 y ss; Bejarano pp.353 y ss.*].

4. En el caso que nos ocupa, no hay presencia de *animus novandi*, es decir, no se manifiesta de manera *expresa* la voluntad de las partes de que el compromiso arbitral contenido en el Acuerdo de Entendimiento extinga la obligación de arbitrar contenida en la cláusula arbitral del Contrato PPS, requisito que exige el artículo 2215 del Código Civil. En este sentido el Tribunal Arbitral debe recordar que “la novación nunca se

presume, debe constar expresamente”; por lo que no puede considerarse que en el presente caso existió una novación de la obligación de arbitrar.

5. En este sentido, debe entenderse que el Acuerdo de Entendimiento: (i) hace referencia a las desavenencias derivadas del Contrato PPS, dentro de las cuales se encuentra la rescisión administrativa del mismo; (ii) introduce una condición suspensiva a la obligación de arbitrar pactada en el Contrato PPS, al establecer el plazo de un mes a partir de la celebración del Acuerdo de Entendimiento para resolver de manera definitiva las desavenencias y, en caso de no resolverse en dicho plazo, que las mismas serán resueltas por arbitraje; (iii) reconoce de manera implícita la aplicación de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México vigentes a la fecha de celebración del Acuerdo de Entendimiento, es decir, las vigentes al 3 de julio de 2009.

6. En suma, debe entenderse que el punto de partida del presente arbitraje, así como el fundamento de la competencia y actuación del Tribunal Arbitral, tienen su origen en los términos de la cláusula arbitral del Contrato PPS, no obstante las modificaciones secundarias obtenidas de la celebración del Acuerdo de Entendimiento.

II. Derecho aplicable

7. En virtud de lo dicho en la sección anterior, el derecho arbitral, el derecho sustantivo y el reglamento arbitral que rigen en el presente caso deben ser determinados a la luz de la cláusula vigésima octava del Contrato PPS, tomando en cuenta las modificaciones del Acuerdo de Entendimiento.

8. El derecho arbitral aplicable “regula el acuerdo arbitral, la composición y competencia del tribunal arbitral, el procedimiento arbitral y la asistencia judicial estatal al mismo, el laudo y sus requisitos, los recursos disponibles ante el laudo, y la forma de reconocer y ejecutar el laudo” [González, p. 210]. En el presente caso, el derecho arbitral es el de Urania, ya que las partes determinaron como sede del arbitraje la Capital Federal de Urania. [Agenda del Caso; III, Vigésima Octava, cfr. Azar, et al, p.72]

9. El derecho sustantivo, el cual rige el fondo de la controversia, es el derecho de Urania por pacto expreso entre las partes [Agenda del Caso, III, Vigésima Octava].

10. Por último, el reglamento arbitral lo constituyen las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México vigentes al 1 de julio de 2009, pues el compromiso arbitral contenido en el Acuerdo de Entendimiento las acepta implícitamente.

III. El tribunal arbitral es competente

11. De acuerdo con el principio *competence-competence* que reconoce el artículo 1432 del Código de Comercio, corresponde a este Tribunal Arbitral decidir sobre su propia competencia [*Gaillard, et al pp. 365 y ss.*]. Este Tribunal es competente para resolver el presente caso, ya que (i) su actuación encuentra fundamento en el pacto de las partes contenido en la cláusula arbitral aplicable; (ii) al momento de surgir la obligación de arbitrar, la rescisión administrativa del Contrato PPS no era una materia expresamente excluida del ámbito arbitrable y existía una permisión para que el Ministerio de Salud pactara el arbitraje.

12. En el Contrato PPS el Ministerio de Salud y SEMAC acordaron someter a un proceso arbitral *todas* las desavenencias derivadas del Contrato PPS [*Agenda del Caso, III, Vigésima Octava*]. Habiéndose derivado la presente desavenencia de un supuesto incumplimiento de una obligación pactada en el Contrato PPS, es evidente que ésta cae dentro del ámbito de validez material de la cláusula citada. A pesar de lo anterior, el Ministerio de Salud manifiesta en su contestación de demanda que la rescisión administrativa y la aplicación de la pena convencional no son arbitrables conforme al derecho de Urania. Lo anterior carece de fundamento si se toma en cuenta que cuando surgió la obligación de arbitrar, es decir, el momento en que se pactó la cláusula arbitral contenida en el Contrato PPS, tanto la rescisión administrativa como la aplicación de la pena convencional eran materias arbitrables.

