



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 371. 2009 - OSCE/PRE

Jesús María, 05 OCT. 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por PROVIAS NACIONAL con fecha 20 de febrero de 2009 (Expediente de Recusación N° 019-2009);

El escrito presentado por el Consorcio Andino con fecha 16 de junio de 2009;

El Informe N° 012-2009/DAA/JJ, de fecha 15 de setiembre de 2009, que analiza la recusación formulada contra el abogado Francisco Barrón Velis;

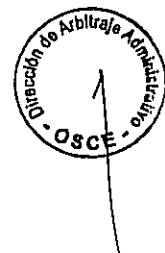
CONSIDERANDO:

Que, el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (en adelante "PROVIAS NACIONAL") y el Consorcio Andino, conformado por las empresas JC Contratistas Generales EIRL, W & M Contratistas Generales SAC, Montes Hermanos SRL, y E. Reyna C. SAC Contratistas Generales (en adelante "el Consorcio") suscribieron el Contrato N° 112-2007-MTC/20 para la ejecución de la Obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huarmey - Aija - Recuay, Tramo: Huarmey - Huamba Baja, Sector Km. 0+000 - Km. 23+000" ubicado en el departamento de Ancash con fecha 24 de julio de 2009;

Que, el 20 de febrero de 2009, PROVIAS NACIONAL, formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el doctor Francisco Barrón Velis, señalando que, a su juicio, dicho profesional habría incumplido el deber de información, previsto en el inciso 1 y el inciso 2 del artículo 28° de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje (en adelante "LGA"), así como lo dispuesto 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 24 de abril y 08 de junio de 2009 respectivamente, el OSCE puso en conocimiento del doctor Francisco Barrón Velis 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, el árbitro recusado no ha cumplido con absolver el traslado de la recusación formulada en su contra; el Consorcio absolvió el traslado de dicha recusación con fecha 16 de junio de 2009;



Que, PROVIAS NACIONAL sustenta su recusación en que, con fecha 11 de febrero de 2009, tomaron conocimiento que, el doctor Francisco Barrón Velis, aceptó la designación de árbitro realizada por el Consorcio Vial Oxapampa, en la controversia surgida contra dicha Entidad; en dicho procedimiento, también están procediendo a recusar al citado profesional, debido a que, según su dicho, habría incumplido el deber de información, ya que no ha declarado que participa como Presidente del Tribunal Arbitral en otro proceso arbitral, seguido entre la citada Entidad y el Consorcio Andino;

Que, asimismo señala como quiera que PROVIAS NACIONAL, viene recusando al doctor Francisco Barrón Velis, en el procedimiento de arbitraje que sigue Consorcio Vial Oxapampa contra dicha Entidad, sea cual fuere el resultado, lo cierto es que entre el ahora Presidente del Tribunal Arbitral y la citada institución, se creará un clímax de controversia, inherente a la propia recusación planteada, lo cual, según PROVIAS NACIONAL, constituye un hecho objetivo que genera una duda justificada en dicha parte, respecto a la imparcialidad del árbitro;

Que, mediante escrito presentado con fecha 31 de marzo de 2009, PROVIAS NACIONAL, amplía los fundamentos de la recusación planteada, citando, para dicho efecto, los factores que descalifican a un árbitro en una controversia en particular y que han sido abordados en el estudio de Doak Bishop y Lucy Reed, "Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party - Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration. The Journal of the London Court of International Arbitration, Vol. 14, N° 04, 1998, pág. 407 - 423, conforme el cual un árbitro debe renunciar al encargo conferido cuando exista una relación adversarial con una de las partes;

Que, además, señalan que independientemente del resultado favorable o desfavorable de la recusación planteada, entre el árbitro y PROVIAS NACIONAL, se ha creado un clímax de controversia inherente a la propia recusación, que opera en la esfera subjetiva del recusado, lo que hace difícil su verificación; no obstante, estiman que el recurso es fundado porque la relación adversarial que se ha generado es objetiva toda vez que existe un conflicto;

Que, con fecha 16 de junio de 2009, el Consorcio se pronuncia sobre la recusación, solicitando que la misma sea declarada infundada;

Que, el Consorcio señala que PROVIAS NACIONAL falta a la verdad, al afirmar que, en el procedimiento arbitral seguido por el Consorcio Vial Oxapampa, el doctor Francisco Barrón Velis infringió el deber de informar, toda vez que la Carta del 11 de febrero de 2009, mediante la cual comunica su aceptación, contiene una Declaración Jurada en la que informa una serie de hechos, indicando expresamente que conoce al Procurador Público de PROVIAS NACIONAL, como consecuencia de su designación como Presidente del Tribunal Arbitral en la controversia surgida con el Consorcio Andino;

