



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 341-2009 - OSCE/PRE

Jesús María 2 SET. 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por el Gobierno Regional de Cajamarca con fecha 02 de marzo de 2009 (Expediente de Recusación N° 022-2009);

El escrito presentado por el ingeniero, Mario Manuel Silva López con fecha 28 de abril de 2009;

El Informe N° 013-2009/DAA/JJ, de fecha 16 de setiembre de 2009, que analiza la recusación formulada contra el ingeniero Mario Manuel Silva López;

CONSIDERANDO:

Que, el Gobierno Regional de Cajamarca (en adelante "el GRC") y la empresa AZAF Contratistas Generales SRL (en adelante "la Empresa") suscribieron el Contrato de Construcción a Precios Unitarios N° 002-2007-GR.CAJ MTC/20 para la ejecución de la Obra "Mejoramiento Carretera Miravalles - Niepos" ubicado en la Región Cajamarca, provincia de San Miguel, distrito de Niepos, con fecha 12 de febrero de 2007;

Que, con fecha 02 de marzo de 2009, el GRC formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el ingeniero Mario Manuel Silva López, señalando que, a su juicio, existen dudas respecto a la imparcialidad e independencia del citado profesional;

Que, con fechas 24 de abril y 10 de junio de 2009 respectivamente, el OSCE puso en conocimiento del ingeniero Mario Manuel Silva López y de la Empresa la recusación formulada, otorgándoles el plazo de cinco (5) días, a fin de que expresen lo que convenga a su derecho;

Que, con fecha 28 de abril de 2009, el ingeniero Mario Manuel Silva López absuelve la recusación formulada, solicitando que la misma sea declarada infundada; la Empresa, no absolvió el traslado de la recusación, a pesar de encontrarse debidamente notificada;

Que, el GRC sustenta su recusación en que ha tomado conocimiento de las Resoluciones N° 497-2008-CONSUCODE/PRE y N° 498-2008-CONSUCODE/PRE, mediante las cuales se declaran fundadas las recusaciones interpuestas por el Banco de la Nación contra el ingeniero Mario Manuel Silva López, en los procesos seguidos con el Consorcio Puerto Maldonado y el Consorcio Sullana, respectivamente;

Que, se señala que en el tercer considerando de ambas Resoluciones, se hace mención al Oficio N° 1288-2008-CONSUCODE en el cual se refiere a la existencia de 32 procesos arbitrales, en los cuales interviene el árbitro recusado y el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares, en calidad de representante de la parte demandante;



Que, en el presente proceso, el señor Eduardo Villalobos Linares, fue designado representante de la parte demandante en su escrito de fecha 28 de octubre de 2008, participando en la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral realizada en la misma fecha; también en la de determinación de puntos controvertidos de fecha 06 de enero de 2009 y en la última, de la primera, segunda y tercera pretensión del 03 de febrero de 2009;

Que, asimismo, se precisa que, el árbitro recusado, no ha informado al Tribunal de las Resoluciones del CONSUCODE señaladas en el punto 5) precedente, por lo que su imparcialidad e independencia les generan dudas totalmente justificadas, mucho más aun, cuando existe un pronunciamiento de la Entidad del Estado a cargo de las Licitaciones y Contrataciones;

Que, igualmente, se indica que tampoco ha informado de la existencia de los 32 procesos arbitrales señalados por el CONSUCODE, en donde interviene con el señor Villalobos Linares, lo que daría lugar a afirmar que entre ambas partes, existe un interés común, o para decirlo en argot futbolístico, un juego en pared que cuestiona la imparcialidad de este proceso, debido a que, según su dicho, la contraparte ya contaría con un voto a su favor;

Que, corrido traslado al ingeniero Mario Manuel Silva López de la recusación formulada en su contra, mediante escrito de fecha 28 de abril de 2009, solicita que la misma sea declarada infundada;

Que, en tal sentido, indica que lo afirmado por el GRC no tiene asidero legal, por cuanto utiliza como fundamento, recusaciones ocurridas en otro proceso arbitral que nada tiene que ver con el presente proceso;

Que, se precisa con fecha 13 de febrero de 2009, el GRC interpone recusación en su contra, en la controversia surgida entre el señor Víctor Baltodano Tello y dicha Entidad; la citada recusación se fundamenta textualmente en los mismos argumentos de la presente recusación; expone este hecho para demostrar que a esa fecha, 13 de febrero de 2009, la Entidad recusante ya tenía conocimiento de los hechos descritos en la recusación presentada y, en consecuencia, de acuerdo al artículo 284°, numeral 1) del Reglamento, tenían cinco (5) días hábiles a partir de esa fecha, para recusarlo, por lo que, siendo que la presente recusación se presentó con fecha 02 de marzo de 2009, deviene en extemporánea;

