



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 538 - 2009 - OSCE/PRE

Jesús María, 30 DIC 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por Superintendencia Nacional de Administración Tributaria con fecha 26 de octubre de 2009 y subsanada con fecha 04 de noviembre de 2009 (Expediente de Recusación N° 053-2009);

El escrito presentado por la empresa Flink S.A, con fecha 18 de noviembre de 2009;

El escrito presentado por el abogado Mario Gastón Fernández Cruz con fecha 19 de noviembre de 2009;

El Informe N° 044-2009-OSCE/DAA, de fecha 21 de diciembre de 2009, que analiza la recusación formulada contra el abogado Mario Gastón Fernández Cruz;

CONSIDERANDO:

Que, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (en adelante la "SUNAT") y la empresa Flink S.A.C (en adelante "FLINK") celebraron el Contrato de Suministro con el objeto de seleccionar una persona natural y/o jurídica para el suministro de precintos para las operaciones aduaneras, con fecha 01 de junio del 2007;

Que, mediante Resolución N° 475-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 11 de setiembre de 2008, CONSUCODE (ahora OSCE) designó como Árbitro Único al doctor Mario Gastón Fernández Cruz, quien mediante carta de fecha 24 de setiembre de 2008, aceptó asumir dicho cargo;

Que, con fecha 22 de octubre de 2008, se llevo a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único;

Que, mediante escrito de fecha 26 de octubre de 2009, subsanado con fecha 04 de noviembre de 2009, SUNAT formula recusación contra el doctor Mario Gastón Fernández Cruz, a efectos de que se aparte del conocimiento del proceso arbitral de conformidad a los artículos 283° numeral 3 y el artículo 284° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado al verificarse la existencia de dudas justificadas respecto a su imparcialidad;

Que, con fecha 11 de noviembre de 2009, respectivamente, OSCE puso en conocimiento de FLINK y del doctor Mario Gastón Fernández Cruz la recusación formulada, otorgándoles el plazo de cinco (5) días, a fin de que expresen lo que convenga a su derecho;

Que, con fecha 18 de noviembre de 2009, FLINK absuelve el traslado de la recusación formulada, del mismo modo el doctor Mario Gastón Fernández Cruz con fecha 19 de noviembre de 2009, presenta el descargo correspondiente;

Que, SUNAT sustenta su recusación en la existencia de circunstancias que evidencian dudas justificadas respecto a la imparcialidad del árbitro dentro del proceso



arbitral, estando las mismas referidas a la exigencia indebida de la acreditación ISO 17025 a efectos de la verificación de la calidad del bien materia de controversia, exigencia que implica un prejuzgamiento a favor de la empresa FLINK parte contraria en el proceso arbitral; puesto que desacredita de plano a las entidades (laboratorios) de reconocido prestigio en el mercado nacional y se tiende a favorecer manifiestamente la posición de una de las partes de la presente causa, situación que tiende a propiciar la indebida selección de un perito extranjero (laboratorio);

Que, SUNAT agrega que, el Tribunal Arbitral Unipersonal en las partes Resolutivas Segunda y Tercera de la Resolución N° 24 de fecha 12 de octubre de 2009, dispone a las partes indiquen la existencia de laboratorios nacionales que cuenten con la acreditación ISO 17025 ó la existencia de laboratorios internacionales que cuenten con la acreditación ISO 17025; parámetro exigido, que según SUNAT contraviene su obligación de ceñirse a lo establecido en el Contrato de Suministro de la Licitación Pública N° 0001-2007-SUNAT/2G3100 Primera Convocatoria, su Cláusula Segunda, así como en la Evaluación de Precintos del numeral 5 de las Bases Integradas, y en el numeral 7.a de las Especificaciones Técnicas de las Bases Integradas;

Que, SUNAT en el escrito presentado señala lo siguiente:

" Que mediante Resolución N° 24, el Tribunal Arbitral Unipersonal pretende tramitar la presente causa fuera del marco de lo acordado en las Cláusulas Sexta y Décima del Contrato, puesto que los precintos deben ser analizados en el "laboratorio que se designe" contraviniendo manifiestamente lo estipulado en el numeral 7.a del Control de Calidad del Anexo 5 de las Especificaciones Técnicas de las Bases Integradas que forman parte integrante del contrato de suministro(...) del Anexo 5 de las especificaciones Técnicas (ver parte pertinente de las Bases Integradas), señala que la evaluación de los precintos de seguridad, debe ser por una ENTIDAD ESPECIALIZADA DE RECONOCIDO PRESTIGIO EN EL MERCADO, por tanto el laboratorio que haga las pruebas debe ser una entidad nacional de reconocido prestigio en el mercado."

(...)

