



077-080

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 363. 2009 - OSCE/PRE

Jesús María, 05 OCT. 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por José Felipe Pereyra Graham con fecha 19 de marzo de 2009 y subsanada el 30 de marzo de 2009 (Expediente de Recusación N° 024-2009);

El escrito presentado por el abogado Marco Antonio Rodríguez Flores con fecha 14 de abril de 2009;

El escrito presentado por FONDEPES con fecha 15 de abril de 2009;

El Informe N° 014-2009-DAA/JJ, de fecha 21 de setiembre de 2009, que analiza la recusación formulada contra el árbitro, abogado Marco Antonio Rodríguez Flores;

CONSIDERANDO:

Que, el 25 de julio de 2008, el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (en adelante "FONDEPES") y el ingeniero José Felipe Pereyra Graham (en adelante "el Contratista") suscribieron el Contrato de Servicio de Consultoría para la "Formulación del Expediente Técnico y Estudios Complementarios del Proyecto Construcción de Pescadería en el Distrito de Desaguadero, Provincia de Chucuito, Región Puno";

Que, con fecha 19 de marzo de 2009, el Contratista formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el doctor Marco Antonio Rodríguez Flores, señalando que, a su juicio, existen dudas respecto a la imparcialidad e independencia del citado profesional;

Que, con fechas 06 y 08 de abril de 2009 respectivamente, el OSCE puso en conocimiento del FONDEPES y del doctor Marco Antonio Rodríguez Flores la recusación formulada, otorgándoles el plazo de cinco (5) días, a fin de que expresen lo que convenga a su derecho;

Que, con fecha 14 de abril de 2009, el doctor Marco Antonio Rodríguez Flores absuelve la recusación formulada; igualmente el FONDEPES absolvió el traslado de la recusación, con fecha 15 de abril de 2009;

Que, el Contratista sustenta su recusación en que se ha visto afectado por la forma irregular de la notificación que el Árbitro Único ha efectuado hacia su persona limitando su derecho de defensa;



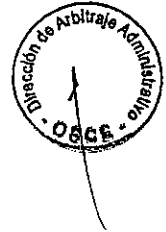
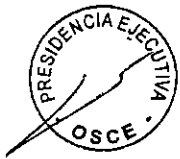
Que, precisa que en el Acta de Instalación, señaló que es un ingeniero civil dedicado a la consultoría, en este caso, a la supervisión de un trabajo de emergencia en el departamento de San Martín y, por lo tanto, tiene limitaciones de atención documentaria, hecho que señaló en la Audiencia de Instalación, solicitando que toda documentación tenga entrega formal, es decir, con cargo que conste en la fecha, lugar de la entrega documentaria;

Que, agrega que retornando a Lima, se ha dado con la sorpresa de encontrar debajo de la puerta de su casa, un sobre que contiene la Cédula de Notificación N° 331-2009, en la cual se adjunta copia del escrito de demanda del FONDEPES, y ello, con fecha 06 de marzo de 2009, es decir, una entrega irregular y atentatoria de su derecho de defensa, lo cual denuncia y motiva la presente recusación, amparándose en el inciso 3) del artículo 28° de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (en adelante la "LGA");

Que, señala que aceptar la irregular notificación, limita severamente su derecho a impugnar documentos que presenta el FONDEPES, por carecer de la respectiva recepción por dicha parte, tales como las Cartas N° 1580-2008-FONDEPES/DT, 1580-2008-FONDEPES/DT o 1505-2008-FONDEPES/DT, ya que estos documentos pueden ser validados indebidamente por el Árbitro al aplicarse la cláusula 15) del Acta de Instalación y con ello, al pasar más de 5 días hábiles de una supuesta y falsa notificación como el presente caso, se vería perjudicado en que el Árbitro, valide como verdaderos, documentos que no ha recibido;

Que, corrido traslado al doctor Marco Antonio Rodríguez Flores de la recusación formulada en su contra, mediante escrito de fecha 14 de abril de 2009, precisa lo siguiente:

- i) Que su designación como Árbitro Único, se encuentra arreglada a derecho, habiendo dejado constancia en su carta de aceptación que no tiene impedimento ni incompatibilidad para actuar como tal;*
- ii) Que después de su aceptación, ninguna de las partes cuestionó su designación, asintiendo el hecho de que sería el Arbitro encargado de resolver sus controversias;*
- iii) Que en la Audiencia de Instalación de fecha 15 de enero de 2009,, se establecieron las reglas aplicables al proceso arbitral, entre ellas, que las notificaciones del demandado se efectuarían en Calle Hefesto N° 396, Urb. Olimpo, Ate, Lima;*
- iv) Que del cargo de notificación se observa que el escrito de demanda y sus anexos, se notificaron en el domicilio del ingeniero Pereyra Graham y que fuera señalado en el punto 7) del Acta de Instalación respectiva, por lo que tal acto surte todos sus efectos y no constituye notificación irregular que vulnere el derecho de defensa;*
- v) Que no existe hasta la fecha de interposición de la recusación, escrito alguno de parte del ingeniero Pereyra Graham que dé cuenta de una variación de domicilio, por lo que resulta sin fundamento alguno el cuestionamiento hacia el deber de imparcialidad;*
- vi) Que finalmente señala que el proyecto de Acta de Instalación que se puso a disposición de las partes, contemplaba en el segundo párrafo del punto 10, cuando menos un plazo de tres (3) días de antelación para la invitación a*





