



Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 333-2008 CONSUCODE/PRE

Jesús María, - 2 JUL 2008

VISTOS:

La recusación formulada por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional, en adelante PROVIAS NACIONAL, mediante comunicación recibida con fecha 07 de febrero de 2008;

La subsanación de PROVIAS NACIONAL, mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2008;

El Informe N° 013-2008-CONSUCODE-OCA emitido con fecha 12 de mayo de 2008;

La comunicación presentada por el abogado Ricardo Espinoza Rimachi con fecha 11 de marzo de 2008;

El Expediente de Recusación N° 003-2008 correspondiente a la recusación formulada por PROVIAS NACIONAL contra el abogado Ricardo Espinoza Rimachi;

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 28 de enero de 2008, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral encargado de conocer y resolver las controversias correspondientes a la Carta N° 126-CVY-2007, el cual se encontraba integrado por la abogada María del Carmen Alvarado Rodríguez, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, y los abogados Mario Angel Salazar Paz y Ricardo Espinoza Rimachi;

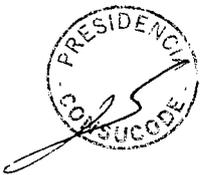
Que, asimismo, considerando que PROVIAS NACIONAL ha incorporado en los fundamentos de hecho de la presente recusación, los fundamentos de hecho esgrimidos en la recusación que formulara en el Expediente de Recusación N° 003-2008, resulta pertinente tomarlos en consideración al momento de resolver la presente Recusación;

Que, con fecha 07 de febrero de 2008 y con la subsanación de fecha 21 de febrero de 2008, PROVIAS NACIONAL formula recusación contra el árbitro, abogado Ricardo Espinoza Rimachi, fundamentada en las ilegales acumulaciones de procesos arbitrales decretadas con la conformidad del Árbitro recusado en el proceso arbitral instalado con fecha 31 de octubre de 2007, vulnerando así su derecho a la Libertad de Designación de los Árbitros, su derecho de Defensa y afectando el Debido Proceso que rige el Arbitraje, lo que supondría causal de recusación, según lo establecido en el artículo 283° inc. 3) del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM, por haber "(...) 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, a mayor abundamiento, agrega que si bien las circunstancias que fundamentan la presente Recusación se han suscitado en otro proceso arbitral, la desconfianza generada respecto a la imparcialidad e independencia del Árbitro recusado, hace que dicha Entidad cuestione la idoneidad y neutralidad de dicho profesional, argumentando que el Árbitro recusado no reuniría las condiciones mínimas para seguir actuando como tal, en cualquiera de los procesos arbitrales que tenga en trámite dicha Entidad;

Que, finalmente, agrega que, al margen de lo que se resolviera en la Recusación presentada con fecha 22 de enero de 2008, las recusaciones presentadas implicarán una animadversión del Árbitro recusado hacia dicha Entidad, generando así un trato desigual para con dicha parte;

Que, considerando que PROVIAS NACIONAL hace referencia a fundamentos de derecho recogidos en el escrito que sustenta la recusación correspondiente al Expediente de Recusación N° 003-2008, resulta pertinente tomarlos en consideración al momento de resolver la presente Recusación;





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 333. 2008 CONSUCODE/PRE

Que, habiéndose corrido traslado de la recusación formulada por PROVIAS NACIONAL al árbitro Ricardo Espinoza Rimachi, éste presentó sus descargos correspondientes dentro del plazo otorgado, tal como se aprecia del Oficio de notificación de fecha 03 de marzo de 2008;

Que, al respecto, el Árbitro recusado se remite a su escrito de absolución presentado en el marco del procedimiento correspondiente al Expediente de Recusación N° 003-2008, agregando que considera que la presente recusación es un “medio de defensa” de PROVIAS NACIONAL y que no ha tenido, tiene, ni tendrá ninguna animadversión contra cualquiera de las partes, precisando además, que no hay muestras ni habrá muestras de actitudes parciales ni dependientes hacia ninguna de las partes;

