



Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 160-2008 CONSUCODE/PRE

Jesús María, - 1 ABR 2008

VISTOS:

La recusación formulada por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional, en adelante PROVIAS NACIONAL, mediante comunicación recibida con fecha 22 de enero de 2008;

La subsanación de PROVIAS NACIONAL, mediante escrito de fecha 05 de febrero de 2008;

La comunicación presentada por el Consorcio Vial Yupash con fecha 21 de febrero de 2008;

El Informe N° 009-2008-CONSUCODE-OCA emitido con fecha 17 de marzo de 2008;

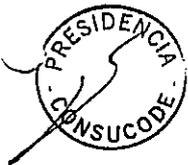
La comunicación presentada por el abogado José Alejandro Talavera Herrera con fecha 21 de febrero de 2008;

ATENDIENDO:

Que, el Consorcio Vial Yupash y PROVIAS NACIONAL celebraron el Contrato de Ejecución de Obra N° 323-2006-MTC/20 con fecha 11 de setiembre de 2006, a efectos de la ejecución de la obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Casma-Yaután-Huaraz, Tramo: Yupash-Huaraz, correspondiente a la Licitación Pública Nacional LPN N° 0003-2006-MTC/20;

Que, mediante Cartas N° 054-CVY-2007, N° 104-CVY-2007, N° 126-CVY-2007 y 138-CVY-2007 recibidas por PROVIAS NACIONAL con fechas 19 de julio de 2007, 28 de setiembre de 2007, 26 de octubre de 2007 y 15 de noviembre de 2007, respectivamente, el Consorcio Vial Yupash solicitó el inicio de los procedimientos arbitrales tendientes a resolver las controversias descritas en dichos documentos;

Que, mediante Oficios N° 840-2007-MTC-20, N° 1205-2007-MTC-20, N° 1328-2007-MTC-20 y N° 1398-2007-MTC-20 recibidos por el Consorcio Vial Yupash con fechas 27 de julio de 2007, 15 de octubre de 2007, 12 de noviembre de 2007 y 29 de



noviembre de 2007, respectivamente, PROVIAS NACIONAL cumplió con dar respuesta a las solicitudes de inicio de procedimiento arbitral cursadas por el citado Consorcio;

Que, con fecha 31 de octubre de 2007, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral encargado de conocer y resolver las controversias correspondientes a la Carta N° 054-CVY-2007, el cual se encontraba integrado por los abogados José Talavera Herrera, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Ricardo Espinoza Rimachi y el ingeniero Rafael Antonio López Aranzaes;

Que, mediante Resolución N° 01 de fecha 06 de noviembre de 2007, el Tribunal Arbitral admite a trámite la solicitud de acumulación presentada por el Consorcio Vial Yupash con fecha 05 de noviembre de 2007 y corre traslado de la misma a PROVIAS NACIONAL, para que exprese lo conveniente a su derecho;

Que, mediante escrito presentado con fecha 13 de noviembre de 2007, PROVIAS NACIONAL manifiesta su oposición a la acumulación solicitada por el Consorcio Vial Yupash con fecha 05 de noviembre de 2007;

Que, mediante Resolución N° 02 de fecha 14 de noviembre de 2007, el Tribunal Arbitral citado, declara fundada la solicitud de acumulación presentada por el Consorcio Vial Yupash con fecha 05 de noviembre de 2007, acumulándose a dicho proceso arbitral las controversias descritas en las Cartas N° 104-CVY-2007 y N° 126-CVY-2007, respectivamente;

Que, mediante Resolución N° 04 de fecha 03 de diciembre de 2007, el Tribunal Arbitral admite a trámite la solicitud de acumulación presentada por el Consorcio Vial Yupash con fecha 03 de diciembre de 2007 y corre traslado de la misma a PROVIAS NACIONAL, para que exprese lo conveniente a su derecho;

