



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 468-2009 - OSCE/PRE

Jesús María,

10 NOV 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por America Móvil Perú S.A con fecha 25 de agosto de 2009 (Expediente de Recusación N° 045-2009);

El escrito presentado por el abogado Oscar Enrique Gómez Castro con fecha 08 de setiembre de 2009;

El escrito presentado por el Poder Judicial, con fecha 08 de setiembre de 2009;

El Informe N° 042-200-OSCE/DAA, de fecha 09 de noviembre de 2009, que analiza la recusación formulada contra el abogado Oscar Enrique Gómez Castro;

CONSIDERANDO:

Que, el Poder Judicial y la empresa América Móvil Perú S.A. celebraron el Contrato N° 015-2008-GG-PJ de servicio de radiocomunicación digital para la Oficina de Seguridad Integral, Escolta del Presidente del Poder Judicial y otros, con fecha 24 de enero del 2008;

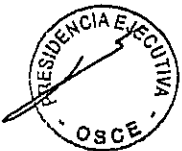
Que, mediante escrito de fecha 25 de agosto de 2009, la empresa América Móvil Perú S.A. formuló recusación contra el árbitro Óscar Enrique Gómez Castro, miembro del Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias entre las partes, por considerar que dicho profesional habría omitido declarar circunstancias que pueden afectar su imparcialidad, conforme lo dispuesto en artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado (la "Ley"), Decreto Legislativo 1071 (la "Ley de Arbitraje"), y los artículos 224°, 225 y 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo 184-2008-EF (el "Reglamento");

Que, señala que a pesar de haber afirmado que no tiene ningún impedimento para presidir el Tribunal Arbitral, es el caso que el árbitro recusado (1) es actualmente funcionario público, y (2) ha desempeñado diversas actividades públicas en el transcurso de su trayectoria profesional, dado que es un "funcionario público de carrera". Dichas circunstancias ponen en duda la imparcialidad e independencia;

Que, sostienen que mediante Resolución N° 034-2009-MINAM de fecha 31 de enero de 2009, fue designado como Director de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio del Ambiente (MINAM), función pública que actualmente desempeña de forma continua, teniendo así una estrecha relación con las autoridades estatales, por razón de sus funciones;

Que, igualmente, señalan que el recusado ha desempeñado en el pasado distintas funciones públicas, tales como:

- Director de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa
- Director Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia
- Director Académico de la Academia de la Magistratura



Que, precisan que el árbitro recusado no solo ha venido desempeñando la función pública que hasta la fecha realiza, sino que también ha estado vinculado al Ministerio de Justicia, que guarda estrecha relación con el Poder Judicial (parte del proceso arbitral), a tal punto que lo denominó una "alta autoridad administrativa";

Que, lo citado, según su dicho, constituye una situación de hecho que supone la existencia de dudas razonables y justificadas sobre la imparcialidad que debería tener al evaluar y resolver la controversia, en el entendido que ha mantenido permanentemente una vinculación con el Estado Peruano;

Que, citan el artículo 21° de la LGA, que precisa que los funcionarios públicos se encuentran impedidos de actuar como árbitros, dentro de los márgenes de incompatibilidad respectivas y, en tal sentido, al tener la condición actual de funcionario público, tiene incompatibilidad para ser árbitro;

Que, agregan que dicha causal de incompatibilidad es claramente entendida como causal de recusación puesto que el recusado, funcionario público, está claramente parcializado para resolver una causa en la que una de las partes es una Entidad Pública como el Poder Judicial;

Que, igualmente, cita el literal c) del artículo 16° de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público que establece expresamente que todo empleado público debe "salvaguardar los intereses del Estado". ¿Cómo puede el recusado salvaguardar los intereses del Estado siendo árbitro en una controversia donde la parte demandada es el Estado mismo (Poder Judicial)?