(...) ante la irregular posición asumida por el Tribunal Arbitral Unipersonal de exigir la certificación ISO 17025 al laboratorio que practique la pericia de los precintos aduaneros, ha incumplido no solo su obligación de ceñirse a lo ya establecido en el Contratos, sus Bases Integradas y documentación actuada en la Licitación que forma parte integrante de la negociación; sino que además ha dado lugar a un supuesto de grave discriminación respecto a las ENTIDADES ESPECIALIZADAS DE RECONOCIDO PRESTIGIO EN EL MERCADO NACIONAL tales como : SGS DEL PERU S.A.C, CERTIFICACIONES DEL PERU S.A , CERPER, LABORATORIO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU, LABORATORIO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE INGENIERÍA, que fueron propuestas por SUNAT(...)"

Que, SUNAT concluye que ante las circunstancias expuestas, se evidencian dudas justificadas respecto a la imparcialidad del Tribunal Arbitral Unipersonal en el presente proceso arbitral, puesto que la exigencia indebida de la acreditación ISO 17025, implica un prejuzgamiento que desacredita de plano a las entidades (laboratorios) de reconocido prestigio en el mercado nacional y se tiende a favorecer manifiestamente la posición de una de las partes de la presente causa, situación que tiende a propiciar una indebida selección de un perito extranjero (laboratorio) que dadas las condiciones de los precintos de seguridad pueda estar vinculado al proveedor extranjero de precintos de seguridad.

Que, FLINK con fecha 18 de noviembre de 2009, al presentar sus descargos ante el pedido de recusación del doctor Mario Gastón Fernández Cruz presentado por SUNAT señala lo siguiente:





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 538-2009 - OSCE/PRE

Por lo expuesto, se demuestra que la actuación del Tribunal Arbitral Unipersonal se ha guiado siempre por la conducta procesal desplegada por las partes, en tanto FLINK ofreció una prueba de parte con ciertas características que no fue objetada por SUNAT en ningún momento, sino hasta la presentación de los escritos Nos. 8 y 9, ambos de fecha 22/07/09.(...)"

Que, el árbitro recusado refiere que ve en la actuación del representante de SUNAT no solo una abierta violación a la teoría de los actos propios, sino que además revela una conducta abiertamente contraria a la regla del proceso contenida en el numeral 20) del Acta de Instalación de fecha 22 de octubre de 2008, en donde se señaló lo siguiente:

"(...) RENUNCIA AL DERECHO DE OBJETAR

20.- Queda expresamente establecido que la parte que prosiga con el arbitraje, a sabiendas de que no se ha cumplido con alguna disposición aplicable a este arbitraje, sin expresar su objeción a tal incumplimiento, se tendrá por renunciado a su derecho de objetar.

Para tal efecto, deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

- *Si se trata de actos procesales realizados en una audiencia, la renuncia operará si la parte que se sienta perjudicada con el incumplimiento no lo hiciera notar en ese momento e interpusiera el recurso que corresponda, contando con un plazo de tres (3) días hábiles para sustentarlo, si así lo estimara conveniente.*
- *Si se trata de un acto procesal contenido en una resolución, la renuncia operará al vencimiento del plazo para interponer el recurso respectivo.*
- *Si se trata de un acto procesal no contenido en una audiencia o en una resolución, la renuncia operará dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que se tenga conocimiento del hecho."*

Que, de acuerdo a lo señalado en la regla anterior el árbitro recusado refiere que queda claro que SUNAT tuvo conocimiento y oportunidad de objetar la admisión de la referida pericia hasta en tres oportunidades anteriores a su cuestionamiento, por lo que refiere que: "todo demuestra que la actuación del Tribunal Arbitral Unipersonal se realizó conforme a las reglas del referido arbitraje, las cuales fueron aceptadas en su oportunidad por ambas partes; por lo que carece de sustento alguno la supuesta irregularidad expuesta por el recusante";

Que, en conclusión el árbitro recusado señala que el recusante no tiene sustento alguno para fundamentar un supuesto de actuar irregular del Árbitro Único, quien ha actuado de acuerdo al devenir de las partes y en orden a las Reglas del Proceso contenidas en el "Acta de Instalación del Árbitro Único", al ser la recusación, formulada por SUNAT abiertamente infundada:



- a. Porque cuestiona un aspecto netamente jurisdiccional, que es de competencia exclusiva del Árbitro Único al cual las partes se sometieron voluntariamente.
- b. Porque contraviene el actuar del propio SUNAT dentro del arbitraje, quien no solo cuestiono la prueba ofrecida por FLINK, sino que llegó inclusive a admitir plenamente los alcances de la misma; y todo ello a través de un mismo representante, lo que revela un actuar de mala fe procesal que vulnera la teoría de los actos propios.
- c. Porque contraviene las Reglas del Proceso, y concretamente la Regla N° 20 sobre la renuncia al derecho a objetar.