Que, tal y como ocurrió respecto a la recurrente, corresponde tomar en consideración al momento de resolver la presente Recusación, los argumentos esgrimidos por el Árbitro recusado en su escrito de absolución de traslado correspondiente al Expediente de Recusación N° 003-2008;

Que, por otro lado, puesta en conocimiento la recusación antedicha y vencido el plazo otorgado, tal como se aprecia del Oficio de notificación de fecha 03 de marzo de 2008, el Consorcio Vial Yupash no cumplió con expresar lo conveniente a su derecho;

Que, por último, se debe indicar que mediante la Resolución N° 159-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 01 de abril de 2008, este Consejo Superior resolvió declarar Infundada la recusación presentada por PROVIAS NACIONAL con fecha 22 de enero de 2008 correspondiente al Expediente de Recusación N° 003-2008, conforme a los considerandos que exponemos a continuación;

Que, específicamente, respecto a la supuesta ilegalidad de las acumulaciones decretadas con la conformidad del Árbitro recusado en el proceso materia de análisis de dicho Expediente de recusación, este Consejo Superior precisó que no era 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 pudiera tener el Árbitro 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 puede actuar como una Segunda Instancia para pronunciarse sobre la corrección o incorrección legal de la misma;

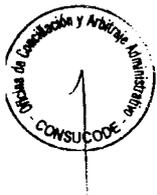
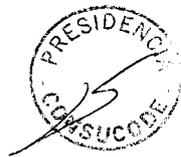
Que, habiéndose precisado que la Recusación no sería la herramienta jurídica idónea para someter a análisis la legalidad o ilegalidad de las acumulaciones decretadas con la conformidad del Árbitro recusado, este Consejo Superior precisó que no sería competente para determinar si se habría violado o no 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 podía ser materia de análisis en dicha Recusación;

Que, adicionalmente, este Consejo Superior consideró 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 recurrieran a los medios de control jurisdiccional que franquea la Ley, haciéndolo en su oportunidad contra el Laudo Arbitral;

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 de un arbitraje en curso;

Que, respecto a la existencia de circunstancias que dieran 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 precisó que no era 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 pudieran acarrear la vulneración de los principios de imparcialidad e independencia que rigen la actuación arbitral, toda vez que dichos asuntos no podían ser materia de análisis en dicha 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;

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





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 333-2008CONSUCODE/PRE

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 consideró 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

Que, en ese sentido, resultó pertinente 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 referida Recusación sometía a análisis, únicamente, el proceder del Árbitro recusado, este Consejo Superior indicó que PROVIAS NACIONAL no había presentado medio probatorio alguno o indicios suficientes, que lo llevaran 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 dicho 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, debiéndose agregar, que se respetó el carácter contradictorio de todo procedimiento arbitral;

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.



Que, adicionalmente a lo establecido en la Resolución N° 159-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 01 de abril de 2008 citada, este Consejo Superior considera que en el desarrollo de todo proceso arbitral que se respete el debido proceso y el derecho de defensa de las partes, resulta fundamental que cada parte-sea que se le de o se le deniegue la razón- tenga la impresión de que su argumentación ha sido escuchada, aunque no haya conseguido convencer a los miembros del Tribunal Arbitral de acoger su posición, cuestiones que se habían cumplido en el proceso materia de análisis de la referida Recusación;³

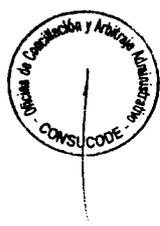
Que, sin perjuicio de haber tenido la posibilidad de expresar su oposición respecto a dicha acumulación y reconsiderar la Resolución que la declaraba procedente, se pudo verificar también que la Secretaría Arbitral emitió la Razón de Secretaría correspondiente, subsanando el error cometido al transcribirse 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 resultó ser un 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 consideró que no había existido una vulneración a los principios de imparcialidad o independencia que rigen toda actuación arbitral, por lo que exhortó a la Secretaría Arbitral a efectos de que tenga un mayor celo y responsabilidad en la realización de sus funciones;

³ Cfr. con CREMADES SANZ-PASTOR, Juan Antonio. "El Procedimiento Arbitral". En: Boletín de la Corte Internacional de la CCI, 1995.





