



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 364- 2009 - OSCE/PRE

Jesús María, 05 OCT. 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por TRAFFIC ENGINEERING & CONTROL CORPORATION S.A. con fecha 02 de abril de 2009 (Expediente de Recusación N° 029-2009);

Los escritos presentados por el abogado Diego Zegarra Valdivia con fechas 05 de mayo y 23 de setiembre de 2009;

El escrito presentado por PROVIAS NACIONAL con fecha 05 de mayo de 2009;

El Informe N° 022-2009-DAA/JJ, de fecha 29 de setiembre de 2009, que analiza la recusación formulada contra el árbitro, abogado Diego Zegarra Valdivia;

CONSIDERANDO:

Que, el 10 de mayo de 2007, el Proyecto Especial de Infraestructura de de Transporte Nacional (en adelante "PROVIAS NACIONAL") y la empresa Traffic Engineering & Control Corporation S.A. (en adelante "la Empresa") suscribieron el Contrato de Locación de Servicios N° 057-2007-MTC/20 para el "Servicio de Mantenimiento del Sistema de Peajes";

Que, con fecha 02 de abril de 2009, la Empresa formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el doctor Diego Zegarra Valdivia, señalando que, a su juicio, existirían nuevas circunstancias que afectarían su imparcialidad e independencia;

Que, con fecha 27 de abril de 2009, el OSCE puso en conocimiento del doctor Diego Zegarra Valdivia y de PROVIAS NACIONAL la recusación formulada, otorgándoles el plazo de cinco (5) días, a fin de que expresen lo que convenga a su derecho;

Que, con fecha 05 de mayo de 2009, el doctor Diego Zegarra Valdivia y PROVIAS NACIONAL absuelven la recusación formulada, solicitando que la misma sea declarada infundada;

Que, la Empresa sustenta su recusación en que, habiendo tomado conocimiento de que el árbitro recusado había sido asesor de la Comisión Especial de Concesiones Viales - MTC, formuló recusación contra el mismo con fecha 02 de setiembre de 2009, por considerar que existirían dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia;

Que, sin embargo, mediante Resolución N° 094-2009-OSCE/PRE de fecha 26 de marzo de 2009, se declaró infundada la recusación interpuesta;



Que, señala que la recusación planteada se fundamentó en que consideraron que el hecho de que el árbitro recusado haya sido asesor legal del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, podría generar dudas respecto de su imparcialidad o independencia y no como establece la Resolución N° 094-2009-OSCE/PRE de fecha 26 de marzo de 2009, en el sexto párrafo de sus considerandos, en el cual se establece que "el árbitro recusado habría infringido el deber de declaración al momento de aceptar el cargo (...)"

Que, precisan que en el análisis realizado, establecen que al momento de la aceptación, el árbitro designado tiene la obligación de declarar y revelar aquellos hechos que puedan crear suspicacias sobre su imparcialidad o independencia; además, indican que el árbitro recusado no ha desmentido no haber informado ser asesor de la Comisión Especial de Concesiones Viales del MTC y que por ello, éste cumplió con revelar aquellos hechos y circunstancias que puedan crear suspicacias sobre su imparcialidad e independencia;

Que, consecuentemente, se estipula que la recusación formulada no tiene sustento pues el árbitro recusado ha cumplido con el deber de revelación al momento de aceptar el cargo; sin embargo, dejan a salvo el derecho de la Empresa de evaluar lo informado con la finalidad de determinar si ello constituiría o no una potencial afectación a los principios arbitrales de imparcialidad e independencia;

Que, la Empresa, siendo que el OSCE ha dejado abierta la posibilidad de evaluar la afectación de los principios arbitrales de imparcialidad e independencia, y dado que a la fecha han tomado conocimiento de hechos nuevos que constituyen causal de recusación, formula nueva recusación contra el doctor Diego Zegarra Valdivia, sobre la base de que dicho profesional habría informado únicamente a PROVÍAS NACIONAL que en virtud del Proyecto PER-BID suscrito con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, fue contratado para cumplir labores de asesor legal en la Comisión Especial de Concesiones Viales hasta setiembre de 2000;

