



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 332. 2009 - OSCE/PRE

Jesús María, 22 SET. 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por la empresa Abengoa S.A con fecha 02 de marzo de 2009 (Expediente de Recusación N° 021-2009);

El escrito presentado por el abogado Rolando Eyzaguirre Maccan con fecha 11 de marzo de 2009;

El escrito presentado por la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A , con fecha 17 de marzo de 2009;

El escrito presentado por la empresa GyM S.A , con fecha 20 de marzo de 2009;

El Informe N° 001-2009/DAA/JJ, de fecha 17 de agosto de 2009, que analiza la recusación formulada contra el Árbitro Único, Rolando Eyzaguirre Maccan;

CONSIDERANDO:

Que, la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. (en adelante "ETECEN") y el Consorcio conformado por las empresas GyM S.A. y Abengoa S.A. Sucursal del Perú (en adelante "el Consorcio") suscribieron el Contrato N° CSIG-100-99 para la "Rehabilitación de las Líneas de Transmisión Costeras en 220 Kv, con fecha 24 de noviembre de 1999;

Que, surgida la controversia, se constituyó como Árbitro Único, el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan, a fin de que resuelva la misma;

Que, mediante escrito presentado con 02 de marzo de 2009, la empresa Abengoa S.A., formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el Árbitro Único, doctor Rolando Eyzaguirre Maccan, señalando que, a su juicio, dicho profesional estaría incurso en las causales de recusación contenidas en el numeral 3 del artículo 28° de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje (en adelante "LGA"), y los incisos a), b) y d) del artículo 146° del D.S. N° 039-98-PCM (en adelante "el Reglamento");

Que, con fecha 09 y 10 de marzo de 2009, respectivamente, el OSCE puso en conocimiento del doctor Rolando Eyzaguirre Maccan y de ETECEN la recusación formulada, otorgándoles el plazo de cinco (5) días, a fin de que expresen lo que convenga a su derecho;

Que, con fecha 11 de marzo del año en curso, el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan absuelve la recusación formulada; del mismo modo, ETECEN, mediante escrito presentado con fecha 17 de marzo de 2009 absuelve el traslado de la recusación formulada;

Que, con fecha 20 de marzo de 2009, la empresa GyM S.A. presenta un escrito pronunciándose sobre la recusación formulada por la empresa Abengoa S.A.;



Que, la empresa Abengoa S.A. sustenta su recusación en que el Árbitro Único, al momento de aceptar el encargo, debió comunicar cualquier elemento y/o circunstancia que pudiera generar en las partes, la posibilidad de no aceptar su designación, lo cual no habría sido efectuado por el citado profesional;

Que, agrega además, que el 12 de febrero de 2009, durante la declaración testimonial de la representante legal de una de las dos (2) empresas que conformaron el Consorcio Supervisor (Mejía Villegas – Proyectos Especiales Pacífico) de la Obra que realizó el Consorcio GyM S.A. – Abengoa S.A., declaró ante una pregunta del Árbitro Único que, “ (...) ETECEN les pidió con fecha 17.abril.2007 que hicieran un informe sobre la caída y que respondan por los 37 postes, que fue respondida mediante carta D1-07/0874. En la carta del 12 de julio de 2007 plantea el sometimiento a arbitraje nombrando como árbitro a Rolando Eyzaguirre Maccan (...)”; señala, que, en otras palabras, aparentemente en las mismas fechas en que al Consorcio GyM S.A. – Abengoa S.A. se les enviaba comunicaciones sobre el inicio de un proceso arbitral, ETECEN también pretendía llevar a un arbitraje adicional a la supervisión del contrato, nombrando como árbitro al doctor Rolando Eyzaguirre Maccan;

Que, dicho hecho, no fue puesto en conocimiento del Consorcio, ni por ETECEN, ni por el árbitro recusado, por lo que, mediante escrito N° 43, de fecha 17 de febrero de 2009, solicitaron las explicaciones al doctor Rolando Eyzaguirre Maccan, para que se les brinde las razones por las cuales decidió no poner en conocimiento de las partes, que había sido designado a su vez por ETECEN como árbitro, en un proceso arbitral relacionado directamente al presente arbitraje;