Que, señala que es absolutamente claro que, el recusado se encuentra claramente parcializado por su misma condición de funcionario público y, de no revocarse la designación, éste se encontrará en la disyuntiva de incumplir sus obligaciones como funcionario público bajo la Ley N° 28175 si es que el laudo final es perjudicial para el Poder Judicial frente a lo cual, su misma condición de funcionario público, razonablemente debería optar por "salvaguardar los intereses del Estado (Poder Judicial)". Ello vulnera abiertamente el principio de imparcialidad e independencia de la función arbitral por lo que se configura la causal de recusación;

Que, sin perjuicio de lo señalado, citan los literales b) y o) de la referida Ley N° 28175 que hacen expresa mención a que los empleados públicos se encuentran obligados a (i) prestar los servicios de forma exclusiva durante la jornada de trabajo, salvo labor docente, la cual podrá ser ejercida fuera de la jornada de trabajo; y a (ii) no suscribir contrato de locación de servicios bajo cualquier modalidad con otra entidad pública;

Que, en la misma línea, el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 276 señala que "ningún servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, inclusive en las empresas de propiedad directa o indirecta del Estado o de Economía Mixta", estableciendo como única excepción a dicha regla, el caso de la función educativa, la cual si resulta compatible con el desempeño de la función pública;

Que, agregan que, siendo el arbitraje un contrato en virtud del cual dos partes encargan a un tercero la solución de una controversia, es claro que dicho tercero presta servicios a dichas partes. En efecto, el árbitro recusado emitirá un comprobante de pago de servicios profesionales a favor de cada una de las partes, documento que acredita una relación contractual de prestación de servicios;

Que, igualmente, el Decreto de Urgencia 020-2006 estableció en su artículo 7 que "en el Sector Público no se podrá percibir simultáneamente remuneración y pensión, incluidos honorarios por servicios no personales, asesorías, consultorías salvo por función docente y la percepción de dietas por participación en uno de los directorios de entidades o empresas públicas";





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 468-2009 - OSCE/PRE

Que, precisan también que, el artículo 40° de la Carta Magna, señala que, "ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno o más por función docente";

Que, asimismo, indican que el recusado incumplió con los deberes de transparencia al no revelar su condición de funcionario público; el artículo 224 de la Ley establece que los árbitros deben cumplir con el deber de aclarar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impide actuar con imparcialidad y autonomía, informando sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia;

Que, del mismo modo, citan la Resolución N° 292-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 16 de junio de 2008, la cual precisa que el deber de información debe interpretarse en sentido amplio y que el árbitro recusado debió cumplir con el deber de información a pesar que la circunstancia de informar no constituya en sí misma una razón suficiente para determinar su descalificación; en ese entendido, según la parte recusante, el árbitro, así no hubiera considerado su estrecha vinculación con el Estado Peruano una circunstancia relevante, tenía la obligación de comunicar que actualmente desempeña funciones públicas;

Que, finalmente, agregan que la confianza se habría visto quebrada por la incomunicación de hecho del recusado, la cual fue ocultada, cuando debió ser puesta en conocimiento de las partes

Que, mediante oficios recibidos con fecha 01 de setiembre de 2009, el OSCE puso en conocimiento del árbitro recusado y del Poder Judicial 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 D.S. N° 084-2004-PCM.

Que, con fecha 08 de setiembre de 2009, el árbitro recusado y el Poder Judicial absolvieron el traslado de la recusación formulada dentro del plazo conferido.

Que, el árbitro recusado, abogado Oscar Enrique Gómez Castro, absuelve el traslado de la recusación solicitando que la misma sea declarada infundada;

Que, señala que, si bien es cierto en la actualidad se desempeña como Director de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio del Ambiente, es absolutamente falso que dicha condición lo descalifique para integrar y presidir un tribunal arbitral, toda vez que no existe ninguna limitación y/o restricción legal al respecto, es más, menos, aún, el hecho que en su trayectoria profesional haya ejercido diversos cargos públicos, para nada lo descalifican para ejercer la presidencia del tribunal;

Que, señala que ¿cómo puede ser posible ocultar y, en consecuencia, no revelar información que es de público conocimiento, al ser publicada por el diario oficial "El Peruano"?