Que, señala que, al momento de recibir la carta de designación por parte de la Empresa, presentó de inmediato su carta de aceptación con fecha 22 de julio de 2008, declarando hechos que están relacionados a la presencia del señor Villalobos en diferentes procesos arbitrales en los que ha sido designado y, además, indica que dicha carta debe ser comunicada a la Entidad; la carta citada, fue presentada al OSCE con los documentos de la solicitud de Instalación del Tribunal Arbitral;

Que, finalmente, comunica que con fecha 23 de febrero de 2009, presentó la declaración jurada al GRC indicando claramente lo que se señala no cumplido con informar;

Que, la Empresa no absolvió el traslado de la recusación formulada, a pesar de encontrarse debidamente notificada;

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 "LA");

Que, según lo 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.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 341-2009 - OSCE/PRE

- 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 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 CONSUMOCODE 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 acotado, 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, a efectos de analizar la presente recusación es necesario resumir los argumentos y hacerse la siguiente pregunta: ¿la recusación se ha presentado dentro del plazo? ¿el hecho de no haber declarado la participación como árbitro en 32 procesos arbitrales, en los cuales participa el mismo representante es causal de recusación?;

Que, sobre la primera pregunta, el ingeniero Mario Manuel Silva López indica que el GRA al plantear otra recusación en su contra, en el proceso seguido entre dicha Entidad y el señor Víctor Baltodano Tello con fecha 13 de febrero de 2009, ya habría tomado conocimiento de los hechos sobre los cuales fundamenta la presente recusación y como tal, conforme lo dispuesto por el inciso 1) del artículo 284° del Reglamento, contaba con cinco (5) días para plantearla, con lo cual, según su dicho, vendría en extemporánea;



Que, el deber de declaración alcanza tanto a la persona a quien se comuniquen su posible nombramiento como árbitro, como también al árbitro ya designado, de donde fluye que se trata de una obligación in personam, que debe ser cumplida sin excepción por el árbitro durante toda la secuela del iter arbitral y cuyo cumplimiento debe verificarse desde el momento en que se lleva a cabo la designación, una vez que el árbitro toma conocimiento de la misma;

Que, sin embargo, debe precisarse que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 282° del Reglamento, complementado con lo señalado por el inciso 1) del artículo 28° de la LA, los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, con lo cual, también debe entenderse que dicha premisa se aplica a lo largo de todo el proceso arbitral y, en consecuencia, al haberse alegado la causal de dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia, el plazo contenido en el inciso 1) del artículo 284° del Reglamento resulta de aplicación meramente referencial, no estableciéndose etapas preclusivas;

Que, en relación a la segunda pregunta, habiéndose cuestionado la imparcialidad e independencia del ingeniero Mario Manuel Silva López, correspondería que definamos de manera previa, los criterios de imparcialidad e independencia;

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, la independencia es "... un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea..."²;

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: "...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 la doctrina es unánime, al señalar que la independencia posee un criterio objetivo, mientras que la imparcialidad posee un criterio subjetivo;

Que, así, "...las causales de recusación deben ser interpretadas en un sentido menos rigurosos que respecto de un juez, ya que será común que los árbitros tengan algún tipo de relación, sobretodo en los arbitrajes ad hoc. Así, en principio no cabe invocar con estrictez esas causales contra los árbitros designados por una de las partes..."⁵;

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 2006. P.305.

⁵ CAIVANO, Roque J. Op. Cit. P. 203





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 341-2009 - OSCE/PRE

Que, al respecto, "...la persona que es contactada por una de las partes para desempeñarse como árbitro designado por ésta habitualmente le revelará los hechos pertinentes a la partes en cuestión en primera instancia y de manera informal. Si las circunstancias reveladas no generan motivo de inquietud ya sea para el posible árbitro o la parte que vaya a designarlo, el candidato acepta la nominación y les comunica formalmente y por escrito a ambas partes los hechos pertinentes cuando por su naturaleza corresponda revelarlos por considerarse que "a los ojos" de la otra parte podrían generar dudas respecto de la independencia e imparcialidad del futuro árbitro. Por ende en este contexto existe una diferencia sutil entre el criterio objetivo que consiste en determinar si los hechos pertinentes generarían dudas a los ojos de un tercero razonable, y el criterio subjetivo, que busca establecer si generarían dudas a los ojos de las partes enfrentadas en la controversia específica..."⁶;