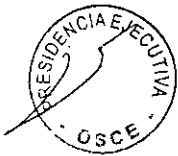
Que, el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan, mediante Resolución N° 141 de fecha 19 de febrero de 2009, declaró que decidió no informar la situación denunciada porque el referido Tribunal Arbitral, donde el sería a su vez Árbitro Único, no habría llegado a conformarse, siendo que sólo fue ETECEN la que lo designó mas no la supervisión;

Que, señala también, que, si fue la misma demandante la que lo estaba designando para un caso que se haya directamente relacionado al presente, dicha situación debió ser puesta a conocimiento y escudarse en un aparente tecnicismo formal como el hecho que “el tribunal no se llegó a conformar”, es tratar de escapar del deber de información, que es precisamente un deber de amplios alcances, pues se privilegia la información hacia las partes en aras de las transparencia que debe regir en todo proceso arbitral.

Que, agrega que, el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan ha señalado que fue el doctor Jorge Luis Pinto, abogado de ETECEN, quien lo llamó por teléfono, aparentemente en junio de 2007, para proponerle ser árbitro en dos procesos que se iban a iniciar, uno contra Abengoa y GyM, y otro contra el consorcio supervisor, siendo que dicha declaración, confirmaría que tuvo pleno conocimiento de ambos casos desde junio del año 2007, y de su nombramiento en ambos procesos arbitrales por parte de ETECEN;

Que, siendo ello así, el Consorcio realiza las siguientes preguntas: ¿Por qué no se les informó de un hecho, que en opinión del doctor Eyzaguirre no generaría dudas de su independencia o imparcialidad? Y ¿es que un hecho como tal no le genera a alguien razonable, justificadas dudas?

Que, en opinión del Consorcio, el Árbitro Único, al momento de aceptar el encargo, o incluso previamente, debió de comunicar a Abengoa y a GyM de esta relevante circunstancia; empero no lo hizo, tal y como se acredita con sus cartas de aceptación del 10 de agosto del 2007; y mucho menos, tampoco lo efectuó a lo largo del proceso arbitral que sigue su curso a la fecha;





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 322 - 2009 - OSCE/PRE

Que, consideran que dicha omisión, los ha privado de su derecho de defensa y de recusarlo oportunamente; para el Consorcio, el claro hecho de que ETECEN nombrará al mismo árbitro, en dos procesos arbitrales que se iniciaban a la par, sobre materias directamente relacionadas, debió ser puesto en conocimiento de las partes, a efectos de que ejerzan, en caso lo hubiesen considerado necesario, su legítimo derecho de no aceptar al doctor Rolando Eyzaguirre Maccan como árbitro, siendo que se les ocultó información que era relevante para la toma de dicha decisión;

Que, en ese sentido, señalan que, dicha omisión, les ha generado dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia del Árbitro Único, constituyendo dicha conducta, una clara vulneración al deber de informar establecido en el artículo 29° de la LGA y el artículo 147° del Reglamento, complementado con lo dispuesto en el artículo 28°, numeral 3) de la LGA y el artículo 146°, letra d) del Reglamento;

Que, corrido traslado al Árbitro Único de la recusación formulada en su contra, mediante escrito de fecha 11 de marzo de 2009, manifiesta que la misma debe ser declarada infundada, discrepando de los argumentos esgrimidos por la parte recusante;

Que, el citado profesional, señala que para la recusante las dudas generadoras de las "dudas justificadas" se presentan por el hecho de que no puso en conocimiento de las partes, que había sido designado a su vez por ETECEN como árbitro, también en un proceso arbitral relacionado directamente al presente arbitraje; concretamente, la recusante objeta que no haya informado que ETECEN pretendía llevar a un arbitraje adicional a la supervisión del contrato sub litis, nombrando como Árbitro Único, al doctor Rolando Eyzaguirre Maccan;

Que, el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan, sostiene que, no es verdad que haya sido nombrado o designado por ETECEN como árbitro de parte para las controversias en mención, sino que fue convocado o propuesto por dicha entidad para un arbitraje unipersonal cuyo nombramiento es fruto del consenso de las partes; la propuesta o convocatoria no genera una relación entre el Árbitro y la parte que lo propone; no se da en su caso la figura del "party-appointed arbitrator" ya que no ha sido designado por una parte, sino por ambas;

Que, señala que si bien fue propuesto por ETECEN para actuar como Árbitro Único en dicho proceso, nunca se le comunicó la designación por las partes, esto es, la aceptación por parte del referido consorcio de la propuesta para su designación conjunta, razón por la cual no comunicó al Consorcio recusante, la aceptación a un encargo de tal naturaleza; en ese sentido, no asumió el encargo arbitral respecto a dicho proceso;

