



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 094 - 2009 - OSCE/PRE

Jesús María,

26 MAR 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por la empresa Traffic Engineering & Control Corporation S.A. con fecha 02 de septiembre del 2008, subsanada con fecha 18 de septiembre del mismo año (Expediente de Recusación N° 039-2008);

Los escritos presentados por el señor abogado Diego Zegarra Valdivia con fechas 27 y 29 de octubre del 2008;

El escrito presentado por Provias Nacional con fecha 28 de octubre de 2008;

El Informe N° 002-2009-CONSUCODE-OCA de fecha 30 de enero de 2009, que analiza la recusación formulada;

CONSIDERANDO:

Que, el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provias Nacional) y la empresa Traffic Engineering & Control Corporation S.A. celebraron el Contrato de Locación de Servicios N° 057-2007-MTC/20, con fecha 10 de mayo de 2007;

Que, con fecha 02 de septiembre de 2008, la empresa Traffic Engineering & Control Corporation S.A. formula recusación contra el señor abogado Diego Zegarra Valdivia en su calidad de árbitro designado por Provias Nacional, subsanada con fecha 18 de septiembre de 2008, por considerar que dicho profesional ha incurrido en la causal establecida en el inciso 3 del artículo 283° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el mismo que dispone que los árbitros podrán ser recusados 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, mediante oficios de fecha 20 de octubre del 2008, el CONSUCODE (ahora Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE) puso en conocimiento del árbitro recusado 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, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 284° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM;



Que, con fecha 27 de octubre de 2008, el árbitro recusado absolvió el traslado de la recusación formulada, subsanando la omisión de presentación de un documento adjunto mediante escrito recibido con fecha 29 de octubre del mismo año;

Que, por su parte, Provias Nacional absolvió el traslado de la recusación, mediante escrito presentado con fecha 28 de octubre de 2008;

Que, sobre el tema de fondo, la empresa Traffic Engineering & Control Corporation S.A. sustenta la recusación en que el árbitro recusado habría infringido el deber de declaración al momento de aceptar el cargo, toda vez que omitió informar que intervino como abogado de la "Comisión Especial de Concesiones Viales - MTC", tal como consta en la Web www.pucp.edu.pe/cec/postitulo/post_contratacion_estata105.htm, lo que denotaría una circunstancia que genera dudas justificadas respecto a la imparcialidad e independencia del referido profesional;

En ese sentido, la empresa Traffic Engineering & Control Corporation S.A. manifiesta "(...) es decir, el árbitro designado por la Entidad, ha sido ABOGADO ASESOR DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, y de acuerdo a lo señalado en la propia página web de PROVIAS NACIONAL, éste "es un proyecto especial del MTC, creado mediante Decreto Supremo N° 033-2002-MTC del 12.07.2002". (...)";

Que, al respecto, Provias Nacional absuelve el traslado de la recusación, señalando lo siguiente: "este recurso (el de recusación) ha sido presentado antes de informar al LOCADOR (Traffic Engineering & Control Corporation S.A.) de la aceptación como árbitro del mencionado profesional, escrito en el que cumple estrictamente con el Principio de Revelación al poner en conocimiento de las partes esta circunstancia (...). Así tenemos que la recusación formulada por el LOCADOR data del 2 de setiembre de 2008, pero la aceptación del árbitro fue notificada al Contratista posteriormente, esto es, el día 05 de setiembre de 2008 (...)";

Asimismo, Provias Nacional precisa que "(...) el LOCADOR ha pretendido cuestionar de manera apresurada e irregular la idoneidad de nuestro árbitro propuesto, pese a que el Dr. Diego Zegarra Valdivia cumplió dentro del plazo establecido en la norma, con el principio de revelación (...)";

Que, sobre el particular, el árbitro recusado, señor abogado Diego Zegarra Valdivia, absuelve el traslado de la recusación manifestando lo siguiente: "(...) mediante Carta del 03 de setiembre de 2008 el suscrito puso en conocimiento de PROVIAS NACIONAL su aceptación a ser designado como árbitro para integrar el Tribunal Arbitral bajo mención. Cabe señalar que, en dicha oportunidad el suscrito dejó constancia expresa de no incurrir en circunstancia alguna que pudiera afectar su intervención en el presente arbitraje o ser motivo de recusación; no obstante, en el cumplimiento del deber de información, comuniqué oportunamente que, con ocasión de la suscripción del Proyecto PERT-BID entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Banco Interamericano de Desarrollo, fui contratado por dicho Ministerio como asesor legal en la Comisión Especial de Concesiones Viales, relación contractual que se extendió hasta setiembre del año 2000. (...)";





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 094-2005 - OSCE/PRE

Finalmente, el árbitro recusado concluye sus descargos afirmando lo siguiente: "(...) la función arbitral para la que he sido designado se cumplirá sin que ello suponga que el suscrito es parte interesada, ejerciendo el cargo con total imparcialidad, tal como se señala en el artículo 20 de la Ley General de Arbitraje. (...)";

Que, en ese sentido, considerando lo manifestado por Provias Nacional y el árbitro Diego Zegarra Valdivia, corresponde el análisis sobre la recusación planteada, sobre la base de las siguientes consideraciones:

- a. Que, el hecho de que el señor abogado Diego Zegarra Valdivia haya sido contratado como asesor de la Comisión Especial de Concesiones Viales del MTC, no constituye "per se" una causal de recusación en los términos previstos por el artículo 283° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, toda vez que el desempeño de la función del árbitro es "intuitu personae" y consiste, fundamentalmente, en el conocimiento y valoración de determinadas materias a fin de adoptar una posición decisoria sobre las mismas, sobre la base de la independencia de los procesos arbitrales.
- b. Que, el artículo 282° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que "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. (...)" (el subrayado es nuestro).
- c. Que, siguiendo la ratio del artículo antes citado, el deber de revelación o declaración de los árbitros no sólo alcanza a la persona a quién se comunique su posible nombramiento como árbitro, sino también al árbitro ya designado, de donde fluye que se trata de una obligación a ser cumplida - sin excepción - por el árbitro durante el ejercicio de sus funciones, cuyo cumplimiento debe ser verificado por las partes desde el momento en que toman conocimiento de su designación.

Lo anterior debe entenderse en el sentido que, al momento de la aceptación, el árbitro tiene la obligación de declarar y revelar aquellos hechos que pueden crear suspicacias sobre su imparcialidad o independencia en el proceso a seguirse. La revelación por parte de los árbitros debe ser lo más amplia posible, con el fin de garantizar a las partes una conducción del proceso transparente y una resolución final objetiva e independiente. En ese sentido, como afirma José María Alonso, este deber de revelación es uno de los más importantes y delicados de los que integran



la función arbitral, por lo que su correcto cumplimiento sirve al doble propósito de respetar la voluntad de quienes acuden al arbitraje y proteger el futuro laudo¹.

El deber de revelación no es de cumplimiento determinable por el árbitro, sino que debe cumplirse conforme a los términos establecidos en la normativa correspondiente y al espíritu que inspira la misma.

- d. Que, el árbitro recusado no ha desvirtuado lo afirmado por la empresa Traffic Engineering & Control Corporation S.A., en el sentido que dicho profesional no ha desmentido no haber informado a ésta última que había sido asesor de la Comisión Especial de Concesiones Viales del MTC, toda vez que, como se desprende de sus argumentos y lo señalado por Provias Nacional, la carta de aceptación de fecha 03 de setiembre de 2008 sólo fue dirigida y puesta en conocimiento de la Entidad.

No obstante, lo anterior no implica el incumplimiento del deber de declaración por parte del referido profesional, toda vez que el señor abogado Diego Zegarra Valdivia cumplió con revelar aquellos hechos y circunstancias que pueden crear suspicacias sobre su imparcialidad o independencia al momento de su aceptar el cargo, tal como lo dispone el Art. 282º del Reglamento antes citado. El hecho que Provias Nacional omitiera comunicar a la empresa Traffic Engineering & Control Corporation S.A. la declaración del árbitro designado no constituye un hecho imputable al referido profesional que compromete el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa.

En ese sentido, para que el cumplimiento del deber de revelación o declaración del árbitro pueda ser verificado por las partes al momento de la aceptación del cargo, es necesario que ambas tomen conocimiento del ello, aún cuando el profesional designado remita su aceptación a aquella parte que lo ha nombrado, desprendiéndose de dicha situación la obligación de ésta última parte de poner en conocimiento de la contraria la aceptación del árbitro y la integridad de su declaración.

- e. Que, por lo expuesto, la recusación formulada por la empresa Traffic Engineering & Control Corporation S.A. carece de sustento en la causal invocada, toda vez que se ha demostrado que el árbitro recusado ha cumplido con el deber de revelación al momento de aceptar el cargo, lo que fue puesto en conocimiento de Provias Nacional (quien lo designó), omitiendo ésta última comunicar la aceptación y declaración a la contraparte, lo cual no constituye un hecho vinculante a la observancia del referido deber arbitral.

¹ Cfr. ALONSO, José María. "La independencia e imparcialidad de los árbitros". En: Revista Peruana de Arbitraje N° 02, 2006. p. 99.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 094-2009 - OSCE/PRE

Sin perjuicio de lo anterior, queda a salvo el derecho de la empresa Traffic Engineering & Control Corporation S.A. de evaluar lo informado por el árbitro Diego Zegarra Valdivia, a efectos de determinar si ello constituiría o no una potencial afectación a los principios arbitrales de imparcialidad e independencia.

Que, en ese sentido, considerado lo expuesto anteriormente, corresponde a este Consejo declarar infundada la recusación formulada contra el árbitro Diego Zegarra Valdivia, por no haberse acreditado la causal establecida en el inciso 3 del artículo 283° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Que, de acuerdo con el numeral 21) del artículo 10° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, es atribución del Presidente Ejecutivo resolver las recusaciones interpuestas contra conciliadores o árbitros, de conformidad con la normativa de contrataciones con el Estado;

Estando a lo expuesto, y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje;

SE RESUELVE:

Artículo Primero. Declarar infundada la recusación formulada por la empresa Traffic Engineering & Control Corporation S.A. contra el señor abogado Diego Zegarra Valdivia por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo. Notificar la presente Resolución a las partes, así como al árbitro recusado.

Artículo Tercero. Publicar la presente Resolución en la página web del OSCE.

Regístrese, comuníquese, publíquese y archívese.



SANTIAGO B. ANTÚNEZ DE MAYOLO M.
Presidente Ejecutivo