Que, precisa que resulta subjetivo afirmar que su condición de funcionario público, le permite desarrollar una estrecha relación con las autoridades estatales, sin establecer ningún



tipo de vinculación con una supuesta imparcialidad [sic] en un proceso arbitral; igual circunstancia se presenta al pretender cuestionar su trayectoria profesional en la Administración Pública, la misma que no tiene ninguna relación con las partes del presente proceso arbitral;

Que, por otro lado, agrega que le resulta preocupante que se pretenda tergiversar una publicación realizada en la página web del Poder Judicial por la Dirección de Imagen Institucional y Prensa de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima que textualmente señala:

"La Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima que preside el Dr. José Alberto Infantes Vargas, instaló la Comisión de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal ante un nutrido auditorio conformado por los magistrados de todas las instancias de esta Corte Superior de Justicia, fiscales, así como altas autoridades del Ministerio de Justicia, entre ellas el doctor Raúl Callirgos Velarde, Presidente de la Comisión de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal y el doctor Álvaro Prieto, Secretario Técnico de la referida Comisión, y el Director Académico de la Academia de la Magistratura Dr. Oscar Gómez Castro."

Que, manifiesta que, una oficina de prensa no representa al Poder Judicial; por otro lado, en el texto no se señala que sea una "alta autoridad del Ministerio de Justicia", lo que se dice es que en su condición de Director Académico de la Academia de la Magistratura, asistió a la instalación de la Comisión de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, es decir, se pretenden encontrar vinculaciones que no existen;

Que, agrega que, en efecto, existe incompatibilidad para actuar como árbitro de algunos funcionarios y servidores públicos, pero la propia norma establece que ello dependerá de las normas de incompatibilidad respectivas y, tratándose de una arbitraje en el marco de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento, corresponde aplicar el artículo 221° del Reglamento que establece taxativamente qué funcionarios y servidores del Estado se encuentra impedidos para actuar como árbitros; precisa que cabe entender que la empresa no ha considerado dicha norma, en la interpretación realizada del artículo 21° de la Ley General de Arbitraje;

Que, en consecuencia, no es cierto que los funcionarios públicos necesariamente están parcializados al resolver una causa en su condición de árbitros, si es que una de las partes que interviene en el proceso es una entidad; el impedimento existe en la medida que la materia a resolver tenga directa relación con la entidad en la que labore, lo cual no sucede en el presente caso;

Que, por su parte, el Poder Judicial absuelve el traslado de la recusación con fecha 08 de setiembre de 2009;

Que, el Poder Judicial cita el artículo 5° de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, que determina el ámbito de aplicación de la citada norma, señalando que la misma prevalece sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables;

Que, precisa que el artículo 221° del Reglamento señala expresamente cuando se entendería que el funcionario o servidor público estaría inmerso dentro de los impedimentos para actuar como árbitro;

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;





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 468 - 2009 - OSCE/PRE

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.

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

Que, al respecto, la empresa América Móvil Perú S.A.C. sostiene que el hecho de que el doctor Oscar Enrique Gómez Castro, sea funcionario público y que dicho hecho no haya sido declarado, constituye duda razonable en la imparcialidad de dicho árbitro, quebrándose la confianza que se debe depositar en el citado profesional;



Que, al respecto, 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 más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea..."²;

Que, también "...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, 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;

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 lo expuesto, el hecho de que el doctor Oscar Enrique Gómez Castro, sea funcionario público, no evidencia en lo absoluto que exista una causal válida que pueda cuestionar la imparcialidad o independencia del citado profesional, en tanto son cuestiones totalmente distintas;