Que, agrega que es de la opinión que no existe duda alguna, ya que fue convocado, consultado o propuesto como Árbitro Único en la controversia surgida con el Consorcio Supervisor Mejía Villegas - PEPSA y no fue nombrado o designado por esas partes para aceptar el encargo;

Que, considera que la sola propuesta, consulta o convocatoria no es una circunstancia que pueda afectar su imparcialidad o independencia; tampoco cree que el hecho de ser propuesto, convocado o consultado por ETECEN para un arbitraje unipersonal con el Consorcio Supervisor pueda generar suspicacia sobre su imparcialidad o independencia;



Que, el hecho de no revelar una propuesta de ETECEN no aceptada por su contraparte (Consortio Mejía Villegas-PEPSA), no puede generar suspicacia sobre su imparcialidad o independencia, acota el árbitro recusado;

Que, con fecha 17 de marzo de 2009, ETECEN absolvió el traslado de la recusación, solicitando que la misma sea declarada infundada;

Que, ETECEN señala que en el proceso arbitral, no ha violación de derecho alguno de la parte recusante; no hay omisión del árbitro del deber de información; no hay violación del derecho de defensa, ni menos aún existe en la solicitud de recusación de ABENGOA S.A. explicación – ni prueba alguna – de la supuesta causa que genere dudas respecto de la imparcialidad del árbitro; no existe causal ni hechos que sustenten la recusación. No hay indicio ni prueba de las falsas imputaciones que la recusante alega, las cuales se basan en meras suposiciones y hechos absolutamente inexistentes;

Que, señala que surgida la controversia y no habiéndose puesto las partes de acuerdo en un solución directa, propusieron el arbitraje para resolver sus diferencias; a tal efecto propusieron como árbitro al doctor Rolando Eyzaguirre Maccañ tanto al Consortio contratista como al Consortio supervisor;

Que, el Consortio contratista aceptó la propuesta; sin embargo, el Consortio supervisor rechazó la propuesta de acudir al arbitraje y, en consecuencia, jamás se dio la designación del árbitro, ni se llevó adelante proceso arbitral alguno contra dichas empresas (Proyectos Especiales Pacífico y Mejía Villegas);

Que, agrega que propuso al mismo árbitro, basado en un elemental criterio de economía y eficiencia, debido a que, tratándose de la misma obra, tenía sentido que el árbitro que conociera de ambas disputas fuera el mismo;

Que, señala que no existe, ni jamás existió proceso arbitral entre las empresas supervisoras y Etecen, por consiguiente, jamás existió designación de árbitro en otro proceso arbitral contra los supervisores;

Que, manifiesta que llama la atención el singular argumento de ABENGOA puesto que pretende que se recuse a un árbitro atribuyendo una falta a su deber de información por no haber, precisamente, informado sobre: una designación inexistente y, de un proceso arbitral inexistente; no puede, entonces, razonablemente exigirse que exista un deber de informar respecto de situaciones que simple y llanamente no se dieron;

Que, se pregunta además, ¿cuál es la relación directa de un arbitraje en trámite y de otro inexistente con las supervisoras? Ninguna, señala. La comparación o relación entre una cosa y otra, supone cuando menos, que exista pluralidad. Aquí sólo hay unidad;

Que, igualmente indica que no se aprecia a lo largo de todo el escrito de recusación, referencia, descripción o mención a un hecho concreto ni conducta que razonablemente respalden las dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia del árbitro;

Que, con fecha 20 de marzo de 2009, la empresa GyM S.A. se pronuncia sobre la recusación formulada, ratificando los hechos expuestos por la empresa Abengoa S.A., solicitando a su vez que la misma, sea declarada fundada;

Que, señala que su pedido se sustenta en que Abengoa S.A. ha acreditado de manera fehaciente que el señor Árbitro Único fue designado por Etecen como Árbitro de parte para abordar, con las empresas Mejía Villegas S.A. y Proyectos Especiales Pacífico S.A., las mismas controversias y hechos que se discuten en el arbitraje en curso, hecho que omitió revelar el citado profesional;