Que, mediante escrito presentado con fecha 11 de diciembre de 2007, PROVIAS NACIONAL manifiesta su oposición a la acumulación solicitada por el Consorcio Vial Yupash con fecha 03 de diciembre de 2007;

Que, mediante Resolución N° 06 de fecha 21 de diciembre de 2007, el Tribunal Arbitral declara infundado el recurso de Reconsideración presentado por PROVIAS NACIONAL respecto de la Resolución N° 02;

Que, mediante Resolución N° 07 de fecha 21 de diciembre de 2007, el Tribunal Arbitral citado, declara fundada la solicitud de acumulación presentada por el Consorcio Vial Yupash con fecha 3 de diciembre de 2007, acumulándose a dicho proceso arbitral las controversias descritas en la Carta N° 138-CVY-2007;





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 160 . 2008 CONSUCODE/PRE

Que, mediante Resolución N° 08 de fecha 11 de enero de 2008, el Tribunal Arbitral declara improcedente el recurso extraordinario presentado por PROVIAS NACIONAL mediante el que solicitaba se deje sin efecto la Resolución N° 06 antes referida;

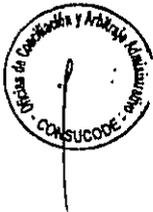
Que, mediante Resolución N° 09 de fecha 11 de enero de 2008, el Tribunal Arbitral declara infundado el recurso de reconsideración presentado por PROVIAS NACIONAL respecto de la Resolución N° 07 antes referida;

Que, con fecha 22 de enero de 2008 y con la subsanación de fecha 05 de febrero de 2008, PROVIAS NACIONAL formula recusación contra el árbitro, abogado José Alejandro Talavera Herrera, fundamentada en que las acumulaciones de procesos decretadas mediante las Resoluciones N° 02 y 07 citadas, emitidas con la conformidad de dicho Árbitro, habrían sido ilegales, debido a que el artículo 287° del Reglamento del Texto Único de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado faculta a las partes únicamente a solicitar la acumulación de pretensiones, mas no de procesos arbitrales;

Que, a mayor abundamiento respecto a las acumulaciones supuestamente ilegales, éstas evidenciarían que el citado profesional habría actuado de manera irregular, atentatoria contra el debido proceso, contraria a derecho, vulnerando el derecho de defensa de PROVIAS NACIONAL y acarreando con ello una afectación a los principios de imparcialidad e independencia, recogidos en el artículo 28° inc. 3) de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572;

Que, asimismo, PROVIAS NACIONAL fundamenta su recusación, agregando, que al haberse decretado las acumulaciones anteriormente citadas, se habría violado su derecho a la Libertad de Designación de los Árbitros, recogido en los artículos 20° y 21° de la Ley General de Arbitraje, puesto que se habría sometido de manera arbitraria e ilegal todas las controversias ante un mismo Tribunal Arbitral, cuando ya se habían iniciado procesos arbitrales respecto a las controversias acumuladas, cumpliendo PROVIAS NACIONAL con designar a los árbitros correspondientes de acuerdo a su capacidad y especialidad en razón de la materia controvertida;

Que, adicionalmente, PROVIAS NACIONAL fundamenta su recusación indicando que el Árbitro recusado habría atentado contra el debido proceso, toda vez que mediante la Resolución N° 06 citada, supuestamente emitida en unanimidad por el Tribunal Arbitral, habría sido aclarada mediante la Resolución N° 11 de fecha 11 de enero de 2008, precisando que por un error involuntario se habría consignado que la Resolución N° 06 fue emitida por unanimidad, cuando en realidad fue emitida en mayoría con el voto en discordia del árbitro, ingeniero Rafael Antonio López Aranzaes,



constituyéndose dicho Acto en una clara muestra del ilegal proceder de los árbitros al querer anticipar el voto de uno de sus integrantes de manera absolutamente irregular ;

