



Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 419-2006-CONSUCODE/PRE

Jesús María, 26 SET. 2006

VISTOS:

Las solicitudes de recusación de árbitros formuladas por la empresa Domiruth Travel Service S.A.C., puestas en conocimiento de este Consejo el 07 de septiembre de 2006, subsanadas mediante escritos presentados con fecha 11 y 15 de septiembre de 2006; (Expediente N° R009-2006 y N° N° R010-2006)

El escrito del abogado Mario Castillo Freyre, puesto en conocimiento de este Consejo con fecha 21 de septiembre de 2006;

Los Informes N° 011-2006-CONSUCODE-GCA y N° 012-2006-CONSUCODE-GCA, de fecha 26 de septiembre de 2006, que analizan las recusaciones formuladas.

CONSIDERANDO:

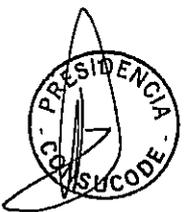
Que, en el mes febrero de 2004, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la empresa Domiruth Travel Service S.A.C., suscriben el Contrato N° 001-2004-LOG-RE/C.P., denominado para "Servicio de provisionamiento de pasajes aéreos nacionales e internacionales, reservaciones y confirmaciones de vuelo, y otros complementarios servicios complementarios para el Ministerio de Relaciones Exteriores", así como la Addendum N° 0001 al Contrato N° 0001-2004-RE/C.P., suscrito entre las mismas partes con fecha 02 de abril de 2004;

Que, con fecha 26 de julio de 2002, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la empresa Domiruth Travel Service S.A.C., suscriben el Contrato N° 050-02/LOG-RE, denominado "Contrato de Locación de Servicios de provisionamiento de pasajes aéreos nacionales e internacionales, reservaciones y confirmaciones de vuelo, y otros complementarios para el Ministerio de Relaciones Exteriores";

Que, con fecha 12 de septiembre de 2002, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la empresa Domiruth Travel Service S.A.C., suscriben el Contrato Complementario al Contrato N° 050-2002/LOG-RE;

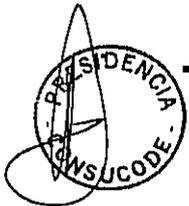
Que, con fecha 23 de enero de 2006 se celebró la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias surgidas entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Domiruth Travel Service, conformado por los abogados Mario Castillo Freyre, en su calidad de Presidente del Tribunal, Jaime Gray Chicchón y Manuel de la Encarnación Chacaltana Mc. Millan;

Que, en dicha Audiencia de Instalación se fijaron las reglas que regirían el proceso arbitral, las mismas que habrían sido aprobadas por las partes, toda vez que no se presentó reconsideración alguna dentro del plazo establecido por la Ley General de Arbitraje, así como el numeral correspondiente de las reglas del proceso;



Que, mediante escritos de vistos la empresa Domiruth Travel Service S.A.C. formula recusaciones contra dos de los miembros del Tribunal Arbitral, los abogados Mario Castillo Freyre y Manuel de la Encarnación Chacaltana Mc. Millán, en virtud de las razones expuestas en ambos recursos, en los siguientes términos;

- El numeral 19 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral establece que una vez definidas las posiciones de las partes, los árbitros citarán a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.
- Que, asimismo el tercer párrafo del numeral 18 y el mismo numeral 19 del Acta de Instalación del Tribunal, dispone que en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos el Tribunal Arbitral determinará si procederá a resolver las oposiciones y excepciones, que las partes hayan podido interponer, como cuestión previa o dejará dicha resolución para el momento de la emisión del Laudo.
- Con fecha 3 de febrero de 2006 y 27 de febrero de 2006 formularon diversas excepciones y oposiciones a las pretensiones formuladas por la empresa Domiruth Travel Service S.A.C., basadas en la incompetencia del Tribunal Arbitral.
- Mediante Resolución Nº 16 de fecha 14 de julio de 2006, los árbitros recusados resolvieron las excepciones de incompetencia declarándolas fundadas y disponiendo el archivamiento del arbitraje.
- Que, los árbitros recusados no cumplieron con citar a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, conforme lo establecido. Asimismo, dichos árbitros no cumplieron con informar a las partes que resolverían dichas excepciones como cuestiones previas o al momento de emitir el Laudo.
- Que, la resolución de las excepciones habrían generado indefensión en la empresa Domiruth Travel Service S.A.C., pues ésta no habría tenido la oportunidad de obtener una conciliación con la parte contraria en la respectiva Audiencia. Asimismo, que al no tener conocimiento si la resolución de las excepciones se resolverían como cuestión previa o al momento de laudarse, se habría privado a la empresa de solicitar ante el Tribunal Arbitral una mayor amplitud para poder exponer sus argumentos acerca de lo infundado de las excepciones formuladas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, tales como su inclusión dentro de los puntos controvertidos, solicitud de audiencia especial para poder informar respecto de las excepciones, presentación de escritos aclaratorios, toda vez que la resolución de las excepciones es materia de suma importancia para la continuación del proceso.
- Con fecha 26 de julio de 2006, la empresa Domiruth Travel Service S.A.C. presentó un recurso de reconsideración en contra de las Resolución Nº 16, para que se declare su nulidad por la evidente infracción al procedimiento en que incurrieron los árbitros recusados.
- De igual manera, ha surgido una situación por la cual los árbitros recusados habrían adelantado opinión, pues han manifestado que no acogerían la posición de la empresa antes de que procesalmente estuvieran habilitados para ello.