13. En efecto, tanto la rescisión administrativa como la aplicación de la pena convencional son temas arbitrables al no ser un área expresamente excluida en la legislación de Urania y al existir la permisión para que el Ministerio de Salud celebrara un compromiso arbitral en el momento en el que surgió la obligación de someter a arbitraje *todas* las desavenencias derivadas del Contrato PPS. La Ley de Obras vigente al 1 de enero de 2003, señalaba en el párrafo segundo de su artículo 15 que podría “convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que determine la Contraloría mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial”. De lo anterior se entiende que existe una anuencia para que el Ministerio de Salud pactara la cláusula arbitral en el Contrato PPS, sujeta a la revisión de las reglas y opinión en mención. De los hechos del caso, se aprecia que tal opinión sí existió [*Agenda del Caso, II, §2; Agenda del Caso,*

Aclaraciones Generales, §4] y que al momento de la celebración no existían dichas reglas de carácter general. Al no existir éstas, no existía prohibición para someter cualquier desavenencia derivada del Contrato PPS al arbitraje, incluyendo la rescisión administrativa y la aplicación de la pena convencional, por lo que se entienden comprendidas dentro de la permisión.

14. Asimismo, el artículo 15 de la Ley de Obras determina en su párrafo tercero que “lo previsto en los dos párrafos anteriores es sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que Urania sea parte (...)”. Como resultado de la ratificación de la Convención de Nueva York y en virtud de la adopción de la Ley Modelo, cuyo contenido esencial quedó plasmado en el Título IV del Código de Comercio, se filtró en el derecho de Urania el principio pro-arbitraje [*Cfr. González, pp.127*].

15. En efecto, las cuestiones relativas al arbitraje que no estén expresamente excluidas se deben resolver conforme al principio pro-arbitraje, por lo que cualquier interpretación sobre la inarbitrabilidad de la materia, si no es resuelta de manera expresa dentro de la ley, debe interpretarse de manera restrictiva [*Cfr. González, p. 127*]. Las disposiciones de la Ley de Obras, a la luz de una interpretación en favor del arbitraje, deben ser tomadas en cuenta no como una prohibición, sino como una autorización para arbitrar con plena libertad la materia, salvo lo que en su momento se hubiere dispuesto a través de reglas generales. [*Pereznieto et al, pp. 65 y ss.*]

16. Por último, habría que agregar que la obligación de arbitrar que pactaron el Ministerio de Salud y SEMAC, implica, desde el punto de vista del haber jurídico de SEMAC, que éste adquirió el derecho de acudir a un tribunal arbitral para la resolución de todas las desavenencias derivadas del Contrato PPS, así como la posibilidad de exigir al Ministerio de Salud no someter dichos conflictos a la jurisdicción estatal. Los derechos que SEMAC adquirió respecto a su contraparte no pueden ser afectados retroactivamente por un cambio en la legislación que rige el fondo de la disputa [*Art. 14 Constitución de Urania; cfr. Hohfeld, pp.45 y ss.*].

17. En conclusión: (i) el Tribunal Arbitral cuenta con plena autoridad para decidir sobre su propia competencia; (ii) existe un pacto arbitral que cumple con los requisitos de validez de la legislación de Urania; y (iii) la materia de la presente controversia es arbitrable de conformidad con la legislación vigente al momento de surgir la obligación de arbitrar.

IV. La rescisión del Contrato PPS fue indebida

18. El Ministerio de Salud rescindió el Contrato PPS alegando la falta de cuidado de SEMAC en la esterilización y mantenimiento del material hospitalario que supuestamente motivó la propagación de la bacteria que causó el fallecimiento de 17 pacientes [*Agenda del Caso, II, §12*]. Lo anterior es inexacto, ya que el Ministerio de Salud, según consta en el la Agenda del caso, no acreditó ni el nexo causal necesario entre el supuesto incumplimiento y la propagación de la bacteria, ni el que media entre la propagación y la muerte de los pacientes, siendo esta causalidad meramente contingente. Es decir, el Ministerio de Salud no toma en cuenta que: (i) puede propagarse la bacteria, aún cuando se cumplan los estándares de sanidad hospitalaria exigidos por el propio Ministerio de Salud; (ii) la infección de la bacteria no provoca necesariamente la muerte del infectado. Por tales razones, el Tribunal Arbitral advertirá que la rescisión administrativa del Contrato PPS fue indebida dado que en el caso: (i) SEMAC cumplió con sus obligaciones derivadas del Contrato PPS, dándose la propagación de la bacteria independientemente de su cumplimiento y, (ii) SEMAC no es responsable por la muerte de los pacientes.