Que, a manera de conclusión, PROVIAS NACIONAL indica que debido a las ilegales acumulaciones de procesos decretadas con la conformidad del Árbitro recusado, mediante las que se beneficia únicamente al Consorcio Vial Yupash, y la notificación de la Resolución N° 06 emitida en aparente unanimidad, cuando fue realmente emitida en mayoría, llevan a dicha Entidad a argumentar que la presente Recusación se debería conocer en concordancia con el inciso 3° del artículo 28° de la Ley General de Arbitraje por el que cabría la recusación "cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia" y en concordancia con lo establecido por el artículo 283° inc. 3) del Reglamento antes citado, por el que cabría la recusación "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, habiéndose corrido traslado de la recusación formulada por PROVIAS NACIONAL al árbitro José Alejandro Talavera Herrera, éste presentó sus descargos correspondientes dentro del plazo otorgado, tal como se aprecia del Oficio de notificación de fecha 13 de febrero de 2008;

Que, respecto a lo expresado por PROVIAS NACIONAL en cuanto a que dicho Árbitro habría actuado de manera irregular y atentatoria contra el debido proceso, dicho profesional asevera que PROVIAS NACIONAL no habría especificado y/o acreditado el agravio o afectación al derecho constitucional que alude, agregando, que la acumulación decretada por el Tribunal en mayoría se habría realizado conforme a las reglas establecidas en el Acta de Instalación y conforme a la interpretación que en mayoría tuvo el Tribunal respecto del artículo 287° del Reglamento del Texto Único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado;

Que, respecto a lo expresado por PROVIAS NACIONAL en cuanto a que dicho Árbitro habría violado su derecho a la Libertad de Designación de los Árbitros, dicho profesional asevera que las acumulaciones decretadas no habrían afectado de modo alguno el derecho a la Libertad de Designación de los Árbitros de PROVIAS NACIONAL, debido a que dicha Entidad designó en su momento, conforme lo establece el artículo 277° del Reglamento citado, al ingeniero Rafael Antonio López Aranzaes como árbitro, agregando, que dicha Entidad debió prever la posibilidad de que ese mismo árbitro podría conocer cualquier controversia subsiguiente que se acumulara al proceso originario, según lo regulado por la normativa de contrataciones;





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 160. 2008 CONSUCODE/PRE

Que, a mayor abundamiento respecto a la supuesta violación del derecho a la Libertad de Designación de los Árbitros realizada por el Árbitro recusado, dicho profesional indica que las controversias acumuladas son de la misma naturaleza, eminentemente técnicas, y no de distinta naturaleza, como asevera PROVIAS NACIONAL, debiendo tomarse en consideración que de acuerdo al artículo 287° del Reglamento citado, el Tribunal Arbitral sólo deberá evaluar la naturaleza de las controversias si es que en el proceso en curso ya se hubiere abierto la etapa probatoria, cuestión que no se dio en el proceso arbitral materia de análisis;

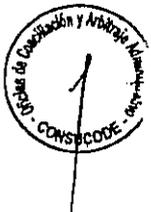
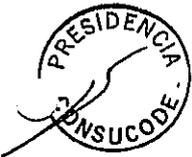
Que, respecto a lo expresado por PROVIAS NACIONAL en cuanto a que dicho Árbitro habría realizado una acumulación ilegal de procesos, dicho profesional asevera que se habría cumplido con todos los requisitos establecidos en el artículo 287° del Reglamento citado para decretar las acumulaciones, toda vez que existía un proceso arbitral Ad-Hoc en curso, las dos acumulaciones decretadas se desprendían de pretensiones surgidas del mismo contrato y se plantearon dentro del plazo de caducidad, cumpliéndose además con solicitar las mismas antes de que se hubiera abierto la etapa probatoria;

Que, a mayor abundamiento, el citado profesional indica que el artículo 287° del Reglamento citado, regula tanto la acumulación de procesos como de pretensiones y que, de una interpretación sistemática, dicho artículo hace referencia a la acumulación de controversias, las cuales pueden ser objeto de solicitudes arbitrales independientes, por lo que las acumulaciones decretadas con su conformidad serían válidas y conformes a derecho;

