



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 517-2009 - OSCE/PRE

Jesús María, 02 DIC 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal -COFOPRI con fecha 06 de febrero de 2009, subsanada mediante escrito de fecha 13 de febrero de 2009 y ampliada mediante escrito de fecha 23 de febrero de 2009 (Expediente de Recusación N° 013-2009);

Los escritos presentados por el abogado Martín Eduardo Musayón Bancayán con fechas 27 de febrero y 24 de marzo de 2009;

Los escritos presentados por la empresa Importaciones Magna S.A.C. con fechas 27 de febrero y 19 de marzo de 2009;

El Informe N° 043-2009/OSCE/DAA, que analiza la recusación formulada contra el árbitro, abogado Martín Eduardo Musayón Bancayán;

CONSIDERANDO:

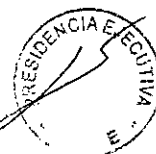
Que, el 30 de noviembre de 2006, el Proyecto de Titulación de Tierras y Catastro Rural - PETT, ahora Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (en adelante "COFOPRI") otorgó la Buena Pro de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 008-2006-AG-PETT-PER/Andahuaylas a favor de la empresa Importaciones Magna S.A.C. (en adelante "el Contratista");

Que, con fecha 06 de febrero de 2009, COFOPRI formuló ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el doctor Martín Musayón Bancayán, señalando que, a su juicio, existen circunstancias que dan lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, causal prevista en el artículo 28° de la Ley 26572, Ley General de Arbitraje, al haberse quebrantado los principios de confidencialidad, independencia y transparencia previsto en el numeral 11° del Acta de Instalación de Árbitro Único de fecha 07 de octubre de 2008;

Que, mediante Oficio N° 190-2009-OSCE/DAA, el OSCE comunicó a COFOPRI que conforme al Texto Único de Procedimientos Administrativos, se requiere del pago de la tasa correspondiente a efectos de iniciar el trámite correspondiente;

Que, el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal -COFOPRI mediante escrito de fecha 13 de febrero de 2009, cumplió con acreditar el pago de la tasa administrativa;

Que, mediante oficios de fecha 18 de febrero de 2009, el OSCE puso en conocimiento del doctor Martín Musayón Bancayán y del Contratista la recusación formulada, otorgándoles el plazo de cinco (5) días, a fin de que expresen lo que corresponda a su derecho;



Que, de la misma manera, mediante oficios de fecha 13 de marzo de 2009 el OSCE puso en conocimiento de la contratista y del árbitro recusado la ampliación de argumentos presentados por COFOPRI;

Que, el árbitro recusado absolvió el traslado de la recusación y de la ampliación formulada en su contra, mediante escritos de fecha 25 de febrero y 24 de marzo de 2009, asimismo lo hizo el Contratista por escritos de fecha 27 de febrero y 19 de marzo de 2009, ambos dentro del plazo otorgado;

Que, al respecto, COFOPRI sustentó la recusación del árbitro señalando que "el Árbitro Único Dr. Martín Musayón Bancayán, en sus considerandos Sexto y Octavo de su Resolución N° 03 del 07 de enero de 2008, mi representada cumplió con presentar dentro del plazo legal, es decir hasta el 04 de diciembre de 2008 el "Escrito de Contestación de Demanda", el "Escrito de Excepción de cosa decidida" y el "Escrito de Excepción de Incompetencia"; proceder que se adoptó por indicación expresa del Secretario Arbitral RENATO ESPINOLA LOZANO, quien hasta antes del 04 de diciembre de 2008, realizo llamadas telefónicas hasta en tres (03) oportunidades al número de la Central Telefónica de COFOPRI N° 315-0330 la primera llamada al Anexo 2231, y las dos últimas al Anexo 2110; para indicarnos dos cosas: 1) Que estaba por vencerse el plazo para la contestación de demanda, y 2) Que los escritos se presenten en las OFICINAS DE CONSUCODE, ya que dicha dependencia se los haría llegar (sic)."