Que, se debe indicar a las partes involucradas, en el procedimiento de recusación interpuesto 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 (en adelante "la LCAE"), su Reglamento, aprobado mediante D.S. 084-2004-PCM, y la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje (en adelante "la LGA"), por razones de temporalidad;

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:

- 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.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 538 - 2009 - OSCE/PRE

"Acerca de la conducta de Árbitro Único nombrado en este proceso arbitral, en respuesta a lo argumentos que presenta SUNAT que ha incurrido en contravenir al principio de imparcialidad, los cuales deberá meritarse en su momento. Sobre el particular debemos en principio determinar que este proceso arbitral está cuestionando la calidad de los Precintos de Seguridad Intermodal IV, lo que lleva a determinar mediante pruebas en laboratorio el uso de los precintos, los que se someten a normatividades internacionales y que se omitió mencionar en las Bases de la Licitación Pública N° 001-2007-SUNAT/2G3100 Primera Convocatoria referidas al Suministro de Precintos de para las Operaciones Aduaneras y que no pueden tomarse por hecho que la entidad pública del sector tributario SUNAT en un "laboratorio que se designe" y sea "efectuado por un laboratorio", sin tomar en cuenta pruebas de análisis y evaluación para este tipo de precintos que se encuentran estandarizados."

Que, asimismo FLINK de conformidad al numeral 40° del Acta de Instalación, dicha regla señala lo siguiente:

40. El Árbitro Único tiene la facultad exclusiva de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de los medios probatorios ofrecidos, pudiendo requerir a las partes cualquier información adicional que considere pertinente, así como disponer de oficio la actuación de medios probatorios adicionales a los ofrecidos por las partes en cualquier etapa del proceso o prescindir motivadamente de los medios probatorios admitidos y no actuados, en especial por causas imputables al oferente, si se considera adecuadamente informado.

El Árbitro Único podrá dar por vencidos los plazos de etapas ya cumplidas por las partes.

El Árbitro Único podrá dictar el laudo basándose en las pruebas que disponga, aún en el supuesto de que alguna de las partes, debidamente requerida para presentar documentos o facilitar alguna otra prueba en general, no lo haga en los plazos otorgados sin invocar causa justificada.

Que, en atención a lo indicado FLINK señala que el Árbitro actuó dentro de sus facultades al solicitar mayor información, tomando en cuenta que SUNAT nunca ha dado a conocer cuales eran las características del precinto con uso de los instrumentos de lectura, ni de la calidad de los componentes del precinto, lo cual se dio a conocer posteriormente al otorgamiento de la Buena Pro;

Que, asimismo, FLINK agrega que el Árbitro Único está dentro de sus facultades ejerciendo las investigaciones para un tema que no sólo se aplica al cumplimiento de un contrato en cuanto a plazos o características que fueron alcanzadas posteriormente al ganador de la Buena Pro, sino que se requiere de un apoyo especializado técnico, de un laboratorio que permita realmente establecer cuáles son los requisitos de estos precintos de seguridad, su manipulación con el equipo adecuado en el uso de aduanas y determinar quien realmente está generando un perjuicio;



Que, por todo lo anterior FLINK considera que la medida solicitada por SUNAT tiene un efecto dilatorio del proceso arbitral, por lo que no debería declararse fundado lo solicitado;

Que, con fecha 19 de noviembre de 2009, el doctor Mario Gastón Fernández Cruz cumple con formular sus descargos respecto a la recusación interpuesta por SUNAT;

Que, el árbitro recusado antes de refutar los fundamentos expuestos por SUNAT, precisa las circunstancias relevantes a efectos de sustentar el correcto proceder del Tribunal Arbitral Unipersonal en el referido arbitraje señalando:

"-En efecto mediante escrito de contestación a la reconvencción presentado por FLINK con fecha 20/02/09, esta ofrece como medio probatorio un peritaje de parte a practicarse sobre los precintos "... por un laboratorio que cuente con la acreditación ISO 17025 y calificado por una institución internacionalmente reconocida para efectuar pruebas en precintos de alta seguridad... ". Como puede apreciarse, esta fue una prueba de parte ofrecida de esta forma por la demandante, la cual fue puesta en conocimiento de SUNAT con fecha 30/03/09, con la notificación de la Resolución N° 07 de fecha 27/03/09, la misma que no mereció oposición alguna por parte de SUNAT. Esta constituye la primera oportunidad en que SUNAT pudo oponerse a la prueba ofrecida por FLINK (que por lo demás constituyo una prueba de parte y no ordenada de oficio por el Tribunal) y no lo hizo.

