



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 395 - 2009 - OSCE/PRE

Jesús María, 12 OCT 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por la Municipalidad de Miraflores con fecha 14 de julio de 2009 (Expediente de Recusación N° 043-2009);

El escrito presentado por la empresa Constructora Aldebarán S.A.C, con fecha 07 de agosto de 2009;

El Informe N° 028-2009/DAA/JJ, de fecha 01 de octubre de 2009, que analiza la recusación formulada contra el abogado Jorge Aquiles Ascencios Ponce;

CONSIDERANDO:

Que, la Municipalidad de Miraflores (en adelante "la Municipalidad") y la empresa Constructora Aldebarán SAC (en adelante "ALDEBARÁN") suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra, Proceso de Selección N° 00001-2007-GL-MM, "Rehabilitación y Mejoramiento de la Infraestructura Vial de la Av. Roosevelt" con fecha 28 de diciembre de 2007;

Que, surgida la controversia, se instaló, con fecha 09 de enero de 2008, el Tribunal Arbitral conformado por los doctores, Horacio Cánepa Torre (Presidente), Gregorio Martín Oré Guerrero (Árbitro designado por la Municipalidad) y Jorge Aquiles Ascencios Ponce (Árbitro designado por ALDEBARÁN), a fin de que resuelva la misma;

Que, el 14 de julio de 2009, la Municipalidad, formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el árbitro, doctor Jorge Aquiles Ascencios Ponce, señalando que, a su juicio, existirían causales de incompatibilidad y dudas razonables de la imparcialidad de dicho profesional;

Que, con fechas 31 de julio y 01 de agosto de 2009, respectivamente, el OSCE puso en conocimiento de ALDEBARÁN y del doctor Jorge Aquiles Ascencios Ponce la recusación formulada, otorgándoles el plazo de cinco (5) días, a fin de que expresen lo que convenga a su derecho;

Que, con fecha 07 de agosto de 2009, ALDEBARÁN absuelve el traslado de la recusación formulada; el doctor Jorge Aquiles Ascencios Ponce, no absolvió el traslado de la recusación formulada en su contra;

Que, la Municipalidad sustenta su recusación en que habrían tomado conocimiento que el doctor Jorge Aquiles Ascencios Ponce, labora en PROVIAS NACIONAL desde el 01 de agosto de 2003, desempeñando el cargo de Especialista Legal IV en la Unidad Gerencial de Asesoría Legal, habiendo suscrito contrato de trabajo sujeto a modalidad por servicio específico;



Que, señalan que dicha relación laboral no fue hecha de conocimiento a las partes en su aceptación al cargo de árbitro, manifestando, en la aceptación citada, que no tenía impedimento aceptar la designación inclusive;

Que, precisan que una de las causales de recusación, consiste en que exista incompatibilidad y circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia; en este sentido, el hecho de que el referido árbitro sea servidor público se enmarca dentro del presupuesto constitucional establecido en el artículo 40° de la Carta Magna, que señala que, ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno o más por función docente;

Que, siendo ello así, consideran que lo señalado, constituye duda razonable en la imparcialidad del árbitro recusado;

Que, agregan que, conforme el artículo 3° de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso; siendo las únicas excepciones la función docente y la percepción de dietas por participación en uno de los directorios de entidades o empresas públicas;

Que, en resumen, según su dicho, dichas normas, establecen la prohibición de doble percepción de ingresos al precisar que ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración o cualquier tipo de ingreso, haciéndola extensiva a cualquier denominación que pueda tener el segundo ingreso;

Que, por su parte, ALDEBARÁN señala que, a su criterio, de conformidad con el artículo 276° y el numeral 7) del artículo 279° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 084-2004-PCM (en adelante "el Reglamento"), el único impedimento que podría tener el doctor Jorge Aquiles Ascencios Ponce, consistiría en que éste tenga una relación directa con la Municipalidad;

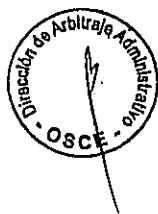
Que, por otro lado, señalan que si el propio Reglamento, expresamente ha establecido los impedimentos, no entienden de que manera la designación del doctor Jorge Aquiles Ascencios Ponce, servidor público del área legal de PROVIAS NACIONAL, que depende del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Ejecutivo), podría tener relación directa con un Gobierno Local como es el caso de la Municipalidad, más aun cuando en el último párrafo del artículo 279° del Reglamento, taxativamente precisa que, en los casos a que se refiere los incisos 5) y 7), el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas;

Que, el doctor Jorge Aquiles Ascencios Ponce, no absolvió el traslado de la recusación formulada en su contra, a pesar de encontrarse debidamente notificado;

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 el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje (en adelante "LA") y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 05 de junio de 2008 (en adelante el Código de Ética);

Que, 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 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.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 395-2009 - OSCE/PRE

- 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 inciso 3) del artículo 28° de la LA, los árbitros sólo podrán ser recusados si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la Ley;

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 CONSUMODE aprobará las reglas éticas que deberán observar los árbitros en el ejercicio de sus funciones".