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 363-2009 - OSCE/PRE

cualquiera de las audiencias contempladas en el proceso arbitral, no obstante lo indicado, el ingeniero Pereyra Graham propuso se ampliara a cinco (5) días el plazo antes referido, debido a que se encontraba trabajando en provincia;

- vii) Que, a fin de otorgar a las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos y con la anuencia del FONDEPES, se aceptó dicha propuesta, por lo que resulta contradictorio que el ingeniero Pereyra Graham pretenda ahora cuestionar su desempeño como Árbitro Único;

Que, con fecha 15 de abril de 2009, el FONDEPES solicita se declare infundada la recusación formulada, sobre la base de que según la parte recusante, la entrega de la notificación por debajo de la puerta es irregular y atentatoria del derecho de defensa, sin embargo, dicha notificación se realizó en el domicilio consignado por dicha parte en el Acta de Instalación;

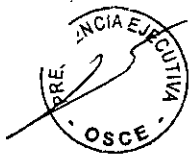
Que, igualmente precisa que conforme a lo dispuesto por el artículo 12° de la Ley de Arbitraje (en adelante la "LA"), toda notificación se considera recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o entregada en el domicilio señalado en contrato o en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales. Si no pudiera determinarse, tras una indagación razonable, ninguno de estos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega por correo certificado, servicio de mensajería o cualquier otro medio que deje constancia bajo cargo al destinatario en los siguientes domicilios:

- FONDEPRES: Av. Petit Thouars N° 115-119, Cercado de Lima
- JOSÉ FÉLIX PEREYRA GRAHAM: Calle Hefesto N° 396, Urbanización Olimpo, Ate.

Que, el domicilio no se entenderá modificado, mientras no haya comunicación expresa por escrito presentada ante el Árbitro Único. Si se modifica el domicilio, éste deberá estar ubicado en el radio urbano de la ciudad de Lima;

Que, es decir, que la notificación podía ser entregada personalmente al destinatario o entregada en el domicilio señalado, supuesto último que se cumplió, por lo que la misma resulta válida y surte efectos al haberse realizado conforme a las reglas libre y voluntariamente establecidas y aceptadas por las partes al iniciar el proceso arbitral;

Que, consideran que si el recusante estableció y/o ratificó como su domicilio en el Acta de Instalación, uno con sede en Lima (Calle Hefesto 396, Urb. Olimpo - Ate), a sabiendas que motivos laborales estaría ausente de éste, debió tomar sus precauciones para poder tener conocimiento oportuno de las comunicaciones que podían hacerse llegar como consecuencia del proceso, a fin de no verse afectado con los plazos y el ejercicio de su derecho de defensa, siendo que la responsabilidad por su omisión o falta de previsión al respecto, no puede pretenderse que ahora la asuma el Árbitro Único;



Que, del mismo modo, agrega que se recusa al árbitro como si éste tuviera a su cargo la notificación de la cédula y/o traslado de los escrito y resoluciones que se generan en el proceso, desconociendo que dicha función le compete a la Secretaría Arbitral, la misma que está a cargo del CONSUCODE;

Que, en ese sentido, no habiéndose señalado hecho válido que justifiquen las supuestas dudas razonables sobre la imparcialidad del árbitro único, reiteran que lo solicitado por el ingeniero José Felipe Pereyra Graham debe ser desestimado, disponiéndose se continúe con el proceso conforme a su estado;

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 el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje (en adelante la "LA");

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

Que, cuando se encuentren impedidos conforme el Artículo 279° o no cumplen con lo dispuesto en el Artículo 278° de este Reglamento.

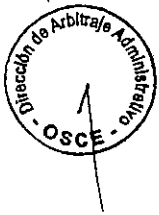
Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral.