Con fecha 12/06/09 se realizó la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y de Saneamiento Probatorio, en la cual se admitió como medio probatorio la pericia de parte ofrecida por FLINK en el literal k) del punto II de su escrito de contestación a la reconvencción presentado con fecha 20/02/09, y en donde se solicitó que se practique un análisis de los precintos de seguridad por parte de un laboratorio que cuente con la acreditación ISO 17025 y que se encuentre calificado por una institución internacionalmente reconocida para efectuar pruebas en precintos de alta seguridad, el cual debería ser designado por el Tribunal Arbitral Unipersonal.

La prueba así ofrecida por FLINK no ha sido antes cuestionada por SUNAT, fue admitida por el Tribunal Arbitral Unipersonal sin que mereciera tampoco ninguna observación por parte de la demandada, quien suscribió sin reservas la correspondiente Acta de Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y de Saneamiento Probatorio de fecha 12/06/09.

Mediante Resolución N° 17 de fecha 02/07/09, el Tribunal Arbitral Unipersonal requirió que tanto FLINK como SUNAT para que cumplan, de un lado, con determinar los puntos a que sus respectivos criterios debería contener la pericia y, de otro lado, con proponer una terna de posibles peritos que lleven adelante la pericia antes referida, los cuales de acuerdo a lo señalado por el propio Tribunal Arbitral Unipersonal debían "(...) contar con la calidad de ser un laboratorio que cuente con la acreditación ISO 17025 y ser una institución internacionalmente reconocida para efectuar pruebas en precintos de alta seguridad (...)", tal y como había sido admitida en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y de Saneamiento Probatorio de fecha 12/06/09. Esta constituyó la tercera oportunidad en la que SUNAT no señaló absolutamente nada respecto a la acreditación ISO 17025 planteada por FLINK.

De otro lado, SUNAT en su escrito N° 07 presentado con fecha 10/07/09, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución N° 17 de fecha 02/07/09, cumplió con determinar los puntos y alcances que a su parecer debía contener la pericia en cuestión, no cuestionándola en absoluto, sino más bien presentando a los laboratorios que en su concepto debían llevar a cabo la pericia bajo el supuesto de contar con acreditación ISO 17025.

(...)





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 538-2009 - OSCE/PRE

El CONSUCODE aprobará las reglas éticas que deberán observar los árbitros en el ejercicio de sus funciones".

Que, al respecto, SUNAT sostiene que la conducta del doctor Mario Gastón Fernández Cruz como Tribunal Arbitral Unipersonal en merito a los artículos 283° numeral 3) y 284 del Reglamento de la LCAE evidencian dudas justificadas respecto a la imparcialidad del árbitro en el proceso arbitral, estando referidas las mismas a la exigencia indebida de la acreditación ISO 17025 a efectos de la verificación de la calidad del bien materia de controversia, exigencia que implica un prejuizamiento a favor de la empresa FLINK parte contraria en el proceso arbitral; puesto que desacredita de plano a las entidades (laboratorios) de reconocido prestigio en el mercado nacional y se tiende a favorecer manifiestamente la posición de una de las partes de la presente causa, situación que tiende a propiciar la indebida selección de un perito extranjero (laboratorio).

Que, al respecto, debemos señalar 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, asimismo, "...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 pluntea..."²;

Que con respecto al concepto de independencia es: "(...)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, además, "...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;

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.



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 y tomando en cuenta los hechos de las partes y del árbitro recusado como los documentos presentados como anexos, se puede verificar por parte de este Organismo que las circunstancias alegadas como irregulares contra el Árbitro recusado por parte de SUNAT intentan cuestionar un aspecto que es competencia exclusiva del propio Árbitro en el fondo del proceso arbitral entre las partes, el cual consiste en la admisibilidad, pertinencia y valor de los medios probatorios.

Que, de lo expuesto por el árbitro recusado no se infiere que de lo argumentado por SUNAT exista una conducta parcializada a favor de una de las partes, sino que por lo contrario se demuestra una inacción del propio SUNAT dentro del proceso arbitral al no haber objetado de conformidad las reglas del Acta de Instalación de fecha 22 de octubre de 2009, el medio probatorio de parte ofrecido por FLINK con fecha 20 de febrero de 2009, desde un inicio tal como lo refiere el árbitro recusado.

Que, el sólo hecho que el árbitro solicite a las partes cumplan con indicar la existencia de algún laboratorio nacional o internacional que cuente con la acreditación ISO 17025, no vulnera de forma alguna las disposiciones legales señaladas por SUNAT, en tanto que en la Resolución N° 24 no se hace precisión alguna sobre el carácter nacional o internacional del laboratorio a designarse, únicamente se está solicitando a las partes indicar un laboratorio que cuente con la acreditación ISO 17025.

Que, en ese sentido, de acuerdo a lo expuesto, 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 Superintendencia de Administración Tributaria contra el abogado, Mario Gastón Fernández Cruz 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