Que, sin embargo, han tomado conocimiento, mediante la Resolución N° 292-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 16 de junio de 2008, que el árbitro recusado no sólo ha sido asesor legal en la Comisión Especial de Concesiones Viales, sino que también lo ha sido de la Comisión Especial de la Red Vial a cargo del Programa de Concesiones Viales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones hasta el año 2000;

Que, siendo ello así, de acuerdo al propio criterio adoptado por el OSCE, respecto a que "el árbitro recusado debió cumplir con el deber de información a pesar que la circunstancia a informar no constituya en si misma una razón suficiente para determinar su descalificación", consideran que el doctor Diego Zegarra Valdivia no ha cumplido a cabalidad con el deber de información estipulado en el artículo 282° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante "el Reglamento");

Que, corrido traslado al doctor Diego Zegarra Valdivia de la recusación formulada en su contra, mediante escrito de fecha 05 de mayo de 2009, solicita que la misma sea declarada infundada;





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 364 - 2009 - OSCE/PRE

Que, señala que mediante Carta de fecha 03 de setiembre de 2008, manifestó su aceptación al cargo de árbitro señalando que no incurría en circunstancia alguna que pudiera afectar su intervención en el presente arbitraje o ser motivo de recusación; no obstante, en cumplimiento del deber de información, comunicó oportunamente que, con ocasión de la suscripción del Proyecto PERT-BID entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Banco Interamericano de Desarrollo, fue contratado en el año 1998 por dicho Ministerio como asesor legal de la Comisión Especial de Concesiones Viales, relación contractual que se extendió hasta setiembre del año 2000;

Que, a pesar de lo señalado, la Empresa formuló recusación contra su designación, sustentando su pedido en la posibilidad de que la designación como tal afectase la imparcialidad o independencia del presente proceso dado que como informó en su debida oportunidad, se había desempeñado como asesor legal hasta el año 2000 de la referida Comisión Especial de Concesiones Viales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; dicha recusación fue declarada infundada mediante Resolución N° 094-2009-OSCE/PRE de fecha 26 de marzo de 2009;

Que, precisa que a pesar de que existe una Resolución del OSCE declarando infundada la recusación presentada en su contra, la Empresa pretende nuevamente cuestionar su intervención en el presente arbitraje volviendo a formular una recusación en su contra por la misma causal, aludiendo que han tomado conocimiento de un supuesto "hecho nuevo conocido" el cual consiste en que además se desempeñó como "asesor de la Comisión Especial de la Red Vial a cargo del Programa de Concesiones Viales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones hasta el año 2000 (...)", utilizando como fuente la Resolución N° 292-2008-CONSUCODE/PRE;

Que, agrega que la relación contractual que en su momento mantuvo con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no constituye duda razonable respecto de su imparcialidad y/o independencia para desempeñarse como árbitro en el presente proceso arbitral y que, no constituye "un nuevo hecho conocido" lo alegado por la recusante;

Que, señala que no existe, hasta el momento en que se desempeñó como asesor legal en la Comisión Especial de Concesiones Viales, un órgano administrativo distinto denominado "Comisión Especial de la Red Vial", como inexactamente sostuvo en su momento la Resolución N° 292-2008-CONSUCODE/PRE;

Que, para los fines de la presente recusación, es necesario corroborar la información que pretende aportarse como "nuevos hechos conocidos" de manera que pueda tenerse claro que la única entidad administrativa que conjuntamente con la Comisión Especial de Concesiones Viales del MTC trabajó en torno al Programa de Concesiones Viales fue el Comité Especial Red Vial Nacional de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI);

Que, respecto de esto último, y como parte de sus funciones de Asesor de la Comisión Especial de Concesiones Viales del MTC y por encargo directo de la Jefatura, participó de las actividades conducentes a la ejecución del proceso de licitación de los proyectos que formaban parte del Programa de Concesiones Viales del MTC, como fueron, entre otras actividades, la elaboración del contrato de concesión, contratación y supervisión de estudios



legales, coordinación y apoyo en la asesoría de las actividades del Comité Especial Red Nacional de la COPRI y elaboración de informes legales;