Que, respecto a lo expresado por PROVIAS NACIONAL en cuanto a que dicho Árbitro habría tenido un comportamiento irregular con respecto al voto en discordia emitido por el Ing. Rafael Antonio López Aranzaes, el Árbitro recusado indica que el Tribunal Arbitral habría actuado de manera transparente, subsanando, apenas se advirtió, el error involuntario de la Secretaría Arbitral al momento de transcribir la Resolución N° 06 anteriormente citada, cumpliendo con emitir la Resolución aclaratoria correspondiente;

Que, a mayor abundamiento, indica que no ha existido premura por parte del Tribunal Arbitral para el despacho de los actuados, toda vez que dicho Colegiado habría corrido traslado de todos los actuados a las partes y habría tomado el tiempo necesario para proceder a resolver las cuestiones planteadas por las mismas;

Que, respecto a lo expresado por PROVIAS NACIONAL en cuanto a que las acumulaciones decretadas por el Tribunal Arbitral, con la conformidad de dicho



Árbitro, habrían dado lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia, dicho profesional indica que el sustento de la Recusación presentada por PROVIAS NACIONAL es no estar de acuerdo con el criterio del Tribunal Arbitral en lo que respecta a la acumulación planteada por la demandante y que para acreditarse una falta de imparcialidad o independencia, la Entidad debió acreditar el vínculo entre los árbitros y la parte beneficiada o la preferencia de los árbitros frente a una de las partes, cuestiones que no se han cumplido;

Que, por otro lado, puesta en conocimiento la recusación antedicha y dentro del plazo otorgado, tal como se aprecia del Oficio de notificación de fecha 13 de febrero de 2008, el Consorcio Vial Yupash cumplió con expresar lo conveniente a su derecho;

Que, respecto a lo expresado por PROVIAS NACIONAL en cuanto a que las acumulaciones de procesos realizadas por el Tribunal Arbitral no estarían acordes con lo establecido en el artículo 287° del Reglamento, el cual regula únicamente la acumulación de pretensiones mas no de procesos, el citado Consorcio indica que dicho artículo no discrimina entre acumulación de procesos y acumulación de pretensiones, siendo la acumulación de procesos perfectamente válida y acorde con el artículo citado;

Que, respecto a lo expresado por PROVIAS NACIONAL en cuanto a que no procedía decretar las acumulaciones de procesos debido a que éstos eran de naturaleza diferente, el citado Consorcio precisa que conforme a lo establecido en el artículo 287° del Reglamento citado, los árbitros deberán decidir la solicitud de acumulación tomando en cuenta la naturaleza de las controversias, sólo cuando en el proceso arbitral se hubiere abierto la etapa probatoria;

Que, respecto a lo expresado por PROVIAS NACIONAL en cuanto a que no procedía decretar las acumulaciones de procesos debido a que no existía acuerdo de las partes para ello, el citado Consorcio precisa que conforme a la normativa citada la decisión de acumular procesos es imperativa, resultando irrelevante el acuerdo de las partes para proceder a la acumulación de los procesos;

CONSIDERANDO:

Que, la recusación formulada contra el árbitro, abogado José Alejandro Talavera Herrera, se fundamenta en la presunta ilegalidad de las acumulaciones de procesos decretadas con su conformidad, mediante las que se beneficiaba únicamente al Consorcio Vial Yupash, violando así el derecho a la Libertad de Designación de los Árbitros de PROVIAS NACIONAL, y en la notificación de la Resolución N° 06 emitida en aparente unanimidad, cuando fue realmente emitida en mayoría, llevando a dicha





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 160 - 2008 CONSUCODE/PRE

Entidad a argumentar que la presente Recusación se debería conocer en concordancia con el inciso 3° del artículo 28° de la Ley General de Arbitraje por el que cabría la recusación "cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia" y en concordancia con lo establecido por el artículo 283° inc. 3) del Reglamento antes citado, por el que cabría la recusación "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";

