



Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 451-2007 CONSUCODE/PRE

Jesús María, 07 SEP 2007

VISTOS:

La recusación formulada por Provias Descentralizado, mediante comunicación recibida con fecha 19 de julio de 2007 (Expediente N° 011-2007);

Los descargos presentados por el árbitro recusado, abogado Jesús Antonio Mezarina Castro con fecha 01 de agosto de 2007;

La absolución de traslado presentada por el Consorcio Tumbes con fecha 01 de agosto de 2007;

El Informe N° 013-2007-CONSUCODE-OCA de fecha 10 de agosto de 2007.

ATENDIENDO:

Que, con fecha 31 de agosto de 2005, el Consorcio Tumbes y Provias Descentralizado celebraron el Contrato de Ejecución de Obra N° 2150-2005-MTC/22 "Reconstrucción del Puente Franco y accesos";

Que, con fecha 22 de marzo de 2007 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral encargado de conocer y resolver las controversias surgidas entre las partes antes mencionadas, el que está integrado por los abogados Mario Castillo Freyre, Jesús Antonio Mezarina Castro y Carlos Luis Benjamín Ruska Maguiña, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral;

Que, con fecha 19 de julio de 2007, Provias Descentralizado formula recusación contra el árbitro, abogado Jesús Antonio Mezarina Castro fundamentada en que durante su actuación habría afectado los principios de imparcialidad e independencia y los acuerdos y estipulaciones del convenio arbitral;

Que, dichas afectaciones se habría producido con la variación de las reglas del proceso y, al disponer que el secretario arbitral se apersona a la sede del CONSUCODE a recabar el escrito de demanda arbitral presentado por el Consorcio Tumbes, supuestos que estarían recogidos en los numerales 2) y 3) del artículo 283° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado;



Que, ello afectaría el debido proceso¹ y la tutela jurisdiccional efectiva que rigen los procesos arbitrales y el trato igualitario a las partes, conllevando la vulneración de las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral y, constituyendo circunstancias que generan dudas justificadas respecto a su imparcialidad e independencia;

Que, en los descargos presentados por el árbitro recusado, éste manifiesta que las decisiones adoptadas por un Tribunal Arbitral no son susceptibles de revisión en sede administrativa y que en el presente caso, las resoluciones emitidas por el Tribunal Arbitral han salvaguardado el derecho de defensa de las partes, la debida motivación de las decisiones y en general el debido proceso;

Que, adicionalmente expresa que las decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral en mayoría no han supuesto "privilegio alguno a ninguna de las partes, sino mas bien el Tribunal procedió dentro de sus facultades y competencias a dictas reglas complementarias, respetando la igualdad de las partes, en concordancia con el principio de flexibilidad que rige todo proceso arbitral,...";

Que, el Consorcio Tumbes mediante escrito de vistos, señala que "las reglas del proceso arbitral no fueron acordadas por las partes sino establecidas por los miembros del Tribunal Arbitral en la Audiencia de Instalación, quienes por tal circunstancia consideramos que pueden ejercer la facultad de variar las reglas establecidas...";

Que, finalmente, expresa que el pronunciamiento del Tribunal Arbitral en mayoría, respecto a la admisión de la demanda arbitral, se basó en la ausencia de regulación, existiendo un vacío legal el que ha sido cubierto con los principios generales del proceso administrativo y procesal;

CONSIDERANDO:

Que, como aspecto inicial, corresponde precisar que el pronunciamiento del CONSUCODE respecto la recusación de un árbitro supone un análisis respecto – entre otros aspectos - al cumplimiento de los principios de imparcialidad e independencia que rigen el proceso arbitral, y no respecto al fondo de la materia controvertida, de la que los árbitros son los competentes;

¹ Respecto al debido proceso debe tenerse presente lo expuesto por el Tribunal Constitucional "[El derecho al debido proceso] está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier actuación del Estado que pueda afectarlos". Exp. Cfr. STC N.º 0005-2006-PI/TC..