A. SEMAC cumplió con el Contrato PPS

19. SEMAC cumplió con sus obligaciones derivadas del Contrato PPS, con apego a la normatividad de Urania en materia de sanidad hospitalaria, por lo que (i) la propagación de la bacteria se dio por razones ajenas a la esfera de obligaciones de SEMAC y, (ii) la propagación de la bacteria no es totalmente evitable aún cumpliendo con la normatividad de Urania.

a) La propagación de la bacteria se dio por razones ajenas a la esfera de obligaciones de SEMAC

20. SEMAC opera una importante red de servicios de mantenimiento hospitalario que abarca alrededor de 23 hospitales. Esto le ha brindado una amplia experiencia, que a su vez le ha permitido cumplir con los estándares sanitarios establecidos en los reglamentos y normas oficiales de sanidad hospitalaria de Urania. El Tribunal no debe olvidar cuáles son las obligaciones de SEMAC bajo el Contrato PPS: prestar los servicios de mantenimiento consistentes en la realización de todas las actividades necesarias para ello, tales como conservación, higiene, funcionalidad, etc., tanto del inmueble como de todo el material hospitalario [*Agenda del Caso, II, §3*]. Cuando

SEMAC cumple con los estándares sanitarios requeridos por la normatividad de Urania, se *disminuye* la probabilidad de propagación de agentes de infección que podrían poner en riesgo la salud de los pacientes, personal y visitas de un hospital, pero de ninguna manera se *erradica* la posibilidad de su propagación. Es decir, el cumplimiento de los estándares sanitarios por parte SEMAC, *mitiga* la probabilidad de que ocurra un contagio dentro del hospital, pero de ninguna manera elimina *totalmente* la posibilidad de que dicho evento ocurra, pues al tratarse de bacterias como la *pseudomona aeruginosa*, misma que es resistente incluso a los desinfectantes [*Cabrera, et al*] y que se desarrolla en múltiples medios, como lo son el agua, el suelo, las uñas y piel de los seres humanos e incluso se ha aislado de ambientes inhóspitos como el combustible de avión, soluciones de clorhexidina (agente antibacterial utilizado para la higiene bucal), y el jabón [*Soberón*], por lo tanto, independientemente de que se cumplan con los estándares legales, siempre persiste la posibilidad de que el contagio ocurra.

b) La propagación de la bacteria no es totalmente evitable

21. Entre los medios por los que se transmite la bacteria están las uñas y las manos [*Stella*], lo cual hace posible que su agente de transmisión sea un doctor o una enfermera. En este sentido, la *pseudomona aeruginosa* pudo haber estado presente en cualesquiera personas que laboran en el hospital sin su conocimiento, como de hecho ocurrió con el personal médico [*Agenda del Caso, II, §11*], o inclusive en personas que hayan acudido como visitas. Garantizar que estas personas estuvieran libres de la bacteria no sólo está fuera de la esfera de obligaciones de SEMAC derivadas del Contrato PPS, sino que resulta de imposible realización. En otras palabras: (i) exigirle a SEMAC que elimine totalmente la posibilidad de transmitir la bacteria es una obligación de imposible realización y, por si no fuera suficiente, (ii) es una obligación que cae fuera de la esfera de compromisos adoptados en el Contrato PPS.

22. No obstante lo anterior, de la agenda del caso se desprende que la bacteria se encontraba también en los ductos de aire. Al respecto SEMAC ha solicitado la reproducción de medios probatorios que demuestren que los ductos de aire son los mismos utilizados en los demás hospitales que ha construido y operado en Urania, mismos que cumplen con la normatividad de Urania en materia de sanidad hospitalaria. En función de dicha información, el Tribunal debiera concluir que no resulta lógico ni

jurídicamente correcto sancionar a una empresa que cumplió con las obligaciones y estándares legales que le fueron exigidos.

23. En el año de 2002 en Noruega, se propagó la misma bacteria en alrededor de 24 hospitales en el país, por causa de algodones infectados. Con la ayuda de exámenes científicos se pudo determinar que entre las causas de la propagación de la bacteria estuvo la *violación* de varias normas de calidad en la producción de los algodones [*Iversen*]. Si bien en el caso que nos ocupa estamos ante una propagación de bacteria con efectos mortales, las circunstancias son totalmente distintas al caso que se cita, pues (i) era imposible para SEMAC evitar por completo la propagación de la bacteria, no obstante cumplir con las normas de calidad e higiene de Urania, y (ii) de hecho, SEMAC cumplió con las normas de calidad e higiene de Urania. En suma, SEMAC cumplió con sus obligaciones establecidas en el Contrato PPS en todo momento, lo que necesariamente lleva a concluir que la rescisión administrativa de dicho contrato es infundada.