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

33

Resolución N° 332-2005 - OSCE/PRE

Que, agrega que para GyM S.A., resultaba esencial que el Árbitro revele la designación previa por Etecen S.A. en las pretensiones que se dirigían contra las empresas supervisoras, no sólo porque ello revelaba una relación de confianza con Etecen, sino porque el reclamo que Etecen dirigió contra las empresas mencionadas, parte de los mismos hechos que se vienen discutiendo en el arbitraje en curso;

Que, asimismo, indica que en el arbitraje en curso, han solicitado la incorporación al proceso, como litisconsortes, de las sociedades Mejía Villegas S.A. y Proyectos Especiales Pacífico S.A., dado que ellas se encuentran vinculadas a los hechos en los cuales Etecen sustentó su demanda contra GyM S.A. y contra Abengoa S.A.; sin embargo, mediante Resolución N° 22, el Árbitro rechazó la incorporación al proceso de dichas empresas, sin informar que, de manera previa al inicio del presente arbitraje, ya había tomado conocimiento de que Etecen había dirigido sus pretensiones contra ellas; es más, el Árbitro resolvió el pedido, sin informar que había sido designado como árbitro de parte por Etecen, en los procesos que pretendió iniciar contra las empresas supervisoras;

Que, previamente, debemos señalar que el marco normativo vinculado al presente arbitraje, corresponde a la Ley N° 26850, su Reglamento, aprobado mediante D.S. 039-98-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 146° del Reglamento, son causales de recusación:

- a) Las establecidas en la Ley General de Arbitraje y Ley de Conciliación.
- b) Incumplimiento de sus funciones.
- c) Cuando no reúnan las condiciones previstas en el Artículo 143 o estén incurso en algún supuesto de incompatibilidad conforme al Artículo 144.
- d) Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

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 147° del Reglamento y respecto al deber de declaración, la persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro, conciliador o perito deberá revelar las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación. Asimismo, una vez nombrado, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasione su omisión. Las partes pueden dispensar expresamente las causas de recusación que conocieran y, en tal caso, no procederá recusación o impugnación del laudo por tales motivos;



Que, a efectos de analizar la presente recusación es necesario resumir los argumentos y hacerse la siguiente pregunta: ¿el hecho de no haber declarado la propuesta como árbitro en otro proceso arbitral, vinculado o no al presente, puede conllevar a que se generen dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del Árbitro?

Que, sobre esta pregunta, 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;

"...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;

"...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;

"...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, así, "...las causales de recusación deben ser interpretadas en un sentido menos rigurosos que respecto de un juez, ya que será común que los árbitros tengan algún tipo de relación, sobretudo en los arbitrajes ad hoc. Así, en principio no cabe invocar con estrictez esas causales contra los árbitros designados por una de las partes..."⁵;

Que, al respecto, "...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..."⁶;

¹ CAIVANO, Roque J. En: "Arbitraje" Ed. Ad Hoc SRL, Buenos Aires – República Argentina. Año 2000. P. 175.

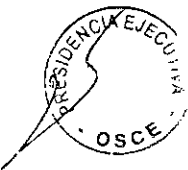
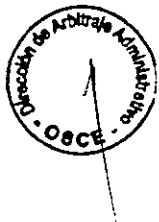
² ALONSO, José María. "La independencia e imparcialidad de los árbitros". En: Revista Peruana de Arbitraje N° 02. Ed. Grijley. Lima – Perú. Año 2006. P. 98.

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.

⁵ CAIVANO, Roque J. Op. Cit. P. 203

⁶ REDFERN, Alan y otros. Op. Cit. P. 309.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 332 - 2009 - OSCE/PRE

Que, la presente recusación tiene como fundamento, que el árbitro único no reveló al Consorcio Contratista que Etecen también lo habría propuesto como árbitro en una controversia con el Consorcio Supervisor y ello, la falta de declaración, constituiría, según lo expresado por la recusante, dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia;

Que, corresponde, por tanto, realizar una nueva pregunta: ¿La circunstancia señalada, debió o no, ser declarada por el árbitro único?

Que, para realizar el presente análisis, es pertinente rescatar el proyecto de las Directrices sobre Conflicto de Interés de la IBA⁷: "...las Directrices (...) divide una lista, no exhaustiva de circunstancias en cuatro grupos distintos. Se trata de los siguientes: (1) una Lista Roja irrenunciable; (2) una Lista Roja renunciante; (3) una Lista Naranja; y (4) una Lista Verde.

La Lista Roja irrenunciable contiene ejemplos de situaciones que ilustran el principio según el cual nadie debe juzgar su propio caso.

La Lista Roja renunciante contiene ejemplos de situaciones que, si bien presentan el potencial de ocasionar una recusación, las partes de la controversia pueden aceptar mediante su acuerdo expreso como situaciones que no obliguen a la recusación en las circunstancias del caso específico.

La Lista Naranja es una enumeración ilustrativa de situaciones específicas que a los ojos de las partes (dependiendo de los hechos de cada caso en particular) pueden generar dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia del árbitro.

Esta categoría pretende englobar aquellas situaciones en las que el futuro árbitro tiene el deber de revelar las circunstancias de que se trate. Se considera que, una vez que han sido debidamente informadas, las partes han renunciado a su derecho a oponerse después de transcurrido cierto plazo.

La Lista Verde contiene ejemplos de situaciones en las que, desde un punto de vista objetivo, no surge ningún conflicto aparente (o real) de intereses. Por ende, no pesa sobre el futuro árbitro el deber de informar tales circunstancias...⁸;

Que, dentro de la lista verde, se encuentra un supuesto similar al expuesto por la parte recusante y consiste en el que, "...previamente a su designación, el árbitro tuvo un primer contacto con la parte que lo designó o con una filial ésta (o con sus respectivos abogados) pero el contacto estuvo limitado a indagar sobre la disponibilidad del árbitro y su cualificación o sobre los nombres de posibles candidatos a la presidencia del tribunal arbitral y no se discutió el fondo del asunto de la controversia ni cuestiones de procedimiento..."⁹;

Que, cabe mencionar que dentro del marco normativo aplicable, no se encuentra regulado, cuáles son las circunstancias que los árbitros deben revelar a las partes y por ello,

⁷ International Bar Association

⁸ Op. Cit. P. 310.

⁹ Directrices sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje de la International Bar Association.



se ha considerado pertinente citar las Directrices sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje de la IBA;

Que, sobre este caso, el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan ha señalado que fue convocado por uno de los abogados de Etecen para proponerlo como Árbitro Único en los procesos arbitrales que se iban a iniciar contra el Consorcio Contratista (Abengoa S.A. – GyM S.A.) y contra el Consorcio Supervisor (Mejía Villegas S.A. – Proyectos especiales pacífico S.A.);

Que, dicho hecho, no fue declarado por el doctor Eyzaguirre Maccan, en la medida que nunca procedió a aceptar el encargo, toda vez que no hubo una comunicación formal designándolo como Árbitro Único en la controversia surgida con el Consorcio Supervisor y únicamente fue una propuesta;

Que, a su vez, ETECEN ha reconocido que lo propuso también como Árbitro, en la controversia surgida con el Consorcio Supervisor; sin embargo, dicha controversia no llegó a arbitrase y por tanto, no existe un proceso arbitral en trámite con dicho Consorcio;

Que, en consecuencia, el doctor Eyzaguirre Maccan, no ha participado como Árbitro en la controversia surgida con el Consorcio Supervisor y por tanto, dicha circunstancia, al no ser declarada, en tanto no hubo un arbitraje como tal, no constituye una circunstancia que pueda generar dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia del Árbitro, toda vez que debe entenderse, que la sola propuesta no constituye causal de recusación, debido a que lo contraria podría conllevar al absurdo de que un árbitro pueda ser recusado, sin siquiera haber tomado conocimiento formal de la respectiva propuesta;

Que, en ese sentido, considerando lo expuesto anteriormente, corresponde declarar INFUNDADA la recusación formulada contra el árbitro Rolando Eyzaguirre Maccan

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 empresa Abengoa S.A contra el abogado, Rolando Eyzaguirre Maccan 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. PUBLÍQUESE la presente Resolución en la página web del OSCE.

Regístrese, comuníquese y archívese.



SANTIAGO B. ANTÚNEZ DE MAYOLO M.
Presidente Ejecutivo



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 427 - 2009 - OSCE/PRE

Jesús María, 28 OCT 2009

VISTOS:

La recusación presentada por la empresa Abengoa S.A. con fecha 02 de marzo de 2009 contra el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan; (Expediente R-021-2009)

El escrito presentado por la empresa G y M S.A. con fecha 20 de marzo de 2009, mediante el cual se pronuncia sobre la recusación formulada por la empresa Abengoa S.A.;

La Resolución N° 332-2009-OSCE/PRE de fecha 22 de setiembre de 2009, mediante la cual se declara infundada la recusación formulada contra el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan;

El escrito presentado por la empresa G y M S.A. con fecha 07 de octubre de 2009, mediante el cual solicita la "nulidad de Resolución N° 332-2009-OSCE/PRE";

CONSIDERANDO:

Que, el 24 de noviembre de 1999, la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. (en adelante "ETECEN") y el Consorcio conformado por las empresas GyM S.A. y Abengoa S.A. Sucursal del Perú (en adelante "el Consorcio") suscribieron el Contrato N° CS1G-100-99 para la "Rehabilitación de las Líneas de Transmisión Costeras en 220 Kv";

Que, mediante documento de vistos, la empresa Abengoa S.A. recusó ante éste Organismo Supervisor al Árbitro Único, doctor Rolando Eyzaguirre Maccan; igualmente, la empresa G y M S.A. se pronunció sobre la recusación formulada, solicitando que se declare fundada;

Que, mediante Resolución N° 332-2009-OSCE/PRE de fecha 22 de setiembre de 2009, se declaró infundada la recusación formulada contra el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan;

Que, la empresa G y M S.A., solicita se declare la nulidad de la Resolución N° 332-2009-OSCE/PRE de fecha 22 de setiembre de 2009, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10° de la Ley N° 24444, Ley de Procedimiento Administrativo, así como lo señalado en los numerales 1) y 2) del artículo 202° de la citada norma;

Que, tal como se ha señalado en la Resolución N° 332-2009-OSCE/PRE de fecha 22 de setiembre de 2009, el marco normativo vinculado al presente arbitraje, corresponde a la Ley N° 26850, su Reglamento, aprobado mediante D.S. 039-98-PCM, y la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, por razones de temporalidad;

Que, siendo ello así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 26850, dicha Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fueran aplicables;



Que, en tal sentido, conforme a lo señalado en el literal e) del artículo 148° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 039-98-PCM, "contra la resolución del Consejo [hoy OSCE], o de los árbitros no recusados, no procederá ningún recurso impugnatorio...";

Que, en consecuencia, la nulidad deducida debe ser declarada improcedente conforme a lo señalado en el párrafo precedente;

Que, sin perjuicio de ello, debe precisarse que en la cláusula vigésima primera del Contrato N° CS2G-012-2000 "Supervisión de las Obras para la Rehabilitación de las Líneas de Transmisión Costeras en 220 Kv", suscrito entre la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. (ETECEN) y el Consorcio conformado por las empresas consultoras Mejía Villegas S.A. y Proyectos Especiales Pacífico S.A. – PEPSA con fecha 19 de enero de 2000, se pactó que el arbitraje sería resuelto por un árbitro a ser designado por las partes;

Que, en tal sentido, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 141° del Reglamento, "en los arbitrajes unipersonales, una vez solicitado el arbitraje por cualquiera de las partes, éstas tienen cinco (5) días contados a partir de la notificación de la referida solicitud para ponerse de acuerdo en la designación del árbitro unipersonal. En caso de llegarse a un acuerdo, las partes deberán suscribir un documento en el que conste la designación del árbitro, la cual será notificada al mismo para la aceptación del encargo...";

Que, es decir, el artículo en mención no hace referencia a que unilateralmente se pueda designar al árbitro único, sino que más bien, dicha designación recae en ambas partes y por tanto, la afirmación de la empresa G y M S.A. referida a que ETECEN designó como árbitro al doctor Rolando Eyzaguirre Maccan, en el Oficio N° GG-288-2007-ETECEN, a pesar de que dicha parte haya malinterpretado el convenio arbitral pactado, no tiene asidero legal;

*Que, a mayor abundamiento, el Oficio N° GG-290-2007-ETECEN de fecha 13 de julio de 2007 dirigido a la empresa G y M S.A. y cuyo tenor, en lo que respecta a la participación del doctor Rolando Eyzaguirre Maccan, es idéntico al Oficio N° GG-288-2007-ETECEN dirigido a la empresa Mejía y Villegas S.A., es respondido por la empresa G y M S.A. mediante Carta Ger.EM-039/07 señalando que están de acuerdo con la designación del doctor Rolando Eyzaguirre Maccan como **Árbitro Único**;*