Que, asimismo, COFOPRI alegó que: "(...) ante la "preocupación" mostrada por parte del Secretario del Árbitro Único Sr. RENATO ESPINOLA LOZANO, que entendemos fue dentro de un ánimo de Buena Fe, procedimos como indicó, es decir, cumplir con presentar los escritos antes referidos, dentro del plazo de Ley, en la Mesa Única de Partes de CONSUCODE, como está acreditado con los cargos de los escritos, el Oficio N° 6168-2008-CONSUCODE y el reconocimiento expreso hecho en la Resolución impugnada." Además, señala el recusante que: "así como estaba establecido en el Acta de Instalación Arbitral que los escritos podían presentarse en la Mesa Única de Partes de CONSUCODE, y que el haber realizado la presentación del "Escrito de Contestación de la Demanda y de otros medios de defensa" dentro del plazo legal, acarreó la sanción de declarar Improcedente por Extemporánea de dichos escritos; del mismo modo no estaba establecido en el Acta de Instalación Arbitral, que el Secretario Arbitral podía realizar llamadas telefónicas a cualquiera de las partes, debe también acarrear algún tipo de medida a modo de sanción (...)". Por último, señala que: "como se puede apreciar, se nos indujo manifiestamente a error con el ánimo de perjudicar nuestra defensa, iniciada y promovida por el Secretario Arbitral al realizar las llamadas antes denunciadas, quebrando el principio vertebral de todo proceso arbitral como es el de la "Imparcialidad", por lo que consideramos que, es necesario se designe nuevo Árbitro, a fin de garantizar nuestro derecho Constitucional a la Defensa y al Debido Proceso y se tenga en cuenta lo expuesto en nuestro "Escrito de Contestación de la Demanda, el "Escrito de Excepción de Cosa Decidida" y el "Escrito de Excepción de Incompetencia"; pues de lo contrario se estaría configurando lo previsto en le artículo 28° de la Ley N° 26572.";

Que, siguiendo esa lógica, COFOPRI amplió sus argumentos de recusación señalando que: "(...) el Árbitro recusado dispuso: "facultar a IMPORTACIONES MAGNA S.A.C. para que en caso nuestra representada COFOPRI no cumpliera el pago de los anticipos de honorarios y gastos administrativos establecidos, asuman estos pago(...)", adelantándose a los hechos, sin esperar que se ponga de manifiesto la renuencia en el pago, sin mediar pedido expreso y previo por parte de la demandante para subrogarse e el pago; contraviniendo lo taxativamente dispuesto en el Párrafo Segundo del Numeral 32 del "Acta de Instalación" que dice: "Si vencido el plazo, no se verifica el pago íntegro de los montos identificados en el numeral precedente, el Árbitro Único queda facultado para suspender el proceso arbitral", actuando de oficio en beneficio del interés del demandante."





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 517 - 2009 - OSCE/PRE

Que, por su parte, el Contratista señaló que la recusación formulada carece de sustento manifestando que "(...) el Acta de Instalación levantada el día 07 de octubre de 2008, a horas 15:30 señala en su punto 5. literalmente: "Se establece como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como sede del arbitro único, las oficinas ubicadas en la calle Toribio Pacheco N° 220, distrito de Miraflores de esta capital; donde se deberán presentar los escritos y demás documentos que correspondan en días hábiles y en el horario de 9:00 a.m. a 5:00p.m.(...)". Además, señaló que: "(...) Se aprecia que en forma imperativa en dicha Acta se señala el lugar, y horario en donde se deben presentar los escritos, siendo que dicha Acta fue suscrita por el representante de COFOPRI, que ahora pretende recusar al Árbitro, por un incumplimiento ocasionado por COFOPRI de las reglas del arbitraje señaladas a Priori. (...) Por último, el recusante sostiene: "(...) Queda claro que no existe ninguna "DUDA JUSTIFICADA", respecto a la imparcialidad del Señor Árbitro, y por tanto no existe motivo para la recusación, la entidad COFOPRI debió cumplir cabalmente las Reglas del Acta de Instalación situación que busca justificar su descuido con una recusación que resulta de Mala Fe.";

Que, de la misma manera, absolviendo la ampliación de argumentos presentados por COFOPRI, el Contratista señaló: "(...) Resulta obvio, que en la Resolución 03 que señala COFOPRI como muestra de parcialidad del Arbitro, éste está realizando un requerimiento ante ya el incumplimiento de pago de COFOPRI, ordenando en la Resolución N° 01, y en consecuencia aplicando el Principio de Concentración, Celeridad y Economía Procesal, faculta a Importaciones MAGNA S.A.C. a realizar los pagos siempre y cuando COFOPRI, NUEVAMENTE NO CUMPLA (lo que sucedió). Puesto que de lo contrario hubiera sido necesario una nueva resolución, reiterando que esta facultad se encuentra prevista en el punto 23 del Acta de Instalación; tanto así que Resolución N° 05, del 02 de febrero de 2009, requiere a Importaciones Magna S.A.C. cumpla el pago íntegro de honorarios y gastos administrativos que correspondían a COFOPRI bajo apercibimiento de declararse la suspensión del proceso." (sic);