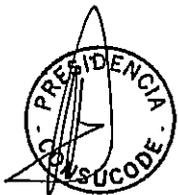




Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 419-2006-CONSUCODE/PRE

- En tal sentido, esta situación afectaría la integridad del procedimiento y generaría dudas razonables acerca de la imparcialidad e independencia de los árbitros recusados, toda vez que ya se habría expresado opinión sobre una cuestión con anterioridad al momento en que debe pronunciarse, sea cual sea el medio empleado, constituyendo así incumplimiento a sus deberes como árbitro.
- De otro lado, existirían causas adicionales de recusación, las mismas que la empresa Domiruth Travel Service S.A.C. expone de la siguiente manera:
- Que, las causales de recusación antes descritas fueron puestas en conocimiento del Tribunal Arbitral mediante escrito presentado con fecha 26 de julio de 2006, de conformidad con lo establecido en el artículo 198° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- El procedimiento de recusación es preciso en cuanto a lo que se debe hacer para recusar a los árbitros, siendo que las recusaciones deben presentarse ante el propio Tribunal Arbitral y será el CONSUCODE quien resuelva. Sin embargo, existe un vacío en cuanto a cómo tomaría conocimiento el CONSUCODE.
- Sin embargo, el Tribunal Arbitral en lugar de remitir la recusación al CONSUCODE, emitió la Resolución N° 17 de fecha 16 de agosto de 2006, por medio de la cual declara improcedente la recusación toda vez que no fue dirigida al CONSUCODE. Sin mencionar que lo resuelto por el Tribunal Arbitral es contrario a lo dispuesto en el artículo 198° antes citado
- Asimismo, al haber intervenido en la emisión de la Resolución N° 17, los árbitros recusados han intervenido en la resolución de su propia causa, constituyendo así una infracción de los deberes de imparcialidad e independencia que ellos deben guardar, generando dudas razonables acerca de las misma, conforme con lo establecido en el numeral 3 del artículo 28° de la Ley General de Arbitraje.
- El expedir la Resolución N° 17, los árbitros recusados ha resuelto respecto de materia que corresponde exclusivamente al CONSUCODE, constituyendo así una infracción de los deberes de imparcialidad e independencia que ellos deben guardar, generando dudas razonables acerca de las misma, conforme con lo establecido en el numeral 3 del artículo 28° de la Ley General de Arbitraje.
- Que, al declarar improcedente las recusaciones mediante la referida Resolución N° 17, los árbitros recusados han obstruido indebidamente el trámite de una recusación presentada en su contra y de la cual puede derivar un resultado adverso a sus intereses, generando así duda razonable acerca de su imparcialidad e independencia, conforme con lo establecido en el numeral 3 del artículo 28° de la Ley General de Arbitraje.



Que, mediante escrito presentado con fecha 21 de septiembre de 2006 el árbitro, abogado Mario Castillo Freyre, cumple con absolver el traslado de la recusación formulada por al empresa Domiruth Travel Service S.A.C., mediante escritos presentados con fecha 07, 11 y 15 de septiembre de 2006, manifestando que no acepta la recusación

formulada, precisando además que en todo momento ha actuado de acuerdo a ley y de manera independiente e imparcial

Que, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 198º, con o sin la contestación de los árbitros recusados, se procederá a resolver la recusación;

Que, luego de haber realizado el análisis de la documentación presentada, así como de la normativa aplicable a las recusaciones en cuestión, este Consejo Superior considera:

- Respecto de la resolución de las excepciones formuladas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, con anterioridad a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, se debe considerar lo siguiente:

Que, de conformidad con lo establecido en el numeral 19 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 23 de enero de 2006, se establece el desarrollo de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, en la cual se debe determinar que *"si se impugnó la competencia de los árbitros a que se refiere el numeral 18 de esta Acta, el Tribunal Arbitral decidirá si la resuelve de manera previa o con el laudo. Si el Tribunal Arbitral resuelve de manera previa y el arbitraje concluyera, en lo que se refiere a los costos se estará a lo dispuesto en el último párrafo del numeral 25 de la presente Acta"*.