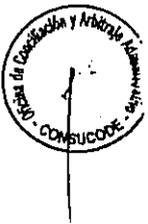
Que, respecto a la supuesta ilegalidad de las acumulaciones decretadas con la conformidad del Arbitro recusado en el proceso materia de análisis, debe precisarse que este Consejo Superior no es competente para pronunciarse respecto a la legalidad o ilegalidad de las mismas, toda vez que mediante el procedimiento de Recusación no se evalúa o se somete a examen la interpretación jurídica que puedan tener los árbitros respecto de la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado;

Que, en ese sentido, la interpretación que pueda tener el Arbitro recusado respecto al artículo 287° del Reglamento antes citado, es una interpretación jurídica de competencia exclusiva de dicho profesional como miembro del Tribunal Arbitral, por lo que este Consejo Superior, vía Recusación, no podría actuar como una Segunda Instancia para pronunciarse sobre la corrección o incorrección legal de la misma;

Que, habiéndose precisado que la Recusación no sería la herramienta jurídica idónea para someter a análisis la legalidad o ilegalidad de las acumulaciones decretadas con la conformidad del Arbitro recusado, este Consejo Superior no resultaría competente para determinar si se ha violado o no el derecho a la Libertad de designación de los árbitros de PROVIAS NACIONAL, como consecuencia de la supuesta ilegalidad de las acumulaciones antes referidas, puesto que para realizar dicha aseveración, se tendría que calificar previa y necesariamente la corrección legal de las mismas, cuestión que no puede ser materia de análisis en la presente Recusación;

Que, adicionalmente, este Consejo Superior considera pertinente indicar que conforme al principio de Kompetenz-Kompetenz, recogido en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje, los árbitros tienen la facultad de decidir acerca de su propia competencia, otorgándoles la facultad de resolver los planteamientos de incompetencia que pudieran plantearles las partes¹, sin perjuicio que, de considerarlo pertinente, éstas recurran a los medios de control jurisdiccional que franquea la Ley, haciéndolo en su oportunidad contra el Laudo Arbitral;

¹ Cfr. con CAIVANO, Roque. "Arbitraje". Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L. & Vilela Editor. 2000. pp 159-160.



Que, en ese sentido, el Árbitro recusado al brindar su conformidad respecto de las acumulaciones antes referidas, considerándose competente para conocer respecto de las mismas, estaría actuando conforme al principio de Kompetenz-Kompetenz recogido por el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje anteriormente citado, el mismo que le permite decidir acerca de su propia competencia, dentro del arbitraje en curso;

Que, respecto a la existencia de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia del Árbitro recusado debido a la presunta ilegalidad de las acumulaciones decretadas, este Consejo Superior no es competente ni para analizar la legalidad o ilegalidad de las mismas ni para determinar la violación a la Libertad de Designación de los Árbitros de PROVIAS NACIONAL, como posibles fundamentos que puedan acarrear la vulneración de los principios de imparcialidad e independencia que rigen la actuación arbitral, toda vez que dichos asuntos no pueden ser materia de análisis en la presente recusación, quedando las partes, en plena aptitud de recurrir a los medios de control jurisdiccional estatal del Laudo Arbitral previstos en la Ley General de Arbitraje, de ser el caso;

Que, respecto a la notificación de la Resolución N° 06 emitida en aparente unanimidad, cuando fue realmente emitida en mayoría, como causal de recusación en concordancia con lo establecido por el inciso 3° del artículo 28° de la Ley General de Arbitraje y por el artículo 283° inc. 3) del Reglamento antes citado, este Consejo Superior considera pertinente realizar una aproximación general de lo que debería entenderse por imparcialidad e independencia, a efectos de determinar la violación de dichos principios por parte del Árbitro recusado al notificarse la Resolución N° 06 antes citada;

Que, la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones que puedan tener los árbitros con las partes o con el objeto materia de controversia, mientras que la imparcialidad resulta ser un concepto subjetivo, ligado al estado mental de los árbitros, mediante el cual se pretende preservar la ausencia de preferencia o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o un asunto en particular;²

² Cfr. con GONZÁLES DE COSSIO, Francisco. "Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros". En: http://www.coladic.org.pdf/publicaciones/FGC_independencia.pdf. y con ALONSO, José María. "La independencia e imparcialidad de los árbitros". En: Revista Peruana de Arbitraje N° 2. 2006. p. 98.