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 451-2007 CONSUCODE/PRE

Que, quien conoce de las recusaciones contra los árbitros, esto es, el CONSUCODE en los arbitrajes administrativos, las instituciones arbitrales y el fuero judicial en las distintas materias arbitrales, debe velar por que los árbitros observen una conducta ética, ya sea dentro o fuera del proceso arbitral, por lo que en el presente caso, procede pronunciarse sobre la recusación formulada;

Que, según lo establecido en el numeral 2) del artículo 283° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, los árbitros podrán ser recusados cuando "no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral";

Que, de los argumentos expuestos por la parte recusante y de los hechos que se aprecian de los documentos que se adjuntan, no se advierte el incumplimiento por parte del árbitro recusado de las exigencias o condiciones establecidas en el convenio arbitral, puesto que la motivación del recurso resulta del pronunciamiento respecto a la oportunidad de la presentación y admisión de la demanda, el supuesto incumplimiento de las reglas establecidas en el Acta de la Audiencia de Instalación y, la decisión de solicitar al secretario arbitral su apersonamiento a nuestra institución para la entrega de la demanda arbitral presentada erróneamente por el Consorcio Tumbes;

Que, por tanto, las actuaciones o decisiones adoptadas por el árbitro recusado no constituyen afectación a los acuerdos del convenio arbitral, puesto que este no los incorpora;

Que, según lo establecido en el numeral 3) del artículo 283° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se podrá recusar a un árbitro si existieran "...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, respecto a la antedicha causal debe tenerse presente en primer lugar la naturaleza jurídica de los acuerdos recogidos en el proceso arbitral, los principios de discrecionalidad, flexibilidad y seguridad jurídica, para luego apreciar si se han generado dudas justificadas respecto a la imparcialidad e independencia del árbitro;

Que, sin perjuicio de lo establecido en la Directiva 003-2005-CONSUCODE/PRE relativa a la obligación de que los arbitrajes ad hoc se instalen en el CONSUCODE, incorporándose como reglas del proceso las establecidas en los modelos de Actas de Instalación de Árbitro Único y Tribunal Arbitral, las partes tienen la facultad de establecer las reglas del proceso arbitral, según lo establecido en el artículo 33° de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572;



Que, en el presente caso, las partes no convinieron en la determinación de las reglas del proceso arbitral, por lo que ellas fueron determinadas por el Tribunal Arbitral;

Que, sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral como director del proceso arbitral tiene la potestad de emitir las normas complementarias que resulten necesarias, o proponer la modificación de los acuerdos inmersos en las reglas del proceso arbitral con el asentimiento de las partes;

Que, la fijación del plazo para la presentación de la demanda estuvo recogido en las reglas del proceso arbitral inmersas en el Acta de la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, por lo que su modificación requeriría la convención de las partes, ya que lo contrario significaría que el plazo pueda ser revisado, variado o modificado discrecionalmente por el Tribunal Arbitral, desnaturalizando su propia esencia procesal, afectando con ello el debido proceso²;

Que, en el presente caso, se ha demostrado que el pronunciamiento del Tribunal Arbitral en mayoría, y en el caso concreto del árbitro recusado, ha supuesto la modificación injustificada de los acuerdos establecidos en el Acta de la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral y no como expresa el árbitro recusado, la concreción de un acuerdo complementario, produciendo una situación de inequidad entre las partes, haciendo del beneficio a una de ellas un hecho que crea dudas justificadas respecto a su imparcialidad e independencia;

Que, finalmente, no habiéndose probado que el árbitro recusado haya promovido o propugnado que el secretario arbitral se apersona al CONSUCODE a recabar el escrito de demanda arbitral, no corresponde a este Consejo pronunciarse sobre dicho supuesto.

Que, por tales consideraciones, habiendo causal de recusación fundada en derecho, corresponde declarar fundado el recurso de recusación;

SE RESUELVE:

Artículo Primero. *Declarar fundada la recusación formulada contra el árbitro, abogado Jesús Antonio Mezarina Castro, de conformidad con lo establecido en la parte considerativa de la presente Resolución.*

² En materia procesal, la discrecional del árbitro resulta aplicable cuando no existen directivas específicas o existiendo se le ha otorgado dicha facultad al árbitro. La afectación de dichas reglas específicas podría suponer la vulneración del debido proceso. Park, William W. Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad. En: Revista Internacional de Arbitraje. Vol. 2, 2005, pp. 11-55.



Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 451-2007-CONSUCODE/PRE

Artículo Segundo. Proceder el CONSUCODE a la designación del árbitro sustituto.

Artículo Tercero. Notificar a las partes y los miembros del Tribunal Arbitral de la presente Resolución.

Regístrese, comuníquese y archívese.



LUIS TORRICELLI FARFÁN
Presidente