

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 024-2012 - OSCE/PRE

Jesús María,

03 FEB 2012

SUMILLA: Conforme con lo señalado en el inciso 3) del artículo 29° del Decreto Legislativo N°1071, salvo pacto en contrario de las partes, las recusaciones formuladas con posterioridad al inicio del plazo para laudar, devienen en improcedentes.

VISTOS:

La solicitud de recusación de fecha 08 de setiembre de 2011, presentada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra el Presidente de Tribunal Arbitral, abogado Aurelio Moncada Jiménez (Expediente de Recusación N° R051-2011), el escrito presentado por el Consorcio Moquegua y, el Informe N° 004-2012-OSCE/DAA de fecha 20 de enero de 2012, que contiene la opinión técnico-legal de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE;

CONSIDERANDO:

Que, el 01 de setiembre de 2009, Provías Descentralizado del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante "MTC") y el Consorcio Moquegua (en adelante el "Consorcio"), suscribieron el Contrato N° 296-2009-MTC/21 para la ejecución de la Obra "Rehabilitación del Camino Vecinal: CHOJATA – SAN MIGUEL DE COROISE – LLOQUE – LUCCO – EXCHAGE – PAMIPILLA – YUNGA (Long. 43.170 Km.)", por el monto de S/. 2'285,651.60;

Que, surgida la controversia, el Tribunal Arbitral quedó conformado de la siguiente manera:

Cuadro de Composición del Tribunal Arbitral

Nombre	Tribunal Arbitral
Aurelio Moncada Jiménez	Presidente
Randol Campos Flores	Arbitro
Hoover Olivas Valverde	Arbitro

Que, el MTC formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el árbitro Aurelio Moncada Jiménez, la que es notificada al recusado y al Consorcio, otorgándoles el plazo legal, a fin de que expresen lo que convenga a su derecho;

Que, con fecha 11 de noviembre del 2011, el Consorcio absuelve la recusación formulada;

Que, el árbitro recusado no cumplió con absolver la recusación formulada en su contra, pese a encontrarse debidamente notificado, como consta en el cargo del Oficio N° 8683-2011-OSCE/DAA.

Que, el MTC sostiene su recusación, señalando que:

"(...) dicho profesional no ha cumplido con su deber de revelación y por ende existen circunstancias que dan lugar a dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia para seguir conociendo de este proceso arbitral (...)".

Que, en ese sentido, precisa que:

"En inventario de depuración de los expedientes que estuvieron a cargo de la ex Procuraduría Ad Hoc de PROVIAS, se ha encontrado aquel correspondiente al proceso judicial seguido por PROVIAS NACIONAL contra AURELIO MONCADA JIMENEZ y otros, sobre Restitución [sic] de Dar Suma de Dinero. Ante tal hecho se ha verificado el expediente en mención y se ha podido constatar que el proceso sigue en trámite y a la fecha el Dr. Moncada viene litigando como parte demandada. Asimismo, se ha comprobado que el proceso judicial bajo comentario fue iniciado en el año 2002 y mediante Escrito N° 01 del 11 de marzo del 2005, el Dr. Moncada contestó la demanda. Sin embargo, (...) aceptó el cargo de Presidente de Tribunal Arbitral, sin informar a las partes este hecho (...) el Dr. Aurelio Moncada infringió el deber de declaración por cuanto no informó a las partes que mantiene una litis con Provias Nacional, la misma que se tramita ante el Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, mediante Expediente N° 21824-2002-0-1801-JR-CI-06 (...)".

Que, finalmente, el MTC pone en conocimiento, que la Procuraduría respectiva ha denunciado penalmente al abogado Aurelio Moncada Jiménez, por una situación similar en el proceso arbitral seguido con el Consorcio JAACSA MONTES;

Que, por su parte, con fecha 11 de noviembre de 2011, el Consorcio absolvió la recusación formulada, señalando que el Tribunal Arbitral emitió el Laudo correspondiente, conforme a Ley sin que las partes hayan solicitado correcciones, integraciones, y aclaraciones ni tampoco realizado recusación durante el proceso arbitral;

Que, en consecuencia, el Consorcio solicita se declare la improcedencia de la solicitud de recusación formulada por el MTC, en tanto ésta fue presentada con posterioridad a la fecha de emisión del laudo arbitral¹ que pone fin al proceso del cual deriva la presente recusación;

Que, habiéndose señalado las posiciones de los involucrados en la presente recusación, corresponde efectuar el análisis de sus alcances, en razón del marco legal aplicable y los aspectos relevantes:

1. El análisis legal de la presente recusación se realizará aplicando el marco normativo vinculado al arbitraje en cuestión y corresponde al TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM², (en adelante "la Ley"), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante "el Reglamento"), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto que Norma el Arbitraje (en adelante "LA"), y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 05 de junio de 2008 (en adelante el "Código de Ética"), así como las normas de derecho público y demás de derecho privado (manteniendo este orden de preferencia en la aplicación del derecho).