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 333.2008 CONSUCODE/PRE

CONSIDERANDO:

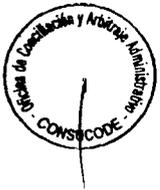
Que, la recusación formulada por PROVIAS NACIONAL contra el árbitro, abogado Ricardo Espinoza Rimachi, se fundamenta en la presunta ilegalidad de las acumulaciones de procesos arbitrales decretadas con la conformidad del Árbitro recusado en el proceso arbitral instalado con fecha 31 de octubre de 2007, vulnerando así su derecho a la Libertad de Designación de los Árbitros, su derecho de Defensa y afectando el Debido Proceso que rige todo proceso arbitral, cuestiones que habrían llevado a dicha Entidad a argumentar que la presente Recusación se debería conocer en concordancia con 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, a mayor abundamiento, PROVIAS NACIONAL precisa que si bien las circunstancias que fundamentan la presente Recusación se han suscitado en otro proceso arbitral, la desconfianza generada respecto a la imparcialidad e independencia del Árbitro recusado, hace que dicha Entidad cuestione la idoneidad y neutralidad de dicho profesional, argumentando que el Árbitro recusado no reuniría las condiciones mínimas para seguir actuando como tal, en cualquiera de los procesos arbitrales que tenga en trámite dicha Entidad;

Que, finalmente, dicha Entidad agrega que, al margen de lo que se resolviera en la Recusación presentada con fecha 22 de enero de 2008, consideran que las recusaciones presentadas implicarán una animadversión del Árbitro recusado hacia dicha Entidad, generando así un trato desigual para con dicha parte;

Que, respecto a la argumentación esgrimida por PROVIAS NACIONAL, la misma que se recoge en el primer párrafo de la parte considerativa de la presente Resolución, y considerando que dichas materias ya han sido objeto de pronunciamiento por parte de este Consejo Superior, nos remitimos a lo expresado en la presente Recusación respecto a los considerandos pertinentes de la Resolución N° 159-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 01 de abril de 2008 correspondiente al Expediente de Recusación N° 003-2008;

Que, tal y como lo indica PROVIAS NACIONAL, considerando que las circunstancias que fundamentan la presente Recusación se han suscitado en otro proceso arbitral, las mismas que ya han sido objeto de pronunciamiento por parte de este Consejo Superior, descartándolas como posibles vulneraciones a los deberes de



imparcialidad e independencia por parte del Árbitro recusado, debe entenderse que la supuesta desconfianza generada respecto a la vulneración de dichos deberes por parte del Árbitro recusado, no tiene fundamentos de hecho ni de derecho que puedan ser acogidos en la presente recusación a efectos de que pueda ser declarada fundada;

Que, por otro lado, toda vez que la presente Recusación somete a análisis, únicamente, el proceder del Árbitro recusado, debemos indicar que PROVIAS NACIONAL no ha presentado medio probatorio alguno o indicios suficientes, que lleven a este Consejo Superior a establecer que el profesional recusado haya tenido un proceder o accionar dentro del proceso arbitral, que denote una animadversión contra dicha Entidad;

Que, en ese sentido, la Recusación no puede ser un instrumento de prevención a futuras vulneraciones a los derechos de una de las partes, si es que aún no se han presentado dudas justificadas respecto a la imparcialidad e independencia del Árbitro recusado, cuestiones que no se han acreditado en el presente Expediente de Recusación;

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 Ricardo Espinoza Rimachi, 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 MAYOLO M.
Presidente