Que, es decir, lo que pretende G y M S.A. es darle una determinada interpretación en el proceso que conjuntamente con la empresa Abengoa S.A. es parte y otra, al proceso en que es parte el consorcio conformado por las empresas Mejía Villegas S.A. y Proyectos Especiales Pacífico S.A. – PEPSA;

Que, igualmente, el artículo 276° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM, citado por la empresa G y M S.A., no resulta aplicable al presente proceso, en la medida que es de aplicación el D.S. N° 039-98-PCM;

Que, la empresa G y M S.A. sostiene que la recusación contra el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan tiene como fundamento que ETECEN formalmente lo designó árbitro de parte y no lo propuso y, se inició un procedimiento arbitral (o incluso dos) relacionado con el suyo sin que se les hubiese advertido ello; precisan que es absolutamente obvio que se incumplió con el deber de





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 427 - 2009 - OSCE/PRE

información y, según su dicho, es evidente que no se puede equiparar el acto de designación, con los efectos legales que acarrea, con una supuesta propuesta que jamás ocurrió y que no ha sido invocada como fundamento de la recusación;

Que, sin embargo, tal como se ha señalado, la cláusula arbitral contenida en el contrato suscrito entre ETECEN y el consorcio conformado por las empresas Mejía & Villegas S.A. y Proyectos Especiales Pacífico S.A. - PEPSA (idéntica a la contenida en el contrato suscrito con el consorcio conformado por las empresas Abengoa S.A. - G y M S.A.), dispone expresamente que el arbitraje se resolvería mediante un solo árbitro designado por las partes y, en consecuencia, resulta de aplicación el artículo 141° citado de manera precedente con lo cual, la afirmación de G y M S.A. de que el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan, fue designado árbitro de parte por ETECEN, contravendría los pactado expresamente entre las partes, cuestión que no ocurrió en el procedimiento arbitral que si se inició contra Abengoa S.A. y G y M S.A.;

Que, por otro lado, G y M S.A. sostiene que la citada "lista verde" de la IBA es ajena a las normas nacionales que regulan los deberes de los árbitros; sin embargo, debe precisarse que las Directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en el arbitraje, únicamente han sido citadas de manera referencial, toda vez que la normativa doméstica no establece circunstancias o hechos que deben o no ser declarados;

Que, igualmente, debe precisarse a la empresa G y M S.A. que las Directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en el arbitraje, no son una norma, sino mas bien, como su nombre los indica, son una Guía para tratar de definir las circunstancias que deben o no ser declarados por los árbitros y, tal como se ha precisado, únicamente han sido citadas de manera referencial y, si seguimos el argumento de G y M S.A., podría llegarse al absurdo de tampoco poder citar doctrina Internacional;

Que, en tal sentido, la Resolución N° 332-2009-OSCE/PRE no ha trasgredido la norma nacional sino que muy por el contrario, ha establecido parámetros de acuerdo a la normatividad aplicable y únicamente, ha tomado como referencia las Directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en el arbitraje que "... en un primer momento el Grupo de Trabajo [encargado de elaborar las Directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en el arbitraje] redactó las Directrices pensando en que su campo de aplicación sería sólo el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, (...) dio cuenta de que las Directrices deben aplicarse de igual manera a otros tipos de arbitraje (...). Estas Directrices no son normas jurídicas y no prevalecen sobre el Derecho nacional aplicable ni sobre el reglamento de arbitraje que las partes hubieren elegido. No obstante, el Grupo de Trabajo confía en que estas Directrices sean bien recibidas por la comunidad del arbitraje (...) y que ayude a las partes, abogados, árbitros, instituciones arbitrales y tribunales estatales en su proceso decisorio en lo relativo a cuestiones tan importantes como la imparcialidad e independencia de los árbitros, la obligación del árbitro de revelar hechos y circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia y para resolver las objeciones y recusaciones de árbitros por dichas causas";

Que, en ese sentido, el OSCE ha recurrido a la ayuda de las Directrices de la IBA en tanto los supuestos, hechos o circunstancias que deben o no ser declarados, tal como se ha precisado, no se encuentran contenidos en ninguna norma doméstica, como erróneamente sostiene la empresa G y M S.A.;

Que, en igual sentido, se debe señalar que el CONSUCODE, en el marco de las atribuciones establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no puede ni debe efectuar un análisis de fondo del asunto motivo de la controversia y tampoco tiene atribuciones para decidir si la solicitud de arbitraje es válida o si fue presentada de manera extemporánea, o si la materia de la controversia es efectivamente arbitrable, cuestiones que competen exclusivamente al Árbitro Único;

Que, de acuerdo con el inciso 25) del artículo 10° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante D. S. N° 006-2009-EF, es atribución del Presidente expedir los actos administrativos que le corresponda;

Estando a lo expuesto, y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071

SE RESUELVE:

Artículo Único. *Declarar Improcedente lo solicitado por la empresa G y M S.A., de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución.*

Regístrese, publíquese, comuníquese y archívese.