Que, igualmente, los incisos 1) y 2) del artículo 28° de la LA acotada, precisan que todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia y, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora, cualquier nueva circunstancia

Que, al respecto, la Municipalidad sostiene que el hecho de que el doctor Jorge Aquiles Ascencios Ponce, sea funcionario de PROVIAS NACIONAL y que dicho hecho no haya sido declarado, constituye duda razonable en la imparcialidad de dicho árbitro;

Que la 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, asimismo "...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



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

actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea...²;

Que, también "...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, en ese sentido 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, siendo ello así y tomando en cuenta lo expuesto, el hecho de que el doctor Jorge Aquiles Ascencios Ponce, sea funcionario del Proyecto Especial de Infraestructura Nacional (PROVIAS NACIONAL), adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, no evidencia en lo absoluto que exista una causal válida que pueda cuestionar la imparcialidad o independencia del citado profesional, en tanto son cuestiones totalmente distintas;

Que, en relación a lo sostenido por la Municipalidad, en atención a que el doctor Jorge Aquiles Ascencios Ponce, estaría impedido de ejercer el cargo de árbitro, conforme a lo dispuesto en el artículo 40° de la Constitución Política del Estado y el artículo 3° de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, al ser funcionario público, debe indicarse que, conforme a lo dispuesto por el artículo 21° de la LA, pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros; es decir, en principio, cualquier persona mayor de edad y en pleno uso de sus derechos civiles puede actuar como árbitro;

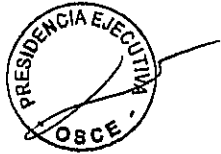
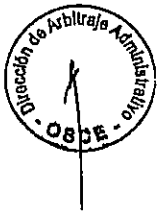
Que, igualmente, el artículo 21° de la norma acotada, establece de manera expresa que, tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas; es decir, los funcionarios y servidores públicos también pueden actuar como árbitros, salvo que por Ley, estén impedidos para hacerlo;

Que, siendo ello así, el artículo 1° así como el artículo 2° f) de la Ley N° 27588, Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, establecen únicamente que "los directores, titulares, altos funcionarios, miembros de Consejos Consultivos, Tribunales Administrativos, Comisiones y otros órganos colegiados que cumplen una función pública o encargo del Estado, los directores de empresas del Estado o representantes de éste en directorios, así como los asesores, funcionarios o servidores con encargos específicos que, por el carácter o naturales de su función o de los servicios que brindan, han accedido a información privilegiada o relevante, o cuya opinión haya sido

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 2006. P.305.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 395-2009 - OSCE/PRE

determinante en la toma de decisiones, están obligados a guardar secreto o reserva respecto de los asuntos o información que por ley expresa tengan dicho carácter..." y están impedidos de "intervenir como abogados, apoderados, asesores, patrocinadores, peritos o árbitros de particulares en los procesos que tengan con la misma repartición del Estado en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo cumplen el encargo conferido (...). Los impedimentos subsistirán permanentemente respecto de aquellas causas o asuntos específicos en los que hubieren participado directamente...";

Que, el Reglamento de dicha Ley, D.S. N° 019-2002-PCM, dispone, en todos los supuestos que el impedimento se restringe a la repartición de la administración pública sobre la cual hubiera tenido competencia funcional directa, el funcionario o servidor público;

Que, en ese mismo sentido, 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 doctor Jorge Aquiles Ascencios Ponce, sea funcionario de PROVIAS NACIONAL, no constituye causal de recusación, en tanto las partes del presente proceso son la Municipalidad de Miraflores y la empresa Constructora Aldebarán S.A. y, PROVIAS NACIONAL, no es parte del presente proceso arbitral y la Municipalidad no está subordinada a dicho Proyecto del Ministerio de Transportes y Comunicaciones;

Que, en ese sentido, de acuerdo a lo expuesto, 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 la Municipalidad de Miraflores contra el abogado, Jorge Aquiles Ascencios Ponce 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