Que, señala que la Entidad ha perdido credibilidad en sus afirmaciones, lo que genera que al pretender amparar el reclamo de un derecho en declaraciones ajenas a la verdad, como en el caso del Consorcio Vial Oxapampa, también le resta credibilidad en el presente proceso, toda vez que no existen evidencias, ni ha demostrado, la conducta irregular y parcializada por parte del recusado; es más, según su dicho, la propia Entidad al declarar expresamente que dicha recusación, creará un clímax de controversia, ha perdido total objetividad pues predice que a futuro, el referido árbitro le será adverso;





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 371- 2005 - OSCE/PRE

Que, finalmente, precisa que el numeral 3) del artículo 283° del Reglamento, es inaplicable al presente caso, toda vez que nadie puede predecir el futuro, pues hasta la fecha no existe hecho alguno que genere dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia del árbitro recusado, ni se han presentado medios probatorios que acrediten las afirmaciones efectuadas por la Entidad, lo que atenta contra el principio procesal contenido en el artículo 196° del Código Procesal Civil;

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

- Cuando se encuentren impedidos conforme el Artículo 279° o no cumplen con lo dispuesto en el Artículo 278° de este Reglamento.
- Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral.
- 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 sólo por:

- 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°.
- Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.
- 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 los argumentos y hacerse las siguientes preguntas: (i) ¿el doctor Francisco Barrón Velis, declaró participar como Presidente del Tribunal en la controversia surgida entre PROVIAS NACIONAL y el Consorcio Andino?; (ii) ¿corresponde declarar la participación como árbitro a una Entidad o Contratista que es parte del otro proceso en el cual se plantea la recusación?; (iii) ¿el hecho de plantear una recusación genera un conflicto entre la parte recusante y el árbitro recusado? ¿dicho conflicto es subjetivo u objetivo?

Que, sobre la primera pregunta, y en relación a que PROVIAS NACIONAL ha señalado que no haber declarado la participación del doctor Francisco Barrón Velis, como Presidente del Tribunal Arbitral en la controversia surgida con el Consorcio Andino, generaría dudas respecto de la imparcialidad e independencia, 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, “...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, respecto al 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 se señala respecto a al dependencia “...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 Nº 02. Ed. Grijley. Lima – Perú. Año 2006. P. 98.

³ SCHÄFER, Erik. "Elección y Nombramiento de los Árbitros. En: Revista Peruana de Arbitraje. Nº 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 2006. P.305.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 371. 2009 - OSCE/PRE

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

Que, mediante comunicación de fecha 13 de febrero de 2008, que obra en el expediente 144-2008/SNCA, el doctor Francisco Barrón Velis, cumple con aceptar la designación efectuada por el Consorcio, señalando además, su participación como árbitro en la controversia surgida entre PROVIAS NACIONAL y el Consorcio Andino, por lo que la recusación formulada en el proceso seguido con el Consorcio Vial Oxapampa ha sido declarada infundada, toda vez que el citado profesional cumplió con el deber de declaración correspondiente;

Con respecto a la segunda pregunta, consideramos que siendo PROVIAS NACIONAL, parte tanto en el proceso seguido por el Consorcio Andino, así como en el seguido por el Consorcio Vial Oxapampa, ha tomado conocimiento de la participación del doctor Francisco Barrón Velis como árbitro en ambos procesos y mal haría dicha parte en recusarlo cuando justamente conoce tales circunstancias; el deber de declaración se aplica cuando una de las partes desconoce los hechos que se aleguen y puedan sustentar una recusación;

Que, en relación a la tercera pregunta, ya se ha señalado que: "...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...⁵;

Que, siendo ello así, tomando como referencia que la independencia es atribuible a factores objetivos y la imparcialidad a factores subjetivos, el hecho de que PROVIAS NACIONAL alegue como causal de recusación, el hecho de haber recusado al mismo árbitro en otro proceso, no puede constituir y mucho menos generar un "clímax de controversia", toda vez que la Entidad estaría adelantando un juicio de valor que es propio e inherente al árbitro recusado y no corresponde ser calificado por dicha parte;

Que, igualmente, bajo la lógica de la Entidad recusante, bastaría que exista pendiente de resolver una recusación o que se plantee de manera maliciosa o con

⁵ REDFERN, Alan y otros. En: "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional". 4ta. Edición. Ed. Thomson Aranzadi. Navarra - España. Año 2006. P.305.

ánimos dilatorios la misma, para que ello excluya a cualquier profesional de poder aceptar el cargo de árbitro, lo cual no debe ser permitido por el OSCE;

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 **PROVIAS NACIONAL** contra el abogado, **Francisco Barrón Velis** 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. PUBLIQUESE la presente Resolución en la página web del OSCE.

Regístrese, comuníquese y archívese.




SANTIAGO B. ANTÚNEZ DE MAYOLO M.
Presidente Ejecutivo