B) SEMAC no es responsable por la muerte de los pacientes

24. Durante el periodo transcurrido del 16 de abril al 19 de mayo del presente año estuvieron internados 80 pacientes en el hospital. El fallecimiento de 17 de ellos, según la autopsia realizada, ocurrió a causa de una neumonía intrahospitalaria secundaria a la infección por la bacteria *pseudomona aeruginosa*. Este Tribunal debe considerar que en tres de esos casos hay factores que indican que hubo negligencia médica por diagnóstico tardío. [*Agenda del Caso, II, §§ 8,9,10,13*]

25. A propósito de lo anterior, existen estudios que muestran que “todas las enfermedades ocasionadas por la *pseudomona aeruginosa* son tratables y potencialmente curables” [*Samer*], lo que incluye a la neumonía secundaria. No obstante, la conjunción de la infección de la bacteria junto con alguna condición que disminuya los mecanismos de defensa del paciente puede llevar a complicaciones importantes e inclusive a la muerte.

26. Cuando se revisan los síntomas de la infección por la bacteria *pseudomona aeruginosa* se observa que se muestran con prontitud y que son evidentes a simple vista [*Gómez*]. Es factible suponer entonces que los primeros pacientes mostraron dichos síntomas, lo que habría permitido a su vez detectar oportunamente la infección por parte del personal médico. No obstante, al revisar el expediente del caso no hay

evidencia de que el personal médico hubiere aislado a los primeros casos de infección del resto de los pacientes para reducir la posibilidad de un mayor contagio. Este hecho de exponenciales consecuencias cae fuera del ámbito obligacional de SEMAC, pues su cumplimiento corresponde al personal del Ministerio de Salud.

27. En conclusión, el Tribunal podrá constatar que la infección de los pacientes por la bacteria *pseudomona aeruginosa* resultó ser una condición necesaria, pero no suficiente para que se produjera la muerte de los pacientes. Lo anterior tomando en cuenta que: (i) existe una duda razonable suficiente acerca de que si SEMAC fue responsable por las muertes y (ii) no obra en el expediente prueba alguna respecto al tratamiento oportuno de los pacientes infectados por parte del personal médico del Ministerio de Salud.

V. La pena convencional fue indebidamente ejecutada

28. La ejecución de la carta de crédito fue indebida por dos razones: (i) SEMAC cumplió con sus obligaciones de calidad y apego a la normas oficiales de Urania en materia de sanidad hospitalaria y la muerte de los pacientes no le es imputable; (ii) porque la ejecución se hizo en contravención a la obligación de no ejecutar dicha carta de crédito impuesta al Ministerio de Salud, producto de una orden procesal dictada por el árbitro de urgencia.

29. Por lo que se refiere al primer punto, es importante destacar que la carta de crédito *standby* irrevocable fue pactada con el fin de garantizar el pago de una pena convencional. La pena convencional es considerada en la legislación de Urania como una indemnización preconstituida, es decir, consiste en la cuantificación anticipada de los daños y perjuicios que pudieren causarse por un incumplimiento contractual, lo que significa que al igual que los daños y perjuicios, está sometida a criterios de responsabilidad [Artículos 1840, 1844, 1845 y 1847 del Código Civil; Cfr. Rico, pp. 401 y ss.].

30. De acuerdo a la cláusula vigésima tercera del Contrato PPS, el Ministerio de Salud sólo tiene derecho a ejecutar la carta de crédito *standby* irrevocable en caso de que el incumplimiento por parte de SEMAC causara la muerte de un paciente. Es decir, se establecen dos condiciones conjuntivas necesarias para la procedencia de la aplicación de la pena convencional: (i) que SEMAC incumpla con sus obligaciones de calidad y apego a las normas oficiales de Urania y (ii) que dicho incumplimiento sea la

causa directa de la muerte de los pacientes. Suponiendo sin conceder que SEMAC incumpliera sus obligaciones, ello no hace, por sí mismo, procedente la aplicación de la pena convencional, pues sería entonces necesario determinar y probar fehacientemente que el supuesto incumplimiento provocó la muerte de los pacientes.

31. Como se demostró en el apartado anterior, SEMAC cumplió cabalmente con sus obligaciones de calidad y apego a las normas oficiales de Urania en materia de sanidad hospitalaria, por lo que al no existir incumplimiento por parte de SEMAC, no procede la pena convencional.

32. Asimismo, no obra el expediente prueba alguna respecto al nexo causal entre el supuesto incumplimiento por parte de SEMAC y la muerte de los pacientes. Aunado a lo anterior, es importante señalar que hay factores que indican negligencia médica y de enfermería en por lo menos 3 de los pacientes intubados, por diagnóstico tardío, siendo evidentemente ésta la causa de la muerte de dichos pacientes, pues al no identificarse y por lo tanto tratarse la infección a tiempo, la infección se desarrolla causando la muerte al paciente. Al no ser la muerte de los pacientes imputable a SEMAC, no debe proceder la ejecución de la pena convencional. Al no proceder la pena convencional no podía hacerse efectiva la ejecución de la carta de crédito.