¹ 24 de agosto de 2011.

² Norma de orden público y de obligatorio cumplimiento, aplicable conforme a la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1017, que señala: "Los procesos de contratación iniciados antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo se rigen por sus propias normas".





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 024-2012 - OSCE/PRE

2. El arbitraje, según el convenio arbitral contenido en la cláusula trigésima sexta del contrato objeto de controversia, es de derecho, ad hoc, nacional; por lo que las partes determinan libremente las reglas a las que se debe someter el Tribunal Arbitral, las mismas que en detalle constan en el Acta de Instalación de fecha 10 de setiembre de 2010.
3. Los aspectos relevantes identificados en la presente recusación, que deben ser motivo de análisis son:

(i) ¿Es procedente la recusación formulada con posterioridad a la fecha de emisión del laudo arbitral?.

(ii) ¿El abogado Aurelio Moncada Jiménez ha incumplido con el deber de revelación en el presente arbitraje y, por ende, habría incurrido en una causal de recusación?;

Que, en consecuencia, corresponde que se proceda a analizar cada uno de los puntos antes delimitados, a partir de la valoración de la información obrante en el expediente de recusación y la aplicación de la normativa delimitada en el considerando anterior:

(i) ¿Es procedente la recusación formulada con posterioridad a la fecha de emisión del laudo arbitral?:

1. El Consorcio ha señalado que la recusación formulada por el MTC deviene en improcedente, toda vez que habría sido formulada con posterioridad a la emisión del laudo arbitral por parte del Tribunal que preside el árbitro recusado.
2. Al respecto, es de precisar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 284° del Reglamento, aplicable al presente caso, las recusaciones deben interponerse ante el CONSUCODE (ahora OSCE) dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por parte del árbitro recusado o desde la parte recusante tomó conocimiento de alguna causal sobreviniente.
3. Como puede apreciarse, el referido artículo no establece como límite temporal para el ejercicio de la acción, la interposición de la recusación hasta antes de la culminación de cualquier etapa del arbitraje. No obstante, también resulta pertinente remitirse a lo dispuesto en el numeral 3) del artículo 29° de la "LA", cuando dispone que, salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación.
4. De la aplicación sistemática de la citada normativa se colige que, en los arbitrajes en materia de contrataciones con el Estado, cualquier parte afectada podrá interponer recusación contra un árbitro dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado, o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente, siempre que no se haya iniciado el cómputo del plazo para laudar, en cuyo caso sería improcedente.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA
REG. N° 112-12

06 FEB 2012

19/24

FIDEL GALVEZ MARMANILLO
FEDATARIO - OSCE
RUC N° 001-2009-OSCE/PRE
USO PROPIO - USO INTERNO

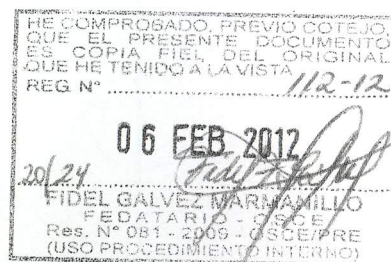
5. Ahora bien, de la revisión del expediente, se ha constatado que con fecha 24 de agosto de 2011, el Tribunal Arbitral ha expedido el laudo arbitral, resolviendo de manera definitiva la controversia surgida entre el MTC y el Consorcio.
6. En ese sentido, entendiendo que conforme a lo señalado en el inciso 3) del artículo 29° de la "LA", salvo pacto en contrario de las partes, las recusaciones formuladas con posterioridad al inicio del plazo para laudar, devienen en improcedentes; es evidente concluir que la consecuencia debe ser la misma, si éstas son formuladas con fecha posterior a la emisión del laudo arbitral.
7. Siendo ello así y, atendiendo a que en el caso de autos, la solicitud de recusación ha sido formulada con fecha posterior a la emisión del laudo arbitral, no habiendo las partes pactado contrariamente a lo establecido en el inciso 3) de la "LA"; corresponde declarar improcedente, la solicitud de recusación presentada por el MTC.

(ii) ¿El abogado Aurelio Moncada Jiménez ha incumplido con el deber de revelación en el presente arbitraje y, por ende, habría incurrido en una causal de recusación?:

1. Sin perjuicio de la extemporaneidad en la formulación de la recusación, nos pronunciaremos sobre el presente aspecto, siendo preciso determinar los alcances del deber arbitral de revelación o información a las partes. Así, es de precisar que conforme a lo señalado en el artículo 282° del Reglamento, los árbitros, al aceptar el encargo, deben revelar todas aquellas circunstancias que pudieran, de alguna manera, afectar su independencia e imparcialidad, con el fin de garantizar que el arbitraje se desenvuelva en un entorno de transparencia, previniendo así la ocurrencia de eventuales conflictos de intereses.
2. Adicionalmente, el literal d) del artículo 5° del Código de Ética es claro en disponer que, en la aceptación al cargo de árbitro, éste debe informar por escrito a las partes si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros.
3. Por su parte, la doctrina desarrolla una serie de consideraciones que permiten comprender mejor los alcances del cumplimiento del deber de revelación durante todo el arbitraje. Así, REDFERN explica lo siguiente:

“(…) la persona que es contactada por una de las partes para desempeñarse como árbitro designado por ésta habitualmente le revelará los hechos pertinentes a la partes en cuestión en primera instancia y de manera informal. Si las circunstancias reveladas no generan motivo de inquietud ya sea para el posible árbitro o la parte que vaya a designarlo, el candidato acepta la nominación y les comunica formalmente y por escrito a ambas partes los hechos pertinentes cuando por su naturaleza corresponda revelarlos por considerarse que “a los ojos” de la otra parte podrían generar dudas respecto de la independencia e imparcialidad del futuro árbitro. Por ende en este contexto existe una diferencia sutil entre el criterio objetivo que consiste en determinar si los hechos pertinentes generarían dudas a los ojos de un tercero razonable, y el criterio subjetivo, que busca establecer si generarían dudas a los ojos de las partes enfrentadas en la controversia específica (…)”³
4. Por lo antes señalado, corresponde verificar en el presente caso, si el abogado Aurelio Moncada Jiménez ha cumplido con el deber de revelación. Es así que conforme a la documentación presentada por el MTC, se ha constatado que el árbitro recusado es parte demandada del proceso judicial seguido por Provías Nacional sobre Obligación de Dar Suma de Dinero, el mismo que sigue en trámite ante el Sexto Juzgado Especializado en lo

³ REDFERN, Alan y otros. En: “Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional”. 4ta. Edición. Ed. Thomson Aranzadi. Navarra – España. Año 2006. P. 309.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 024-2012 - OSCE/PRE

Civil de Lima, mediante Expediente N° 21824-2002-0-1801-JR-CI-06; circunstancia que no fue informada a las partes. De acuerdo a lo señalado, se puede concluir objetivamente, que el citado profesional infringió el deber de declaración establecido en el artículo 282° del Reglamento y en el artículo 5° del Código de Ética, antes enunciados.

5. Por otro lado, habiéndose invocado además de la infracción al deber de declaración (principio de información), supuestas dudas justificadas sobre la conducta arbitral, en virtud a lo dispuesto en los artículos citados en el párrafo precedente, resulta necesario precisar los alcances de las nociones de imparcialidad e independencia:

"la imparcialidad (...) es la falta de designio anticipado o prevención a favor o en contra de personas y cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud"⁴.

"(...) 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 (...) "⁵.

"(...) 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 (...) "⁶.

6. Tenemos pues que la doctrina es unánime al señalar que la independencia posee un criterio objetivo, mientras que la imparcialidad posee un criterio subjetivo.
7. Con lo expresado en los párrafos precedentes, se comprueba que existen circunstancias que objetivamente generan dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia del árbitro, situación que calificaría como una recusación fundada; no obstante, se recuerda que el caso de autos debe ser declarado improcedente por extemporaneidad, conforme con los argumentos señalados en el desarrollo del primer punto controvertido de la presente recusación;

Que, en ese sentido, tomando en cuenta lo expresado en los párrafos precedentes y considerando el análisis de fondo y forma efectuado, corresponde declarar improcedente la recusación formulada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en atención a la siguiente conclusión:

La recusación ha sido planteada después de la emisión del laudo arbitral⁷, por lo que deviene en extemporánea conforme a lo señalado en el inciso 1) del artículo 284° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado concordado con el numeral 3) del

⁴ CAIVANO, Roque J. En: "Arbitraje" Ed. Ad Hoc SRL, Buenos Aires – República Argentina, Año 2000. P. 175.

⁵ 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.

⁶ REDFERN, Alan y otros. Op. Cit. P 305.

⁷ De fecha 24 de agosto de 2011.



artículo 29° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto que Norma el Arbitraje. No obstante, es importante dejar claro que la improcedencia de la recusación contra el abogado Aurelio Moncada Jiménez, no constituye un perjuicio al derecho que asiste a la parte recusante, de activar el mecanismo de denuncia por infracción al Código de Ética, de considerarlo pertinente.

Que, el inciso h) del artículo 58° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, concordante con el literal h) del artículo 5° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, señala como una función del OSCE designar árbitros y resolver recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento de la citada Ley;

Que, de acuerdo con el literal q) del artículo 11° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, 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 el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, el Decreto Legislativo N° 1071 y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE;

Con el visado de la Dirección de Arbitraje Administrativo y la Oficina de Asesoría Jurídica;

SE RESUELVE:

Artículo Primero. Declarar IMPROCEDENTE la recusación interpuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra el abogado Aurelio Moncada Jiménez, árbitro encargado de presidir el Tribunal Arbitral constituido para resolver las controversias surgidas entre el recusante y el Consorcio Moquegua; 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 y archívese.



MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva