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 160 . 2008 CONSUCODE/PRE

Que, en ese sentido, debemos analizar si la notificación de la Resolución N° 06 en los términos anteriormente expuestos, podría desencadenar una vulneración de parte del Árbitro recusado a los principios de imparcialidad e independencia anteriormente citados;

Que, toda vez que la presente Recusación somete a análisis, únicamente, el desenvolvimiento del Árbitro recusado, debemos indicar que PROVIAS NACIONAL no ha presentado medio probatorio alguno o indicios contundentes, que lleven a este Consejo Superior a establecer que el profesional recusado haya dado indicaciones expresas a la Secretaría a efectos de querer anticipar el voto de uno de los integrantes del Tribunal Arbitral de manera absolutamente irregular, obstruyendo así la notificación del voto singular del árbitro, ingeniero Rafael Antonio López Aranzaes;

Que, de los hechos alegados en el presente expediente, se aprecia que respecto a la acumulación decretada mediante Resolución N° 02, cuya reconsideración se declarara infundada mediante la Resolución N° 06 citada, PROVIAS NACIONAL tuvo la oportunidad de expresar su oposición a la misma;

Que, sin perjuicio de haber tenido la posibilidad de expresar su oposición respecto a dicha acumulación y reconsiderar la Resolución que la declaraba procedente, se aprecia también que la Secretaría Arbitral emitió la Razón de Secretaría correspondiente, subsanando el error cometido al transcribirse la Resolución N° 06 que indicaba que dicha Resolución fue emitida en unanimidad, cuando fue emitida realmente en mayoría con el voto en discordia del ingeniero Rafael Antonio López Aranzaes;

Que, si bien dicho voto en discordia debió notificarse en su oportunidad, su notificación posterior, se debió a un error cometido y asumido por la Secretaría Arbitral, por lo que no se encontraría probada la responsabilidad o supuesta intencionalidad del Árbitro recusado respecto a la falta de notificación del citado voto singular;

Que, a mayor abundamiento, el hecho de no haber sido notificado el voto singular por la Secretaría Arbitral y que PROVIAS NACIONAL no haya conocido en su oportunidad el contenido del mismo, no es fundamento suficiente ni para determinar que hubo alguna vinculación perniciosa entre el Árbitro recusado y la contraparte, ni para aseverar que el Árbitro recusado haya tenido una cierta preferencia hacia una de las partes, toda vez que la falta de notificación de dicho pronunciamiento, entendido como un error material, habría sido de total y entera responsabilidad de la Secretaría Arbitral;



Que, en consecuencia, considerando que el error cometido fue corregido oportunamente y que escapó a la competencia del Árbitro recusado, este Consejo Superior considera que no ha existido una vulneración a los principios de imparcialidad o independencia que rigen toda actuación arbitral, debiendo exhortarse a la Secretaría Arbitral a efectos de que tenga un mayor celo y responsabilidad en la realización de sus funciones;

Que, por tales consideraciones, no habiendo causal de recusación fundada en derecho, corresponde declarar infundado el recurso de recusación;

SE RESUELVE:

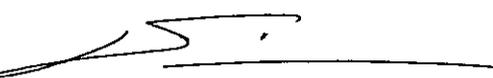
Artículo Primero. Declarar infundada la recusación formulada contra el árbitro, abogado José Alejandro Talavera Herrera, de conformidad con lo establecido en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

Regístrese, comuníquese y archívese.

Regístrese, comuníquese y archívese.




SANTIAGO B. ANTÚNEZ DE MAYO M.
Presidente