Que, como se puede apreciar, la única relación contractual que lo vinculó con el MTC fue la que mantuvo con la Comisión Especial de Concesiones Viales de dicho Ministerio, que se extendió hasta setiembre de 2000, y que mientras duró la misma no tuvo vinculación funcional ni técnica con la "Comisión Especial de la Red Vial", ya que dicho órgano era inexistente;

Que, en ese sentido, al no presentarse "nuevos hechos conocidos", no se ha acreditado la causal establecida en el inciso 3) del artículo 283° del Reglamento;

Que, con fecha 05 de mayo de 2009, PROVIAS NACIONAL absuelve la recusación formulada solicitando que la misma sea declarada infundada;

Que, señala que hasta donde conocen, el doctor Diego Zegarra Valdivia sólo ha prestado servicios para la Comisión Especial de Concesiones Viales, por lo cual la recusación resulta totalmente infundada; es claro que los funcionarios públicos dentro de sus funciones pueden integrar diversos comités y/o comisiones, pero ello no significa que hubieran laborado en un órgano ajeno a la Comisión Especial de Concesiones Viales;

Que, precisan que resultaría abusivo y absurdo que dentro del deber de revelación se estimara la necesidad de revelar todos los encargos, labores y demás actividades que se hubieran desempeñado en el cumplimiento de un cargo público;

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, la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje (en adelante "la LGA"), por razones de temporalidad, 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.
- 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 artículo 28° de la LGA, los árbitros podrán ser recusados solo por:



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 364 - 2005 - OSCE/PRE

- a) 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°.
- b) Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.
- c) Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

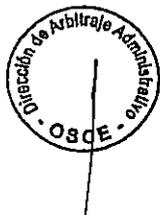
Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 282° del Reglamento y respecto al deber de declaración, "los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales. Todo árbitro debe 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, igualmente, el artículo 29° de la LGA dispone que "la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su omisión...";

Que, asimismo, el artículo 21° de la LGA señala que "los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones...";

Que, el argumento de la recusante se resume en que el doctor Diego Zegarra Valdivia no habría revelado que se habría desempeñado como asesor legal de la Comisión Especial de la Red Vial y tal circunstancia generaría dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia;

Que, el deber de declaración alcanza tanto a la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro, como también al árbitro ya designado, de donde fluye que se trata de una obligación *intuitu personae*, 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, habiéndose cuestionado la imparcialidad e independencia del doctor Diego Zegarra Valdivia, correspondería que definamos de manera previa, los criterios de imparcialidad e independencia;

Que, 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, "...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, "...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, 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, según carta de fecha 03 de setiembre de 2008, el doctor Diego Zegarra Valdivia declaró que en virtud del Proyecto PERT-BID, suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Banco Interamericano de Desarrollo, fue contratado para cumplir labores de asesor legal en la Comisión Especial de Concesiones Viales, relación contractual que se extendió hasta setiembre del año 2000;

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.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 364- 2009 - OSCE/PRE

Que, ahora bien, conforme a lo dispuesto por el artículo 5.3) del Código de Ética, aprobado mediante Resolución 258-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 05 de junio de 2008 y publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 11 de junio de 2008, "...en la aceptación al cargo de árbitro, éste deberá informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias: (...) si es o ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros en los últimos cinco años...";

Que, es decir, el doctor Diego Zegarra Valdivia ha demostrado que la relación contractual mantenida con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se llevó a cabo aproximadamente hace nueve (9) años y, según el citado Código de Ética, dicha circunstancia podía ser pasible de no ser declarada;

Que, siendo ello así y estando a que el único argumento de la parte recusante, es el hecho de que el doctor Diego Zegarra Valdivia mantuvo una relación contractual con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, hace aproximadamente nueve (9) años, y, tomando como referencia que dicho hecho, ni siquiera debió ser revelado por el citado profesional, 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 empresa Traffic Engineering & Control Corporation S.A. contra el abogado Diego Zegarra Valdivia, 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. PUBLÍQUESE la presente Resolución en la página web del OSCE.



Regístrese, comuníquese y archívese.


SANTIAGO B. ANTÚNEZ DE MAYOLO M.
Presidente Ejecutivo