33. En referencia a la segunda de las razones por las cuales es indebida la ejecución de la carta de crédito, debe especificarse que mediante orden procesal de fecha 28 de agosto de 2009, el árbitro de urgencia notificó al Ministerio de Salud la prohibición de ejecutar las penas convencionales establecidas en el Contrato PPS [Agenda del Caso, II, § 23]. Sin embargo, el Ministerio de Salud, no tomando en cuenta la orden antes mencionada, y por lo tanto, incumpliendo la obligación que la misma imponía, recibió el 31 de agosto de 2009 del banco emisor, la cantidad de USD \$42,500,000.00, en ejecución de la carta de crédito *standby*, [Agenda del Caso, II, §24].

34. Por lo tanto, debido a que existía una prohibición de ejecutar la carta de crédito, y a raíz de que la pena convencional que la carta de crédito garantizaba no procedía, puesto que SEMAC cumplió con sus obligaciones en materia de sanidad hospitalaria y adicionalmente no causó la muerte de los pacientes, la ejecución de la carta de crédito *standby* irrevocable fue indebida.

VI. SEMAC debe ser indemnizada por daño moral

35. SEMAC, como persona jurídica, es sujeto de daño moral y está legitimada para demandar su reparación [*Artículo 1916 del Código Civil*]. Lo anterior es reforzado por el criterio contenido en la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de Suprema Corte de la Nación que, partiendo del concepto de persona como todo ente susceptible de ser titular de derechos y obligaciones, establece que:

36. “el derecho les atribuye la calidad de personas morales a esas colectividades que adquieren unidad y cohesión a través de la personalidad, y por medio de esta construcción técnica les permite adquirir individualidad de manera similar al ser humano, y toda vez que el daño moral está íntimamente relacionado con los derechos de la personalidad, es indudable que por equiparación y analogía los conceptos relativos a la reputación y a la consideración que de sí misma tienen los demás, también se aplican a las personas morales.” [Jurisprudencia 6/2005].

37. Como se demostró a lo largo de los párrafos 17 a 26, el 15 de junio de 2009, el Ministerio de Salud rescindió de manera indebida el Contrato PPS, pues SEMAC no incumplió con sus obligaciones. Ese mismo día con ayuda del ejército, el Ministerio de Salud obligó a los empleados de SEMAC a desalojar el inmueble [*Agenda del Caso, II, §§ 14 y 15*]. Lo anterior constituye un hecho ilícito que deriva de hechos que el Ministerio de Salud injustificadamente imputa a SEMAC, siendo éstos el incumplimiento de sus obligaciones y causar la muerte de 17 pacientes del hospital [*Artículo 1916 inciso (A) fracción I del Código Civil*].

38. Lo anterior causó una afectación grave a la consideración que los demás tienen de SEMAC, dañando gravemente su reputación, puesto que la entrada injustificada del ejército a las instalaciones del hospital, reduce de manera significativa el prestigio de SEMAC, provocando desconfianza en el público que acude a sus hospitales y a las personas que contratan con ella, dificultándole contratar en un futuro con otras empresas, ya no digamos con el mismo Ministerio de Salud de Urania.

39. En cuanto a la cuantificación del daño moral este Tribunal debe tomar en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica de la víctima y del responsable, así como las demás circunstancias del caso [*Artículo 1916 del Código Civil*].

40. Aunado a lo mencionado en el párrafo que antecede y atendiendo a las circunstancias especiales del caso, debe considerarse que al ser el Ministerio de Salud

un ente público que goza de la legitimidad general del gobierno en su funcionamiento, siendo su objetivo el de mejorar la salud de los gobernados, su determinación y actuación en este caso tiene un mayor peso en la impresión del público general que acude los hospitales operados por SEMAC, que la que tendría en caso de que el responsable fuese un particular común.

41. En cuanto a los derechos lesionados, el Tribunal debe tomar en cuenta la importancia que la reputación tiene para una persona o empresa en el ámbito de la salud, estando en juego uno de los bienes más preciados que es la vida.

42. Asimismo, se debe considerar que el grado de responsabilidad del Ministerio de Salud es completo en la afectación de la reputación y consideración que los demás tienen de SEMAC, ya que no tomó en cuenta con la debida seriedad los argumentos que SEMAC presentó para evitar que se tomara la decisión de rescindir el Contrato PPS, lo que llevó a la intervención del ejército en el desalojo del inmueble.