Que, en ese sentido, la presente recusación tiene como fundamento, que el ingeniero Mario Manuel Silva López, no reveló a los miembros del Tribunal ni a las partes, la existencia de las Resoluciones N° 497-2008-CONSUCODE/PRE y N° 498-2008-CONSUCODE/PRE, mediante las cuales se declaran fundadas las recusaciones formuladas en su contra, fundamentándose las mismas, en que dicho profesional no habría declarado la participación como árbitro en 32 procesos arbitrales en los cuales el señor Eduardo Villalobos Linares, interviene como representante de la parte demandante;

Que, el ingeniero Mario Manuel Silva López, al momento de presentar sus descargos ha señalado que cumplió con el deber de declaración hacia ambas partes;

Que, en efecto, mediante comunicación de fecha 23 de febrero de 2009, el ingeniero Mario Manuel Silva López comunica al GRC lo siguiente:

"Es grato dirigirme a usted con respecto al deber de declaración indicado en artículo 282° del RELCAE (Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), aplicable a las controversias surgidas entre la empresa AZAF CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. y el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA.

Al respecto, le comunica que habiendo aceptado la designación efectuada por la indicada Empresa, he expresado en su momento, que no tengo ninguno de los impedimentos enumerados en el Artículo 279 del DS N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Hago de vuestro conocimiento además que durante el tiempo que vengo desempeñándome como árbitro cuya actividad la he iniciado el año 2,002, he conocido de la existencia del señor Eduardo Villalobos Linares, quien en diversas oportunidades ha actuado indistintamente como asesor, coordinador o defensor de las diferentes Empresas y/o Entidades que me han designado árbitro en mas de 70 Tribunales Arbitrales que he conformado. Al respecto, declaro bajo juramento, que no he tenido, ni tengo vinculación alguna con el señor Eduardo Villalobos Linares, ni amical, ni mercantil, ni comercial, ni relación laboral alguna así como tampoco con las empresas o Entidades que a lo largo de estos años me han designado árbitro de parte.

⁶ REDFERN, Alan y otros. Op Cit. P. 309.



Comunico además a ustedes que habiendo sido recusado con resoluciones 497-2008-CONSUCODE y 498-2008-CONSUCODE en casos que no tienen ninguna relación con este proceso y habiendo sido publicadas los motivos de estas resoluciones el 30 de setiembre de 2008, y siendo una obligación de las Entidades Públicas de mantenerse debidamente informadas de las publicaciones que hace la máxima entidad rectora en las contrataciones públicas, declaro que siendo mi obligación de declarar hechos que puedan causar suspicacia y puedan generar dudas de mi imparcialidad, no estoy obligado a declarar hechos que ya son de público conocimiento, hecho que sería contradictorio con el deber de REVELAR. Si debo declarar hechos que son nuevos y que no son de conocimiento de las partes que conforman el presente proceso arbitral, para lo cual manifiesto que no tengo nada nuevo que declarar y si en esta oportunidad lo estoy haciendo, es para que no se estén tomando acciones equivocadas, que lo único que persiguen es dilatar los procesos en curso.

En este Tribunal, tengo como Presidente al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry y como coarbitro al Dr. Alfredo Ladrón de Guevara, con el Dr. Cantuarias conformo otros Tribunales arbitrales donde ha sido designado Presidente del Tribunal.

He sido funcionario Público y he trabajado para INADE Instituto Nacional de Desarrollo durante los años 2,003 hasta el 2,006.

Declaro bajo Juramento, conocer la Ley General de Arbitraje, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, el Código Civil, además de las Normas, Directivas, Pronunciamientos y opiniones del CONsucode y demás Normas aplicables al presente contrato, por lo que me comprometo a cumplir fielmente dichas normas y sus disposiciones y a conducir el proceso arbitral con probidad imparcialidad y celeridad.

Agradeciéndoles por su atención, me despido con los sentimientos de mi más alta estima.