Que, lo referido al numeral 18 citado en el numeral 19, corresponde a las excepciones y/o defensas previas determinadas en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje, las mismas que se subsumen en la disciplina jurídica denominada como oposición al arbitraje, categoría que corresponde esencialmente al Derecho Arbitral y que en realidad comprende todo tipo de medios de defensa que las partes podrán esgrimir en contra de la arbitrabilidad de la controversia, dotando la referida Ley de un marco jurídico flexible en lo referente al tratamiento de la oposición, el mismo que a su vez y como se verá mas adelante, se sustenta en las atribuciones que corresponden a los árbitros en el arbitraje.

En efecto, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del proceso seguido entre la empresa Domiruth Travel Service S.A.C. y el Ministerio de Relaciones Exteriores y en el marco de la Ley General de Arbitraje, queda claramente establecido que los árbitros tienen plena discrecionalidad para decidir el momento en el cual resolverán respecto de las oposiciones al arbitraje, siendo así que dicha resolución podría presentarse o en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos o ser aplazada su resolución hasta el momento en que se emita el laudo correspondiente e Incluso, lo referente a la arbitrabilidad de la o las controversias, puede ser considerado de oficio por parte del tribunal arbitral, pudiendo éste resolver en cualquier momento respecto de este asunto.

Que, de otro lado, de conformidad con lo establecido en el numeral 23 del Acta de Instalación modelo, la misma que es utilizada en los procesos arbitrales donde la Gerencia de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE actúa como Secretaría Arbitral, se establece que los árbitros *"se encuentran facultados en todo momento para dictar las reglas complementarias que sean necesarias, velando por que el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediatez,*





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 419-2006-CONSUCODE/PRE

privacidad, concentración, economía procesal y buena fe, posibilitando la adecuada defensa de las partes”.

Cabe agregar que constituye una atribución de los árbitros determinar su propia competencia en sede arbitral y actuar en todo momento priorizando la aplicación y realización de los principios que sustentan al Derecho Arbitral; lo que incluye pero no se limita a los principios enunciados en el párrafo precedente. El principio Kompetenz-Kompetenz en sede arbitral y mediante el cual los árbitros deciden discrecionalmente acerca de su propia competencia, es parte de las normas sustantivas contenidas en la Ley General de Arbitraje. De la misma manera que lo son la separabilidad del convenio arbitral, el principio de igualdad de las partes, la celeridad y economía en las actuaciones arbitrales, la independencia de los árbitros y otros más.

En tal sentido, los árbitros bien podrían decidir no citar a Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, siempre que dicha decisión se encuentre basada en la opción de no resolver las excepciones y /o defensas previas, al momento de emitir el Laudo y de conformidad con el marco jurídico que establece la Ley General de Arbitraje para tales efectos.

Como se ha precisado, es una disposición expresa en la Ley General de Arbitraje, la que faculta a los árbitros a determinar la oportunidad en la que resuelven la oposición al arbitraje. En efecto, el Artículo 39 de la Ley General de Arbitraje precisa que *los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada.*

A mayor abundamiento, cabe destacar que la norma también autoriza a los árbitros a considerar estos temas de oficio, incluso en el caso en que las partes no hayan formulado oposición al arbitraje, de donde fluye que ante este tipo de situaciones y donde pudiera estar en tela de juicio la arbitrabilidad de la controversia y la posibilidad de llevar a cabo el arbitraje, resulta que las atribuciones de los árbitros respecto de la oportunidad para resolver la oposición son las mismas; siendo que, a diferencia de la oposición planteada por iniciativa de parte, en el caso de la actuación de oficio de los árbitros, podría darse perfectamente el caso en el que un tribunal arbitral, si lo considera pertinente, emita una resolución dando por concluido el arbitraje y archivado el expediente arbitral.

Las atribuciones de los árbitros para decidir respecto de su propia competencia así como aquellas que les permiten resolver la oposición al arbitraje y declarar la no arbitrabilidad de oficio, deben ser tomadas en consideración a la luz del Artículo 18 de la Ley General de Arbitraje, que también en forma expresa, consagra la discrecionalidad absoluta de los árbitros en el ejercicio de sus funciones, gozando además de plena independencia y no encontrándose sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones como directores del



arbitraje y con la finalidad de resolver la controversia. En consecuencia, las atribuciones de los árbitros consagradas en la Ley General de Arbitraje constituyen normas de derecho sustantivo arbitral, que encuentran respaldo y se realizan mediante la materialización de los principios del Derecho Arbitral.

Que, de otro lado y complementando todo lo dicho, resulta oportuno señalar que de conformidad con el segundo párrafo del numeral 4 del Acta de Instalación modelo se determina la posibilidad que *"En caso de discrepancias de interpretación o insuficiencia de las reglas establecidas, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva..."*, de modo que se deja la posibilidad al propio Tribunal Arbitral de que en caso considere que alguna de las reglas establecidas sea insuficiente para el proceso arbitral, pueda ser variada de modo tal que se pueda obtener una mejor regla.

- Respecto del presunto incumplimiento de los árbitros de informar a las partes respecto de su decisión de no citar a Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos:

Al efecto resulta necesario remitirnos nuevamente al artículo 18º de la Ley General de Arbitraje, el cual establece que los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen su cargo con estricta imparcialidad e independencia, siendo así que no se encuentran sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones. En tal sentido, el desempeño de los árbitros no puede estar supeditado a que las partes deban conocer con anterioridad sus decisiones y mandatos, máxime cuando fluye de autos que las actuaciones arbitrales han comprendido en todo momento en el presente caso el ejercicio del derecho de defensa de las partes, al haber sido éstas notificadas con todos los documentos, escritos y resoluciones correspondientes, otorgándoles además las oportunidades del caso para ejercer su derecho de defensa en el marco del Derecho Arbitral.

- Respecto de la supuesta indefensión producida por la resolución intempestiva de las excepciones:

Para un mejor análisis del presente punto resulta oportuno recordar que en virtud de lo establecido en el artículo 36º de la Ley General de Arbitraje, los árbitros están en la obligación de *correr traslado* a la parte contraria de todos los escritos que una de ellas haya presentado, siendo así que la parte contraria podrá, si lo estima pertinente, manifestar lo que mejor le convenga a su derecho, formular incluso las posibles opciones para efectos de resolver la controversia de común acuerdo con la otra parte y, en general, actuar de conformidad con sus intereses en el proceso, lo que incluye la debida diligencia en el conocimiento y la aplicación de las disposiciones arbitrales que rigen el desarrollo del arbitraje.

Que, de la documentación presentada por la empresa Domiruth Travel Service S.A.C. durante el arbitraje, se puede constatar perfectamente que los árbitros le han corrido traslado oportunamente de las excepciones y oposiciones formuladas por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Del mismo modo, no cabe duda que la empresa Domiruth Travel Service S.A.C. tuvo la oportunidad de manifestar lo que mejor convenía a su derecho. Esto





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 419-2006-CONSUCODE/PRE

ocurrió desde el mismo momento en que la referida empresa tuvo conocimiento de las excepciones y oposiciones que le fueran notificadas formalmente por el tribunal arbitral, habiendo procedido a plantear su posición respecto de las excepciones y oposiciones, tal como consta en autos.

Que, en consecuencia, no queda configurada ningún tipo de indefensión ni violación del derecho de defensa, conforme lo señala la empresa Domiruth Travel Service S.A.C., toda vez que ha sido la propia empresa quien no solicitó ni propuso medio extraordinario alguno durante el tiempo en que el tribunal conoció de la litis y máxime si tenemos en consideración que dichos medios debieron formularse, solicitarse o plantearse tomando en consideración que la Ley General de Arbitraje ha previsto como atribución de los árbitros, que la resolución de las oposiciones y la consecuente conclusión del arbitraje, se den incluso en forma anticipada.

A mayor abundamiento, exactamente la misma situación se configura a partir del hecho que la misma ley permite que los árbitros consideren incluso estos asuntos de oficio y eventualmente resuelvan de la misma manera; es decir, dando por concluido el arbitraje y archivados los actuados arbitrales.

- Respecto de la presunta infracción al procedimiento en que incurrieron los árbitros recusados, así como el adelanto de opinión:

Que, conforme ya se ha precisado, de conformidad con la Ley General de Arbitraje, los árbitros son los directores del proceso y cuentan con absoluta discrecionalidad para el desarrollo del mismo, a lo que se extiende la posibilidad de que los árbitros puedan incluso resolver de oficio respecto de la arbitrabilidad de la controversia;

Que, al haberse resuelto la oposición al arbitraje y dispuesto el archivamiento del proceso arbitral, se concluye que en el mismo ya no se realizará ninguna otra actuación ni se desarrollará Audiencia alguna, toda vez que el archivamiento del proceso significa la inactividad permanente del arbitraje.