SANTIAGO B. ANTÚNEZ DE MAYOLO M.
Presidente



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 494-2009 - OSCE/PRE

Jesús María,

19 NOV 2009

VISTOS:

La recusación presentada por la empresa Abengoa S.A. con fecha 02 de marzo de 2009 contra el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan; (Expediente R-021-2009)

El escrito presentado por la empresa G y M S.A. con fecha 20 de marzo de 2009, mediante el cual se pronuncia sobre la recusación formulada por la empresa Abengoa S.A.;

La Resolución N° 332-2009-OSCE/PRE de fecha 22 de setiembre de 2009, mediante la cual se declara infundada la recusación formulada contra el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan;

El escrito presentado por la empresa Abengoa S.A. con fecha 07 de octubre de 2009, mediante el cual solicita la "nulidad de Resolución N° 332-2009-OSCE/PRE";

CONSIDERANDO:

Que, el 24 de noviembre de 1999, la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. (en adelante "ETECEN") y el Consorcio conformado por las empresas GyM S.A. y Abengoa S.A. Sucursal del Perú (en adelante "el Consorcio") suscribieron el Contrato N° CSIG-100-99 para la "Rehabilitación de las Líneas de Transmisión Costeras en 220 Kv";

Que, mediante documento de vistos, la empresa Abengoa S.A. recusó ante éste Organismo Supervisor al Árbitro Único, doctor Rolando Eyzaguirre Maccan; igualmente, la empresa G y M S.A. se pronunció sobre la recusación formulada, solicitando que se declare fundada;

Que, mediante Resolución N° 332-2009-OSCE/PRE de fecha 22 de setiembre de 2009, se declaró infundada la recusación formulada contra el doctor Rolando Eyzaguirre Maccan;

Que, la empresa Abengoa S.A., solicita se declare la nulidad de la Resolución N° 332-2009-OSCE/PRE de fecha 22 de setiembre de 2009, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 202° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General;

Que, tal como se ha señalado en la Resolución N° 332-2009-OSCE/PRE de fecha 22 de setiembre de 2009, el marco normativo vinculado al presente arbitraje, corresponde a la Ley N° 26850, su Reglamento, aprobado mediante D.S. 039-98-PCM, y la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, por razones de temporalidad;

Que, siendo ello así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 26850, dicha Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fuerán aplicables;



Que, en tal sentido, de acuerdo a lo señalado en el literal e) del artículo 148° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 039-98-PCM, "contra la resolución del Consejo [hoy OSCE], o de los árbitros no recusados, no procederá ningún recurso impugnatorio...";

Que, en consecuencia, la nulidad deducida debe ser declarada improcedente conforme a lo señalado en el párrafo precedente;

Que, de la misma manera, mediante Resolución N° 427-2009-OSCE/PRE de fecha 28 de octubre de 2009, se declaró improcedente la solicitud de nulidad de Resolución N° 332-2009-OSCE/PRE presentada por la empresa G y M S.A. con fecha 07 de octubre de 2009;

Que, en igual sentido, se debe señalar que el OSCE, en el marco de las atribuciones establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no puede ni debe efectuar un análisis de fondo del asunto motivo de la controversia y tampoco tiene atribuciones para decidir si la solicitud de arbitraje es válida o si fue presentada de manera extemporánea, o si la materia de la controversia es efectivamente arbitrable, cuestiones que competen exclusivamente al Árbitro Único;

Que, de acuerdo con el inciso 25) del artículo 10° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante D. S. N° 006-2009-EF, es atribución del Presidente expedir los actos administrativos que le corresponda;

Estando a lo expuesto, y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071;

SE RESUELVE:

Artículo Único. *Declarar Improcedente lo solicitado por la empresa Abengoa S.A., de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución.*

Regístrese, publíquese, comuníquese y archívese.



SANTIAGO B. ANTÚNEZ DE MAYOLO M.
Presidente Ejecutivo