Que, en relación a lo sostenido por la empresa América Móvil Perú S.A.C., en atención a que el doctor Oscar Enrique Gómez Castro, estaría impedido de ejercer el cargo de árbitro, conforme a lo dispuesto en los artículos 40° de la Constitución Política del Estado, 16°, literal c) de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, 7° del Decreto Legislativo N° 276 y 21° del Decreto Legislativo N° 1071 (el cual no resulta de aplicación al presente proceso), al ser funcionario público, debe indicarse que, conforme a lo dispuesto por el artículo 26° de la LGA, tienen incompatibilidad para actuar como árbitro bajo sanción de nulidad del nombramiento y del laudo:

- 1) Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz, los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
- 2) El Presidente de la República y los Vicepresidentes; los Parlamentarios y los miembros del Tribunal Constitucional.
- 3) Los oficiales generales y superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, salvo profesionales asimilados.
- 4) Los ex Magistrados en las causas que han conocido.
- 5) El Contralor General de la República en los procesos arbitrales en los que participen las entidades que se encuentran bajo el control de la Contraloría General de la República.

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.



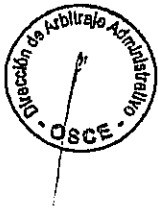


Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 467-2009 - OSCE/PRE

Que, igualmente, el artículo 25° de la norma acotada, dispone que pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad para actuar como árbitros y que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles; es decir, en principio y salvo las restricciones establecidas en el artículo 26° de la LGA, cualquier persona mayor de edad y en pleno uso de sus derechos civiles puede actuar como árbitro;

Que, siendo ello así, el artículo 1° así como el artículo 2° f) de la Ley N° 27588, Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, establecen únicamente que "los directores, titulares, altos funcionarios, miembros de Consejos Consultivos, Tribunales Administrativos, Comisiones y otros órganos colegiados que cumplen una función pública o encargo del Estado, los directores de empresas del Estado o representantes de éste en directorios, así como los asesores, funcionarios o servidores con encargos específicos que, por el carácter o naturales de su función o de los servicios que brindan, han accedido a información privilegiada o relevante, o cuya opinión haya sido determinante en la toma de decisiones, están obligados a guardar secreto o reserva respecto de los asuntos o información que por ley expresa tengan dicho carácter..." y están impedidos de "intervenir como abogados, apoderados, asesores, patrocinadores, peritos o árbitros de parturales en los procesos que tengan con la misma repartición del Estado en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo cumplen el encargo conferido (...). Los impedimentos subsistirán permanentemente respecto de aquellas causas o asuntos específicos en los que hubieren participado directamente...";



Que, el Reglamento de dicha Ley, D.S. N° 019-2002-PCM, dispone, en todos los supuestos, que el impedimento se restringe a la repartición de la administración pública sobre la cual hubiera tenido competencia funcional directa, el funcionario o servidor público;

Que, en ese mismo sentido, conforme lo dispuesto por el artículo 279° del Reglamento (norma de aplicación, conforme lo señalado en el artículo 4.1 de la Ley), se encuentran impedidos para actuar como árbitros:



1. El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
2. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
3. Los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
4. El Contralor General de la República.
5. Los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los alcaldes y los directores de las empresas de Estado.
6. El personal militar y policial en situación de actividad
7. Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
8. Los funcionarios y servidores del CONSUCODE.

En los casos a que se refieren los incisos 5) y 7), el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.

Que, como podrá apreciarse, el hecho de que el doctor Oscar Enrique Gómez Castro, sea funcionario público, no constituye causal de recusación, en tanto las partes del presente proceso son el Poder Judicial y la empresa América Móvil Perú S.A.C. y, el Ministerio del Ambiente, no es parte del presente proceso arbitral, no se encuentra adscrito al Poder Judicial y por tanto, tampoco está subordinado a dicha Entidad y viceversa;

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 América Móvil Perú S.A contra el abogado, Oscar Enrique Gómez Castro 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. ANTÚÑEZ DE MAYOLO M.
Presidente Ejecutivo