Que, al haber resuelto lo referido a las excepciones y oposiciones a través de la Resolución N° 16, y haber decretado el archivamiento del proceso, el Tribunal Arbitral ha considerado que dicho proceso no debe continuar por las consideraciones vertidas en la referida Resolución N° 16, siendo así que dicha Resolución N° 16 tiene la calidad de decisión final.

Que, siendo ésta una decisión final de los árbitros, ésta adopta una calidad distinta a las demás resoluciones que emite el Tribunal Arbitral, por lo que su cuestionamiento debe realizarse conforme lo establecido legalmente para dicho tipo de resoluciones, en orden a que técnicamente se trata de un laudo interlocutorio que pone término al arbitraje y de la misma forma en que lo hace un laudo y en los términos del segundo párrafo del Artículo 39° de la Ley General de Arbitraje.



Que, en tal sentido, la Resolución N° 16 no resulta ser *per se* un adelanto se opinión, toda vez que dicha Resolución ha adoptado un carácter distinto al resto de resoluciones que puede emitir el Tribunal Arbitral, concluyendo con el arbitraje al pronunciarse sobre la arbitrabilidad de la materia controvertida;

- Respecto de las causales adicionales alegadas por la empresa Domiruth Travel Service S.A.C.:

Que, el numeral 2 del artículo 198° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece el procedimiento de las recusaciones contra los miembros de un Tribunal Arbitral, una vez que éste ya se haya instalado. Asimismo, realiza una diferencia respecto del órgano competente para resolver las recusaciones, basando esta diferenciación en el número de árbitros que se recusen, de modo que el órgano a cargo de decidir la recusación varía cuando se recusan a más de dos árbitros en forma simultánea.

Que, el numeral 2 del artículo 198° del citado Reglamento establece que para los casos en que se recusen a más de dos árbitros, será el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) quien resuelva dichas recusaciones. Sin embargo, se debe entender que el procedimiento es el mismo al que se realiza cuando la recusación la resuelve el propio Tribunal Arbitral, con la diferencia que la presentación de dichas recusaciones debe realizarse ante el propio Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE), a iniciativa de la parte que formula la recusación.

Que, de conformidad con lo establecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del CONSUCODE, el trámite de recusación tiene un costo que debe ser asumido por la parte que interpone la recusación, dejando de lado la posibilidad que sea el Tribunal Arbitral quien realice dicho pago.

Asimismo, el trámite de recusación ante el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado resulta ser un procedimiento distinto al proceso arbitral seguido entre las partes al ser el primero un procedimiento administrativo, no obstante que la organización y administración del arbitraje se encuentre a cargo de la Gerencia de Conciliación y Arbitraje, como Secretaría Arbitral;

Por lo tanto, el Tribunal Arbitral resulta ser un órgano que no es competente para resolver lo referido a las recusaciones interpuestas por la empresa Domiruth Travel Service S.A.C. y mucho menos remitir las mismas a este Consejo Superior;

Que, en consecuencia, la emisión de la Resolución N° 17 de fecha 16 de agosto de 2006, por medio de la cual se declara la improcedencia de la recusación interpuesta por la empresa Domiruth Travel Service S.A.C., no resulta ser una intervención respecto del fondo de la propia recusación, sino por el contrario, constituye la declaración de incompetencia del propio Tribunal Arbitral para conocer de la recusación planteada;

Que, asimismo la emisión de la Resolución N° 17 mal podría configurar una obstrucción del trámite de las recusaciones interpuestas por la empresa Domiruth





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 419-2006- CONSUCODE/PRE

Travel Service S.A.C. toda vez que las recusaciones debían ser presentadas a iniciativa de parte directamente ante éste Consejo Superior;

Que, de acuerdo con el inciso 22) del artículo 7° del Reglamento de Organización y Funciones del CONSUCODE, es atribución del Presidente expedir los actos administrativos que le correspondan;

Estando a lo expuesto y de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM y la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

SE RESUELVE:

Artículo Primero. DECLARAR IMPROCEDENTES, las recusaciones formuladas por la empresa Domiruth Travel Service S.A. con fecha 04 y 10 de setiembre de 2003, contra los árbitros, abogado Mario Castillo Freyre y abogado Manuel de la Encarnación Chacaltana Mc. Millan, por las razones expuestas en la parte considerativa.

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

Regístrese, comuníquese, publíquese y archívese.




RICARDO SALAZAR CHÁVEZ
Presidente