



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 337-2009 - OSCE/PRE

Jesús María, 22 SET. 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por el Gobierno Regional de Madre de Dios con fecha 16 de octubre de 2008 (Expediente de Recusación N° 045-2008);

El escrito presentado por el abogado Víctor Wenceslao Palomino Ramírez con fecha 03 de noviembre de 2008;

El escrito presentado por el Consorcio Salvación, con fecha 11 de noviembre de 2008;

El escrito presentado por el Gobierno Regional de Madre de Dios, con fecha 24 de noviembre de 2008;

El Informe N° 002-2009/DAA/JJ, de fecha 19 de agosto de 2009, que analiza la recusación formulada contra el Presidente del Tribunal Arbitral, Víctor Wenceslao Palomino Ramírez;

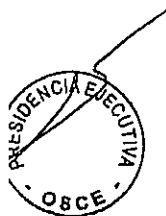
CONSIDERANDO:

Que, el Gobierno Regional de Madre de Dios (en adelante "GRMD") y el Consorcio Salvación, conformado por las empresas NEICA S.A.C., SERVICIO PERUANO DE INGENIERÍA DE PETRÓLEO DEL ORIENTE S.A. (SEPIPSA S.A.) y PRISMA CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. (en adelante "el Consorcio") suscribieron el Contrato N° 002-2007-GOREMAD/PR para la ejecución de la Obra "Ampliación y Mejoramiento del Sistema de Agua y Desagüe de Villa Salvación"; con fecha 12 de enero de 2007;

Que, surgida la controversia, se instaló, con fecha 01 de febrero de 2008, el Tribunal Arbitral conformado por los doctores, Víctor Wenceslao Palomino Ramírez (Presidente), Flavio Zenitagoza Bustamante (Árbitro designado por el Consorcio) y el ingeniero Miguel Ángel García Uribe (Árbitro designado por el GRMA), a fin de que resuelva la misma;

Que, mediante escrito presentado con 16 de octubre de 2008, el GRMD, formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el Presidente del Tribunal Arbitral, doctor Víctor Wenceslao Palomino Ramírez, señalando que, a su juicio, dicho profesional estaría incurso en las causales de recusación contenidas en el numeral 3 del artículo 28° de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje (en adelante "LGA"), y 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 29 y 31 de octubre de 2008, respectivamente, el OSCE puso en conocimiento del doctor Víctor Wenceslao Palomino Ramírez y del Consorcio la recusación formulada, otorgándoles el plazo de cinco (5) días, a fin de que expresen lo que convenga a su derecho;



Que, con fecha 03 de noviembre de 2008, el doctor Víctor Wenceslao Palomino Ramírez absuelve la recusación formulada; del mismo modo, el Consorcio, mediante escrito presentado con fecha 11 de noviembre de 2008 absuelve el traslado de la recusación formulada;

Que, con fecha 24 de noviembre de 2008, el GRMD solicita el uso de la palabra; del mismo modo, con fecha 09 de diciembre de 2008, adjunta una "instrumental probatoria";

Que, el GRMD sustenta su recusación en que el Presidente del Tribunal Arbitral, ha designado como Secretaria Arbitral a su hija, señorita Jessica Lourdes Palomino Torres, incurriendo, por tal condición de parentesco, en dudas justificadas, respecto de su imparcialidad e independencia, puesto que, a su juicio, resulta prohibitivo conforme a la normatividad vigente;

Que, agrega además, dicha designación resulta cuestionable, toda vez que, al momento de la designación, la señorita Jessica Lourdes Palomino Torres no tenía la condición de abogado, calidad que, según su dicho, es inherente al ejercicio del cargo que se le ha conferido, en estricto cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 25° de la LGA, que exige el ejercicio de la profesión como calificaciones de los árbitros de derecho, que implica, consiguientemente calificación del Secretario Arbitral;

Que, siendo ello así, considerando que la calificada función del Secretario Arbitral, consiste en el manejo del expediente arbitral, así como los plazos y la tramitación de los escritos, y tiene incidencia directa en el desarrollo y manejo del proceso por parte del Colegiado, al no contar la pariente del recusado con la calificación mencionada, se ha puesto en riesgo a las partes de sufrir afectación;

Que, del mismo modo señala, que como fruto de las indagaciones realizadas, se ha podido verificar el acontecimiento de hechos que evidencian que el recusado, en el desarrollo de los trabajos que efectúa como proveedor de servicios de diversas entidades, brinda servicios en instituciones en que también resulta contratada la Secretaria Arbitral, como en la Región Lima y en la Región Junín; con dichos hechos, a criterio del GRMD, concluyentemente e inobjetablemente emergen los beneficios de los que viene siendo la Secretaria Arbitral, por contar la misma, con el evidente beneficio a su favor por parte del árbitro recusado, los cuales denotan falta de ética, no garantizando en absoluto, la función de árbitro, dentro del contexto de imparcialidad e independencia;

Que, igualmente indica, que el árbitro recusado es pensionista de ESSALUD, lo cual, a su juicio, resultaría incompatible con la condición de árbitro;

Que, finalmente agrega, que las circunstancias mencionadas, no han sido excusadas por las partes, habiendo omitido revelar dichas circunstancias, generando dudas justificadas;

Que, corrido traslado al Presidente del Tribunal de la recusación formulada en su contra, mediante escrito de fecha 03 de noviembre de 2008, discrepa de los argumentos esgrimidos por la parte recusante y solicita que la misma se resuelva de acuerdo a ley;

Que, el citado profesional señala, que la recusación se basa en los siguientes argumentos:

- a. Que, la Secretaria Arbitral y el árbitro recusado tienen relación de parentesco y que dicho hecho, resulta prohibitivo conforme a la normatividad vigente;
- b. Que, la Secretaria Arbitral no tiene título de abogado, por lo tanto, no se está cumpliendo con el artículo 25° de la LGA;
- c. Que, al no tener la Secretaria la calificación exigible por el artículo 25° de la LGA se ha puesto en riesgo a las partes de sufrir afectación;
- d. Que, la Secretaria Arbitral y el recusado son proveedores de los Gobiernos Regionales de Lima y Junín;
- e. Que, por la razones indicadas, el árbitro recusado, no garantizaría imparcialidad e independencia en la función de árbitro;
- f. Que, el árbitro recusado es pensionista de ESSALUD;
- g. Que, al no haber revelado los hechos indicados, transgrede lo dispuesto por el artículo 282° del Reglamento;





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 337 - 2008 - OSCE/PRE

Que, para que proceda una recusación, ésta debe sustentarse en las causales establecidas en la ley y se deben aportar las pruebas que demuestren que el recusado se encuentra comprendido en la causal invocada;

Que, para el recusado, si el GRMD cuestiona su imparcialidad e independencia, debe aportar las pruebas que demuestren que viene actuando de manera parcializada, sin rectitud, afectando sus intereses en el proceso; sin embargo, según el árbitro recusado, no existe prueba alguna que sustente la recusación;

Que, agrega que, la falta de independencia denota que una persona actúa influenciado por la otra parte o por un tercero interesado en el resultado del proceso y, al igual que lo señalado de manera precedente, el GRMD ha debido aportar pruebas que demuestren que el árbitro recusado se encuentra incurrido en dicha causal;

Que, señala que, el hecho de que la Secretaria tenga relación de parentesco con el árbitro recusado o que no tenga el título de abogado, no tiene nada que ver con la causal invocada por el GRMD; además, cita equivocadamente el artículo 25° de la LGA, puesto que esa norma, se refiere a la obligación de que en los arbitrajes de derecho, todos los árbitros deben ser abogados, no haciendo ninguna referencia al cargo de secretaria (o) arbitral; no existe norma en la LGA, ni en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante "LCAE") y su Reglamento, que dispongan que el cargo de Secretario Arbitral tiene que ser ejercido por un abogado;

Que, indica que, la Secretaria Arbitral viene cursando el último año de Derecho en la Universidad San Martín de Porres y viene ejerciendo el cargo de secretaria desde hace dos (2) años, contando con la experiencia y calificación suficiente para el desempeño del cargo; además, su designación fue avalada, por los otros señores árbitros;

Que, del mismo modo, señala que ni él ni la secretaria arbitral son proveedores del Estado, sino que corresponden al pago de honorarios de procesos arbitrales en los que intervienen con los Gobiernos Regionales mencionados por el GRMD; este hecho, tampoco constituiría causal de recusación;

Que, en relación a que el árbitro recusado es pensionista de ESSALUD, considera que este hecho tampoco constituye causal de recusación y omite pronunciarse;

Que, finalmente, agrega que ha declarado, no tener impedimento para actuar como árbitro y que dispone con el tiempo necesario para atender el arbitraje; además, declaró no mantener relaciones personales, profesionales o comerciales con las partes, contando con la experiencia y capacitación necesaria para atender la controversia; el deber de declaración, según su dicho, no implica que el árbitro debe comunicar sobre aspectos personales que no tienen nada que ver con las partes y con el proceso;

Que, con fecha 11 de noviembre de 2008, el Consorcio absolvió el traslado de la recusación, solicitando que la misma sea declarada infundada;

Que, el Consorcio señala que, a la fecha, el Tribunal, viene ejerciendo sus funciones y actuaciones en forma imparcial e independiente y con total transparencia; inclusive, le ha otorgado una ampliación de plazo al GRMD, hecho no contemplado en las reglas del proceso;



Que, igualmente, consideran que la actuación de la Secretaría Arbitral es a la fecha, totalmente eficiente, imparcial e independiente, no teniendo quejas al respecto, en ambos casos;

Que, señala que lo descrito por el GRMD no tiene fundamento jurídico para poder descalificar o recusar al Presidente del Tribunal, no estando incurrido en los impedimentos para actuar como árbitro del Reglamento; agrega que, no exista normativa que impida que exista parentesco entre el Presidente del Tribunal y la Secretaría;

Que, del mismo modo, la norma no establece condición para el cargo de secretario arbitral, señalando que la condición contenida en el artículo 25° de la LGA es únicamente para los árbitros; igualmente, que estén prestando servicios como árbitro y secretaria en diferentes entidades, tampoco constituye causal de recusación;

Que, el GRMD, mediante escrito presentado con fecha 24 de octubre de 2008 señala que la Secretaría Arbitral, de motu proprio, requirió al responsable de la Oficina de Coordinación Administrativa del Gobierno Regional de Madre de Dios, copia del cargo del expediente presentado el 15/10/2008 para "cambiar" la fecha de presentación, toda vez que había vencido el plazo para contestar la demanda el 09/10/2008, y poner como recibido en dicha fecha, lo cual, constituiría una duda justificada respecto de la imparcialidad del Presidente del Tribunal Arbitral; adjunta el Informe N° 020-2008-GOREMAD/OCAL en el que el citado funcionario, señala lo descrito;

Que, con fecha 09 de diciembre de 2009, el GRMD adjunta la constancia que acredita que doctor Victor Wenceslao Palomino Ramírez es pensionista de ESSALUD;

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, de acuerdo a lo establecido en 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 cumplen 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 incurridos en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26°.
- b) Cuando estén incurridos 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





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 337 .2009 - OSCE/PRE

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 los argumentos y hacerse las siguientes preguntas: (i) ¿la relación de parentesco entre el Presidente del Tribunal Arbitral y el Secretario Arbitral del mismo proceso, puede conllevar a que se generen dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del Arbitro?; (ii) ¿cuáles son las condiciones exigibles para que una persona pueda ser designada como secretario arbitral en un proceso?; (iii) ¿ser proveedor del Estado o participar como árbitro y secretario en otros procesos arbitrales, lo inhabilita para participar en un nuevo proceso que involucre a otra Entidad? Y, (iv) ¿ser pensionista de ESSALUD y no declararlo, inhabilita un profesional para actuar como árbitro?;

Que, sobre la primera pregunta, definamos 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 se señala que “...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, asimismo la doctrina señala que: “...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;

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 Aranzadi. Navarra – España. Año



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

Que, siendo ello así, si bien consideramos que no es adecuado que exista una relación de parentesco entre el Presidente del Tribunal y el Secretario del proceso, puesto que ello constituye una situación de subordinación, respecto del Secretario hacia el Presidente, no es menos cierto que el Secretario no resuelve, siendo que las decisiones son colegiadas y finalmente son decididas por los miembros del Tribunal; además, en la práctica arbitral, lo que usualmente ocurre es que, en los arbitrajes Ad Hoc, el Presidente del Tribunal propone a una persona de su confianza para que se desempeñe como Secretario, lo cual no constituye causal de recusación;

Que, con respecto a la segunda pregunta, ni la LGA, ni la LCAE ni su Reglamento, establecen condiciones para el Secretario Arbitral, por lo que, el hecho de que, en el presente caso, la Secretaria Arbitral no cuente con el título de abogado, no constituye causal de recusación contra el Presidente del Tribunal, máxime, si se cuenta con la experiencia para ejercer dicho encargo;

Que, lo que si establece la LGA en su artículo 25°, son las condiciones de los árbitros, en los arbitrajes de derecho y justamente es tener la condición de abogado, no correspondiendo aplicar dicha calificación al Secretario;

Que, en relación a la tercera y cuarta preguntas, conforme lo dispuesto por el artículo 279° del Reglamento, se encuentran impedidos para actuar como árbitros:

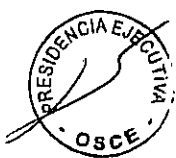
- 1) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
- 2) Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
- 3) Los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
- 4) El Contralor General de la República.
- 5) Los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los alcaldes y los directores de las empresas de Estado.
- 6) El personal militar y policial en situación de actividad
- 7) Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
- 8) Los funcionarios y servidores del CONSUCODE.

En los casos a que se refieren los incisos 5) y 7), el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.

Que, como podrá apreciarse, el hecho de que el Presidente del Tribunal Arbitral sea o no proveedor del Estado, específicamente del Gobierno Regional de Lima o del Gobierno Regional de Junín, no constituye causal de recusación, en tanto las partes del presente proceso son el Gobierno Regional de Madre de Dios y el Consorcio Salvación y no están vinculadas a las entidades señaladas; igual supuesto se aplica si es que el citado profesional ha participado como árbitro en controversias que vinculan a dichas instituciones;

Que, en igual medida, el hecho de que el Presidente del Tribunal Arbitral, sea pensionista de ESSALUD no es causal de recusación, en tanto no existe impedimento para ello, no siendo dicha institución parte del presente proceso arbitral y no estando el Gobierno Regional de Madre de Dios subordinada a esta;

Que, con respecto a la afirmación efectuada por el GRMD, mediante la cual indica que la Secretaria Arbitral se comunicó con dicha parte para solicitar el cargo de recepción y "cambiarlo" por la fecha correcta, no encontramos los suficientes elementos para emitir opinión, debido a que únicamente consta el dicho de uno de sus funcionarios de la citada Entidad;





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 337 -2009 - OSCE/PRE

Que, finalmente, en relación al informe oral solicitado por las partes, dicho procedimiento no se encuentra contemplado dentro del Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos (TUPA) del OSCE y por tanto, dicha solicitud, deviene en improcedente;

Que, en ese sentido, consideramos, de acuerdo a todo lo señalado, que la recusación planteada debe ser declarada infundada;

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 INFUNDADA la recusación formulada por el Gobierno Regional de Madre de Dios contra el abogado, Víctor Wenceslao Palomino Ramírez por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo. NOTIFIQUESE la presente Resolución a las partes así como al árbitro recusado.

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

Regístrese, comuníquese y archívese.



SANTIAGO B. ANTÚNEZ DE MAYOLO M.
Presidente Ejecutivo