



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 334 . 2009 - OSCE/PRE

Jesús Mariq, 2 SET. 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones con fecha 02 de marzo de 2009 (Expediente de Recusación N° 023-2009);

El Informe N° 005-2009/DAA/JJ, de fecha 26 de agosto de 2009, que analiza la recusación formulada contra el doctor Carlos Héctor Alayza Bettochi;

El Acta de Propuestas para Designación de Árbitro N°168-2008 del 22 de octubre de 2008, suscrita por los miembros de Comisión Evaluadora conformada mediante Resolución N° 534-2007-CONSUCODE/PRE;

CONSIDERANDO:

Que, la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante "la SBS") emitió, a nombre de la empresa Rojo Electronics EIRL (en adelante "la empresa") la Orden de Compra N° 00000055-2008 para la adquisición de un Bloqueador de Señal, Marca Dimension Enterprises Modelo CJATM30 – Bloq. Señal Celular Sistema Camuflaje, con fecha 03 de junio de 2008;

Que, surgida la controversia, se designó como árbitro al doctor Carlos Hector Alayza Bettochi, a fin de que resuelva la misma;

Que, con fecha 02 de marzo de 2009, la SBS, formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el, doctor Carlos Héctor Alayza Bettochi, por existir dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia, conforme la causal prevista en el inciso 3) del artículo 283° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 084-2004-PCM (en adelante "el Reglamento");

Que, con fecha 09 de marzo de 2009, el OSCE puso en conocimiento del Consorcio y del doctor Carlos Héctor Alayza Bettochi la recusación formulada, otorgándoles el plazo de cinco (5) días, a fin de que expresen lo que convenga a su derecho;

Que, debe señalarse que ni el Consorcio ni el árbitro recusado han presentado sus descargos;

Que, la SBS sustenta su recusación en que el árbitro recusado, mantiene en trámite procesos judiciales contenciosos administrativos contra clientes representados por el citado profesional; dicha situación fue declarada por el árbitro recusado;

Que, corrido traslado al Consorcio y al árbitro recusado, no han cumplido con presentar sus descargos;



Que, previamente, debemos señalar que el marco normativo vinculado al presente arbitraje, corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado mediante D.S. 084-2004-PCM, y la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, por razones de temporalidad;

Que, a lo establecido el citado marco normativo, conforme lo dispuesto por el artículo 283° del Reglamento, son causales de recusación:

- a. *Cuando se encuentren impedidos conforme el Artículo 279° o no cumplan con lo dispuesto en el Artículo 278° de este Reglamento.*
- b. *Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral.*
- c. *Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa.*

Que, en igual medida, conforme lo señalado en el artículo 28° de la LGA, los árbitros podrán ser recusados solo por:

- a) *Cuando no reúnan las condiciones previstas en el Artículo 25° o en el convenio arbitral o estén incurso en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26°.*
- b) *Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.*
- c) *Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.*

Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 282° del Reglamento y respecto al deber de declaración, "los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales. Todo árbitro debe cumplir, al momento de aceptar el cargo, con el deber de informar sobre cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de informar respecto de la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a la aceptación. Asimismo, debe incluir una declaración expresa en lo que concierne a su idoneidad, capacidad profesional y disponibilidad de tiempo para llevar a cabo el arbitraje, de conformidad con la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado. Cualquier duda respecto a si determinadas circunstancias deben o no revelarse, se resolverá a favor de la revelación que supone el cumplimiento del deber de información para con las partes. El CONSUCODE aprobará las reglas éticas que deberán observar los árbitros en el ejercicio de sus funciones".

Que, a efectos de analizar la presente recusación es necesario resumir el argumento y hacerse la siguiente pregunta: ¿el hecho de patrocinar a una parte en contra de otra en un proceso judicial, constituye causal que lo inhabilite para participar como árbitro en un proceso arbitral?;

Que, la SBS, basándose en la aceptación del árbitro recusado, sostiene que el hecho de que citado profesional patrocine a diversos clientes en contra de la Entidad en procesos judiciales contenciosos administrativos, generaría dudas respecto de la imparcialidad e independencia; siendo ello así, definamos





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 334-2009 - OSCE/PRE

de manera previa, los criterios de imparcialidad e independencia. Imparcialidad significa, "...falta de designio anticipado o prevención a favor o en contra de personas y cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud"¹;

Que, con respecto a la independencia "... es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta mas a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea..."²;

Que, asimismo: "...el concepto de independencia (...) es de asegurar que cualquier decisión de los árbitros sea únicamente motivada por los hechos no contestados o probados sometidos a su decisión y no por influencias turbias exteriores (...). El requisito de imparcialidad se refiere a una actitud deontológica vivida durante el proceso arbitral. Su núcleo es el deber del árbitro de tratar a las partes de manera igual y de darles la oportunidad de presentar su caso..."³;

Que, además, "...generalmente, se considera que la dependencia se refiere exclusivamente a cuestiones surgidas de la relación entre el árbitro y una de las partes, sea de índole financiera o de cualquier otra naturaleza. Se entiende que esto puede determinarse mediante un criterio objetivo, dado que no guarda ningún tipo de relación con la forma en que está mentalizado el árbitro (...). Por el contrario, se considera que el concepto de imparcialidad está ligado a la preferencia real o aparente del árbitro - ya sea a favor de una de las partes o en relación a las cuestiones controvertidas -. La imparcialidad, es por ende, un concepto subjetivo y más abstracto que el de la independencia, ya que principalmente se refiere a una predisposición mental..."⁴;

Que, tenemos que la doctrina es unánime, al señalar que la independencia posee un criterio objetivo, mientras que la imparcialidad posee un criterio subjetivo;

Que, en ese sentido, si bien la materia de un proceso contencioso administrativo, es distinta a la que se ventila en el proceso arbitral, se debe señalar que el hecho de que el citado profesional litigue en contra de la SBS en otros procesos, judiciales, administrativos o arbitrales, lo inhabilita para participar como árbitro, toda vez que es el quien va a resolver una controversia en que dicha Entidad es parte;

Que, en ese sentido, consideramos, de acuerdo a todo lo señalado, que la recusación planteada debe ser declarada fundada y procederse a la designación del árbitro sustituto;

Que, conforme al Acta de Propuestas para Designación de Árbitro N°160-2008 del 10 de octubre de 2008, suscrita por los miembros de Comisión Evaluadora conformada mediante Resolución N° 534-2007-CONSUCODE/PRE, corresponde designar al árbitro sustituto del doctor Carlos Héctor Alayza Bettochi;

¹ CAIVANO, Roque J. En: "Arbitraje" Ed. Ad Hoc SRL, Buenos Aires - República Argentina, Año 2000. P. 175.

² ALONSO, José María. "La independencia e imparcialidad de los árbitros". En: Revista Peruana de Arbitraje N° 02. Ed. Grijley, Lima - Perú. Año 2006. P. 98.

³ SCHÄFER, Erik. "Elección y Nombramiento de los Árbitros. En: Revista Peruana de Arbitraje. N° 06. Ed. Grijley, Lima - Perú. Año 2008. P. 94.

⁴ REDFERN, Alan y otros. En: "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional". 4ta. Edición. Ed. Thomson Amznadi. Navarra - España. Año 2006. P.305.



Estando a lo expuesto, y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y el Decreto Legislativo N° 1071, Norma que regula el Arbitraje.

SE RESUELVE:

Artículo Primero. DECLARAR FUNDADA la recusación formulada por la empresa Rojo Electronics E.I.R.L contra el abogado Carlos Héctor Alayza Bettochi, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo. DESIGNAR como árbitro sustituto del abogado, Carlos Héctor Alayza Bettochi, al abogado Antenor Rafael Ayzanoa Pasco, para que resuelva las controversias surgidas entre las partes, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Tercero. La designación del árbitro realizada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, no genera vínculo laboral alguno con las partes para las que se desarrolla el arbitraje.

Artículo Cuarto. La responsabilidad y actuación del árbitro designado en el ejercicio de sus funciones, es estrictamente personal y no vinculan de modo alguno al OSCE.

Artículo Quinto. El árbitro sustituto designado en la presente Resolución, deberá remitir al OSCE para conocimiento y archivo, copia impresa del Laudo Arbitral y, de ser el caso, su transcripción en medios magnéticos.

Artículo Sexto. Los honorarios, gastos y demás costos del arbitraje serán determinados directamente por el árbitro único.

Artículo Séptimo. NOTIFÍQUESE la presente Resolución a las partes así como al árbitro recusado y al árbitro sustituto.

Artículo Octavo. PUBLÍQUESE la presente Resolución en la página web del OSCE.

Regístrese, comuníquese y archívese.




SANTIAGO B. ANTÚNEZ DE MAYOLO M.
Presidente Ejecutivo