Atentamente,

MARIO MANUEL SILVA LOPEZ

Ingeniero Civil CIP 16386...⁷;

Que, tal como se ha señalado en las Resoluciones N° 497-2008-CONSUCODE/PRE y N° 498-2008-CONSUCODE/PRE, el hecho de que el árbitro recusado, ingeniero Mario Manuel Silva López, haya actuado como árbitro en distintos procesos arbitrales en los cuales también participa como coordinador de los mismos, el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares, no constituye, per se, causal de recusación, por cuanto la función de árbitro consiste en el conocimiento de determinadas materias para tomar una decisión sobre ellas;

Que, sin embargo, el ingeniero Mario Manuel Silva López ha declarado que ha participado como árbitro en más de 70 procesos arbitrales en los cuales ha intervenido el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares, indistintamente como asesor, coordinador o defensor de una de las partes;

Que, para realizar el presente análisis, es pertinente rescatar el proyecto de las Directrices sobre Conflicto de Interés de la IBA⁸;

Que la misma señala que: "...las Directrices (...) divide una lista no exhaustiva de circunstancias en cuatro grupos distintos. Se trata de los siguientes: (1) una Lista Roja irrenunciable; (2) una Lista Roja renunciante; (3) una Lista Naranja; y (4) una Lista Verde.

La Lista Roja irrenunciable contiene ejemplos de situaciones que ilustran el principio según el cual nadie debe juzgar su propio caso.

⁷ Lo señalado es una transcripción literal de la carta presentada por el árbitro recusado con fecha 23 de febrero de 2009 por lo que no nos responsabilizamos de la redacción y ortografía.

⁸ International Bar Association





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 341.2007 - OSCE/PRE

La Lista Roja renunciante contiene ejemplos de situaciones que, si bien presentan el potencial de ocasionar una recusación, las partes de la controversia pueden aceptar mediante su acuerdo expreso como situaciones que no obliguen a la recusación en las circunstancias del caso específico.

La Lista Naranja es una enumeración ilustrativa de situaciones específicas que a los ojos de las partes (dependiendo de los hechos de cada caso en particular) pueden generar dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia del árbitro. Esta categoría pretende englobar aquellas situaciones en las que el futuro árbitro tiene el deber de revelar las circunstancias de que se trate. Se considera que, una vez que han sido debidamente informadas, las partes han renunciado a su derecho a oponerse después de transcurrido cierto plazo.

La Lista Verde contiene ejemplos de situaciones en las que, desde un punto de vista objetivo, no surge ningún conflicto aparente (o real) de intereses. Por ende, no pesa sobre el futuro árbitro el deber de informar tales circunstancias...⁹;

Que, dentro de la lista naranja, la cual "... simplemente obliga a hacer una declaración de la situación. Frente a tal declaración, las partes tienen que pronunciarse contra el árbitro para que éste quede excluido del arbitraje, mientras que si no se pronuncian, debe considerarse al árbitro como aceptado (...). Así, si dentro del período de tres años, el árbitro ha sido nombrado antes árbitro por una de las partes o una de sus empresas vinculadas en dos o más ocasiones, está incurso en la Lista Naranja..."¹⁰;

Que, resulta evidente que en el presente proceso de recusación, la participación del ingeniero Mario Manuel Silva López en más de 70 procesos arbitrales, en los cuales participa también el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares, no ha sido dispensada por el Gobierno Regional de Cajamarca;

Que, igualmente, cabe señalar que en la práctica arbitral, salvo pacto en contrario, los árbitros son remunerados y, dicha remuneración, frecuentemente es asumida por las partes en proporciones iguales, con lo cual, podemos concluir que el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares y la o las partes que representa, han asumido los honorarios del ingeniero Mario Manuel Silva López en por lo menos setenta (70) oportunidades, "...lo cual puede aumentar la desconfianza que surge instintivamente..."¹¹;

Que, en ese sentido, conforme lo señalado en los párrafos precedentes y considerando que en efecto la participación del ingeniero Mario Manuel Silva López en más de setenta (70) procesos arbitrales, en los cuales también participa el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares, pueden generar dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia del citado profesional, con lo cual, la recusación planteada debe ser declarada fundada y procederse a la designación del árbitro sustituto;

⁹ Op. Cit. P. 310.

¹⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando. "Conflictuando el Conflicto: Los Conflictos de Interés en el Arbitraje". En: Themis Revista de Derecho N° 53, p.67. Lima - Perú. Año 2007.

¹¹ BOSCO LEE, Joao y María Claudia DE ASSÍS PROCOPIAK. "La Obligación de Revelación: ¿Está matizada por aspectos culturales o existe un verdadero estándar universal? En: Arbitraje Internacional Tensiones Actuales. Logis Editores SA 1ra. Edición. Bogotá Colombia. P. 263. Año. 2007



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 FUNDADA la recusación formulada el Gobierno Regional de Cajamarca contra el ingeniero, Mario Manuel Silva López 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