43. En conclusión, el Ministerio de Salud debe de indemnizar a SEMAC por daño moral, toda vez que sus actuaciones ilícitas afectaron negativamente la reputación y consideración que los demás tienen de SEMAC.

VII. Debe indemnizarse a SEMAC por los daños y perjuicios provocados por la indebida rescisión del Contrato PPS y la indebida ejecución de la carta de crédito

A) La rescisión del Contrato PPS causó daños y perjuicios

44. Por la indebida rescisión administrativa del Contrato PPS, SEMAC reclama el pago de USD \$230'700,000 por concepto de contraprestaciones mensuales caídas a partir del momento en que ocurre la indebida rescisión (el 15 de junio de 2009), y hasta la fecha de terminación del Contrato PPS (el 1 de enero de 2018). Si se toma en cuenta que del 1 de enero de 2006 al 4 de junio de 2009 hubo en promedio un 90% de camas disponibles [*Agenda del caso, II, §12*], la cantidad por concepto de indemnización se obtuvo de la siguiente forma: por una ocupación de 100% de las camas le correspondía a Semac una contraprestación mensual de USD \$2'500,000 [*Agenda del caso, II, §6*]. Si esta cifra se actualiza para corresponder a una ocupación de 90%, de ello resulta una contraprestación mensual de USD \$2'250,000, o una diaria de USD \$75,000. Del 15 de junio de 2009 al 1 de enero de 2018 se cubre un periodo de

8 años (96 meses), 6 meses, 16 días. Si se realiza el cálculo correspondiente, SEMAC durante ese periodo debió percibir USD \$230'700,000.

B) La indebida ejecución de la carta crédito causó daños

45. SEMAC sufrió los siguientes daños como consecuencia directa e inmediata de la indebida ejecución de la garantía: (i) Daño por la cantidad de USD \$42'500,000 por concepto de reembolso a lo pagado por el banco emisor al Ministerio de Salud [*Agenda del caso, II, §24*]. (ii) Daño por el monto de comisión que el banco emisor cobra a SEMAC por pagar al Ministerio de Salud (beneficiario de la carta de crédito *standby*) el importe antes mencionado. (iii) Daño por el monto de los intereses pactados sobre la cantidad USD \$42'500,000 en el contrato de carta de crédito *standby* por el tiempo transcurrido entre el pago hecho por el banco emisor al Ministerio de Salud (31 de agosto de 2009) y la fecha del reembolso por parte de SEMAC al banco emisor.

VIII. Debe condenarse a la parte demandada al pago de los gastos y costas derivadas del presente juicio arbitral

46. Dado que SEMAC cumplió con sus obligaciones de mantenimiento y esterilización del material médico y dado que no es posible atribuirle la muerte de ningún paciente, consideramos que el Tribunal debe condenar al Ministerio de Salud al pago de los gastos y costas provocadas por el juicio arbitral, los cuales hubiesen sido innecesarios si el Ministerio de Salud hubiera respetado lo estipulado en el Contrato PPS y lo que la normatividad de Urania establece. Dichos gastos y costas incluyen: (i) honorarios y gastos de los árbitros; (ii) la tasa administrativa del CAM; (iii) honorarios y gastos de los peritos; (iv) los gastos para la defensa; y (v) cualquier otro gasto en que haya incurrido SEMAC hasta el momento en que este Tribunal Arbitral dicte laudo definitivo.

, en representación SEMAC, Sociedad Anónima de Capital Variable
Capital Federal de Urania, 9 de diciembre de 2009.

SOLICITUD DE SEMAC DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.

1. El Ministerio de Salud afirma que la muerte de 17 pacientes se debió a un incumplimiento de SEMAC de sus obligaciones derivadas del Contrato PPS. Sin embargo, no existe constancia alguna en los hechos del caso que pudiera llevar a este Tribunal a concluir que SEMAC, no sólo incumplió sus obligaciones contractuales, sino además, que dicho incumplimiento es la causa directa de la muerte de 17 personas.

2. SEMAC desea proveer al Tribunal de elementos que le permitan constatar que (i) SEMAC cumplió con sus obligaciones contractuales, (ii) la muerte de los pacientes no está relacionada al supuesto incumplimiento de las obligaciones de SEMAC y, (iii) la muerte de los pacientes pudo haberse ocasionado por una multiplicidad de factores no imputables a SEMAC.

3. Por lo expuesto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.2 y 3.3 de las Reglas de la IBA, mismas que fueron adoptadas en auspicio al artículo 21 de las Reglas Vigentes del CAM, SEMAC solicita a este Tribunal Arbitral que dicte una orden procesal en la que ordene al Ministerio de Salud la exhibición de documentos que obran en su poder, relacionados con lo siguiente:

A) Las condiciones de infraestructura, operación y mantenimiento de los ductos de aire acondicionado de los hospitales del sistema de salud de Urania, esté o no el mantenimiento de los mismos a cargo de SEMAC, especialmente aquella que demuestre el tipo de material y sistema de filtrado utilizado, la regularidad, las técnicas y los productos utilizados en el mantenimiento; así como el estado actual y pasado del sistema de aire acondicionado.

B) Las técnicas y productos utilizados para la limpieza y/o esterilización de los utensilios hospitalarios (endoscopios, sondas, catéteres entre otros), así como aquellos documentos que revelen la regularidad con que se mantiene a los mismos, dentro de los hospitales del sistema de salud de Urania

C) Las estadísticas de los pacientes ingresados, diagnosticados, fallecidos y dados de alta en los hospitales del sistema de salud de Urania, haciendo énfasis en aquellas estadísticas que revelen diagnósticos de infección de cualquiera de las cepas de la bacteria *pseudomona aeruginosa*, muertes provocadas por la neumonía intrahospitalaria, secundaria a la infección de la bacteria de pacientes

inmunocomprometidos, así como aquellas que revelen una exitosa recuperación de la infección y su posterior dada de alta del paciente.

D) Las labores realizadas dentro del hospital durante los meses de abril y mayo, ambos de 2009 por el personal médico en el cual se encontró la bacteria, esto es, la documentación que revele la relación y cercanía de los labores de los médicos con los pacientes que adquirieron la infección por la bacteria *pseudomona aeruginosa*.

E) El diagnóstico y tratamiento de los pacientes infectados, así como las medidas preventivas adoptadas por el personal médico, esto es, la documentación que pueda contener, entre otras cosas: los síntomas detectados, los instrumentos y técnicas utilizados, la fecha del diagnóstico, el estado de desarrollo de la infección, las acciones que tomó el personal médico para tratar la infección de los pacientes y evitar futuras infecciones de los pacientes inmunocomprometidos tratados dentro del hospital.

I. **Relevancia de los documentos requeridos para la resolución del caso:**

4. Los documentos señalados en el inciso “A)” y “B)” resultan indispensables para demostrar que SEMAC cumplió con sus obligaciones derivadas del Contrato PPS, ya que la construcción y el mantenimiento de los ductos de aire acondicionado, así como la limpieza y/o esterilización de los instrumentos hospitalarios, cuyo mantenimiento se encuentra a cargo de SEMAC, se llevaron a cabo hasta el día 15 de junio de 2009, día en que se ordenó la salida de todo el personal de SEMAC, en condiciones iguales o superiores a las prevalecientes en los demás hospitales a cargo del Ministerio de Salud y que cumplen los requisitos conforme a las normas vigentes de construcción y mantenimiento hospitalario. Cabe agregar que la sola demostración del cumplimiento de las obligaciones a cargo de SEMAC derivadas del contrato PPS conllevaría la consecuencia lógica de eliminar todo nexo de causalidad entre el cumplimiento de las mismas y la muerte de los 17 pacientes. En efecto, si SEMAC cumplió con sus obligaciones y a pesar de eso se dio la muerte de 17 pacientes, sería inconcuso señalar que de la primera se deriva la segunda.

5. Por otro lado, resulta necesaria la exhibición de los documentos señalados en el inciso “C)” anterior para demostrar que la muerte de los 17 pacientes es un hecho independiente al cumplimiento de las obligaciones de SEMAC derivadas del contrato PPS, ya que la infección de la bacteria *pseudomona aeruginosa* en pacientes inmunocomprometidos dentro de las instalaciones hospitalarias es inevitable conforme

a los lineamientos de las reglas vigentes sobre la construcción y mantenimiento de hospitales en Urania. En efecto, las estadísticas requeridas son indispensables para demostrar que la infección de pacientes por esta bacteria, dentro de hospitales en el sistema de Salud de Urania, estén operados bajo el esquema PPS o directamente por el Ministerio de Salud, es un dato típico dentro de los mismos y que el cumplimiento de las reglas de conservación, higiene y funcionalidad tanto del inmueble como de todo el material hospitalario de ninguna manera evita totalmente la propagación de la bacteria.

6. Los documentos mencionados en los incisos “D)” y “E)” son necesarios para demostrar que la muerte de los pacientes pudo presentarse por una multiplicidad de factores no imputables a SEMAC. Si bien es cierto que la bacteria se encontró en los ductos de aire acondicionado a cargo de SEMAC, de esto no se puede concluir lógicamente que la propagación de la infección se originara o propagara en los mismos, Con mayor razón, si de acuerdo a los hechos del caso, cinco pacientes no intubados murieron por causas secundarias a la infección de la bacteria, se infiere que existió una propagación externa al sistema de aire acondicionado. Los hechos reflejan una alta probabilidad de que la propagación pudo haberse dado por negligencia del personal médico, ya que se encontró la bacteria *pseudomona eruginosa* en el mismo, esto es, es más probable que el contagio haya sido de persona a persona, y no particularmente por el uso de instalaciones o material hospitalario.

II. Declaración fundada de que los documentos se encuentran en poder, custodia o control del Ministerio de Salud, en lugar de SEMAC:

7. Los documentos señalados en el inciso “A)” y “B)” se encuentran en el poder del Ministerio de Salud por las siguientes razones: (i) SEMAC no colabora en todos los hospitales de Urania, (ii) en los hospitales de Urania en los que SEMAC participa, si bien es cierto que la construcción y mantenimiento del inmueble como del material hospitalario se encuentra a cargo de SEMAC, también es cierto que el pago por dichas prestaciones se hace por el Ministerio de Salud. En efecto, el contrato PPS establece que el pago por dichas prestaciones estaría condicionado al número de camas disponibles, así como una serie de otros factores tales como el nivel de cumplimiento de SEMAC a los estándares de calidad y el cumplimiento de las normas oficiales de Urania, en materia de sanidad hospitalaria. Siendo el pago condicionado, es concluyente que el Ministerio de Salud lleva documentos relacionados a la calidad,

eficiencia o regularidad que indiquen el nivel de cumplimiento por parte de SEMAC para la realización de los pagos. (iii) Por la misma razón, en los hospitales de Urania en los que SEMAC no participa, pero la prestación de los servicios de mantenimiento del material hospitalario e inmueble se encuentra a cargo de una sociedad ajena al Ministerio de Salud, por regirse la relación bajo el esquema PPS, dada la naturaleza del mismo, el pago como contraprestación por parte del Ministerio de Salud, se realiza de manera condicionada. Es por esto que el Ministerio de Salud, para realizar el pago correspondiente debe tener registros o documentos relacionados al servicio de mantenimiento prestado por la sociedad. (iv) En los hospitales del Sistema de Salud de Urania, en los que el Ministerio de Salud se encuentra a cargo de los servicios de mantenimiento del material hospitalario como de la construcción del inmueble de manera directa, debe tener documentación relativa a los servicios prestados, pues es él, a través del personal que contrata, quien los realiza.

8. Los documentos señalados en el inciso “C)” se encuentran en el poder del Ministerio de Salud. En efecto, concluida la construcción de un hospital, SEMAC únicamente se encarga de prestar ciertos servicios: aquéllos relacionados con la conservación, higiene y funcionalidad del inmueble y el material hospitalario. Resulta absurdo pensar que SEMAC llevara las estadísticas de los pacientes ingresados, diagnosticados, fallecidos y dados de alta dentro de cualquier hospital cuyo mantenimiento esté a su cargo, pues tal información en todo caso sería determinada e ingresada a bases de datos por personal médico e y especializado respectivamente, personal del cual está a cargo el Ministerio de Salud.

9. La documentación requerida en el inciso “D)”, relacionada con las labores realizadas por el personal médico en el cual se encontró la bacteria pseudomona euriginosa se encuentra en poder del Ministerio de Salud por las siguientes razones: (i) El MINISTERIO está encargado de la prestación de servicios médicos y enfermería. (ii) Es habitual conservar registros laborales del personal médico y de enfermería, relacionados con las labores que ejercería y en que sección, independientemente si es personal subordinado o auxiliares externos del hospital.

10. La documentación señalada en el inciso “E)”, relacionada al diagnóstico y tratamiento de los pacientes infectados, así como las medidas adoptadas por el personal médico, para evitar la propagación de la bacteria dentro del hospital, se

encuentra en poder del Ministerio de Salud por las siguientes razones: (i) Dada la naturaleza de las prestaciones realizadas por SEMAC, de ninguna manera se encontró en posibilidad de realizar diagnóstico o tratamiento a paciente alguno. (ii) Si bien es cierto que el personal de SEMAC puede tomar medidas preventivas para evitar la propagación de la bacteria, también lo es que parece dudoso que dentro del mismo se encuentre personal especializado con el conocimiento para combatir dicha infección y que tales medidas si se hubieren podido adoptar sería por órdenes del personal médico.

11. Finalmente, solicito a este Tribunal que en el supuesto de que el Ministerio de Salud se niegue a suministrar, sin justificación válida alguno de los documentos requeridos en esta solicitud, infiera que tal documento es contrario a sus intereses, según lo establecido en el artículo 9.4 de las Reglas de la IBA.