Que, por su parte, el Árbitro recusado, abogado Martín Musayón Bancayán, absolvió el traslado de la recusación manifestando lo siguiente: "La regla N° 05 del Acta De Instalación señala expresamente que se establece como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como sede del Arbitral las oficinas ubicadas en calle Toribio Pacheco N° 220 -Distrito de Miraflores, lugar donde se deberán de presentar los escritos y demás documentos que correspondan en días hábiles y en el horario de 9:00 a.m. a 5:00 p.m. En ese sentido, quedó establecido que las partes deberán someterse estrictamente a las reglas establecidas en el acta de instalación de fecha 07 de octubre de 2008, más aún si tenemos en cuenta que ambas partes estuvieron presentes en la audiencia de instalación.";

Que, asimismo, el Árbitro recusado absolvió el traslado de la ampliación de argumentos presentados por COFORPI, señalando: "La regla 32 permite sin ningún problema que una de las partes pueda asumir la falta de pago de la otra sin que admitir esto signifique una preferencia a una de ellas en perjuicio de la otra";



Que, previamente, debemos señalar 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, su Reglamento, aprobado mediante D.S. 084-2004-PCM, y la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, por razones de temporalidad;

Que, establecido el citado marco normativo, conforme lo dispuesto por el artículo 283° del Reglamento, son causales de recusación:

- 1. Cuando se encuentren impedidos conforme el Artículo 279° o no cumplen con lo dispuesto en el Artículo 278° de este Reglamento.*
- 2. Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral.*
- 3. 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:

- 1. Cuando no reúnan las condiciones previstas en el Artículo 25° o en el convenio arbitral o estén incursos en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26°.*
- 2. Cuando estén incursos en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.*
- 3. Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.*

Que, ahora bien, COFORPI sustenta la recusación alegando que el Secretario Arbitral habría inducido a error, señalando una sede arbitral distinta a la establecida en el Acta de Instalación, generando que ésta presentara sus escritos en lugar distinto de la sede del Arbitro Único y dicho hecho, le generaría dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia;

Que, definamos de manera previa, los criterios de imparcialidad e independencia; 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, "...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 plantea (...)"²;

Que, "(...) 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;

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.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 517 - 2009 - OSCE/PRE

Que, "(...) 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(...);

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, ahora bien, COFOPRI ofrece como medio probatorio de la recusación planteada, el Acta de Instalación N° 091-2008-CONSUCODE, el cargo del escrito con sumilla: "Contesta Demanda" con sello del CONSUCODE de fecha 04 de diciembre de 2008, el escrito sumillado "Excepción de Incompetencia" con sello del CONSUCODE de fecha 04 de diciembre de 2008, el Oficio N° 6168-2008-CONSUCODE/OCA de fecha 12 de diciembre de 2008, el Oficio N° 1658-2008-COFOPRI/OAJ de fecha 17 de diciembre de 2008, la Resolución N° 03 emitida por el Árbitro Único con fecha 07 de enero de 2009, el escrito sumillado "Reconsideración de Resolución N° 03 del 07 de enero de 2009" con fecha de recibido 16 de enero de 2009, la Resolución N° 04 emitida por el Árbitro Único con fecha 19 de enero de 2009, la Razón de Secretaría de fecha 19 de enero de 2009 suscrita por el Secretario Arbitral Renato Espinola Lozano;

Que, como podrá apreciarse, COFOPRI al adjuntar copia de los cargos de los escritos presentados ante el entonces CONSUCODE y las resoluciones emitidas por el Árbitro Único, no ha logrado acreditar que dichos escritos fueran presentados en la sede del Árbitro Único y que mediante el Oficio N° 6168-2008-CONSUCODE/OCA, se dejó constancia que se presentó ante el actual OSCE el escrito de Contestación de demanda, el escrito de excepción de cosa deducida y el escrito de excepción de incompetencia y se informó a COFOPRI que la entonces Oficina de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE no estaba encargada de la Secretaría Arbitral del proceso seguido entre dicha entidad y la empresa Importaciones Magna S.A.C., conforme consta en el numeral 2 del Acta de Instalación de Arbitro Único 091-2008-CONSUCODE de fecha 07 de octubre de 2008;

Que, en ese sentido, de los hechos expuestos por las partes en el presente expediente de recusación, se deja constancia que las actuaciones del Árbitro Único, encargado de resolverlas las controversias entre COFOPRI y la empresa Importaciones MAGNA S.A.C., no pueden generar dudas respecto de la independencia e imparcialidad del citado profesional, en tanto se ha podido verificar que se han seguido las reglas pactadas por ambas partes en el Acta de Instalación;

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, siendo ello así, al no haber podido COFOPRI acreditar la existencia de circunstancias que generen dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia del Árbitro Único, abogado Martín Musayón Bancayán, la recusación formulada 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 Organismo de Formalización de la Propiedad Informal -COFOPRI contra el abogado Martín Musayón Bancayán, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

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

Regístrese, comuníquese y archívese.




SANTIAGO B. ANTÚNEZ DE MAYOLO M.
Presidente Ejecutivo