Que, 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 inciso 3) del artículo 28° de la LA, los árbitros sólo podrán ser recusados si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la Ley;

Que, igualmente, los incisos 1) y 2) del artículo 28° de la LA acotado, precisan que todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia y, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora, cualquier nueva circunstancia;

Que, ahora bien, el ingeniero José Felipe Pereyra Graham sustenta la recusación en que, según su dicho, existirían dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro, debido a que existiría una entrega irregular y atentatoria a su derecho de la Cédula de Notificación N° 331-2009, en donde se adjunta copia del escrito de demanda, toda vez que la misma fue entregada bajo puerta;





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 363.2009 - OSCE/PRE

Que, 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;

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..."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, el artículo 12° de la LA dispone que "toda notificación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en el domicilio señalado en el contrato...";

Que, en el Contrato de Servicio de Consultoría para la "Formulación del Expediente Técnico y Estudios Complementarios del Proyecto Construcción de Pescadería en el Distrito de Desaguadero, Provincia de Chucuito, Región Puno", de fecha 25 de julio de 2008, el ingeniero José Felipe Pereyra Graham, señaló como domicilio legal en Calle Hefesto N° 396, Urb. Olimpo, Ate;

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.



Que, del mismo modo, en el numeral 7) Acta de Instalación de fecha 15 de enero de 2009, el ingeniero José Felipe Pereyra Graham, ratificó el domicilio consignado en el Contrato, es decir, Calle Hefesto N° 396, Urb. Olimpo, Ate;

Que, en ese sentido, de lo que se desprende de los escritos presentados, así como de los documentos probatorios que se han adjuntado, es que la notificación ha sido efectuada en el domicilio fijado por la parte recusante, tan es así, que hay expresa constancia de la recepción, habiendo sido presentada como prueba por el ingeniero José Felipe Pereyra Graham en la presente recusación;

Que, no puede pretenderse que la notificación se realice de manera personal en tanto que no ha sido pactado de manera expresa entre las partes y, lo que sí se estableció de manera expresa, es el domicilio del demandado, siendo por tanto dicha notificación totalmente válida, correspondiendo además, dicha función, a la Secretaría y no al árbitro;

Que, conforme lo señalado en los párrafos precedentes, 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 ingeniero José Felipe Pereyra Graham contra el abogado Marco Antonio Rodríguez Flores, 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



084

083

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 548-2009-OSCE/PRE

Jesús María, 30 DIC. 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por José Felipe Pereyra Graham con fecha 19 de marzo de 2009 y subsanada el 30 de marzo de 2009 (Expediente de Recusación N° 024-2009);

La Resolución N° 363-2009-OSCE/PRE de fecha 05 de octubre de 2009, mediante la cual se declara infundada la recusación formulada contra el abogado Marco Antonio Rodríguez Flores;

La Resolución N° 493-2009-OSCE/PRE de fecha 19 de noviembre de 2009, mediante la cual se declara improcedente el recurso de reconsideración a la Resolución N° 363-2009-OSCE/PRE de fecha 05 de octubre de 2009;

El escrito presentado por el ingeniero José Felipe Pereyra Graham con fecha 27 de noviembre de 2009;

CONSIDERANDO:

Que, el 25 de julio de 2008, el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (en adelante "FONDEPES") y el ingeniero José Felipe Pereyra Graham (en adelante "el Contratista") suscribieron el Contrato de Servicio de Consultoría para la "Formulación del Expediente Técnico y Estudios Complementarios del Proyecto Construcción de Pescadería en el Distrito de Desaguadero, Provincia de Chucuito, Región Puno";

Que, con fecha 19 de marzo de 2009, el Contratista formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el doctor Marco Antonio Rodríguez Flores, señalando que, a su juicio, existen dudas respecto a la imparcialidad e independencia del citado profesional;

Que, mediante Resolución N° 363-2009-OSCE/PRE de fecha 05 de octubre de 2009, se declaró infundada la recusación formulada contra el abogado Marco Antonio Rodríguez Flores;

Que, mediante documento de vistos, el Contratista solicita se deduzca la nulidad de la Resolución Arbitral N° 02 del 17 de febrero de 2009, el cambio de Árbitro por crear incertidumbre y sospecha de parcialidad con FONDEPES, reitera el recurso de reconsideración, toda vez que los sustentos de la Resolución N° 493-2009-OSCE/PRE, emitida por el CONSUCODE, son contrarios a la forma expresa señalada por el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1071, y por tanto deduce nulidad, y su inexecución por dicho motivo y su nulidad respectiva de acuerdo con lo señalado por el artículo 140° del Código Civil;

Que, tal como se ha señalado en la Resolución N° 363-2009-OSCE/PRE de fecha 05 de octubre de 2009, el marco normativo vinculado al presente arbitraje, corresponde a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aprobado por D.S. 083 y 084-2004-PCM, respectivamente, y el Decreto Legislativo N° 1071, por razones de temporalidad;



Que, siendo ello así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fueran aplicables;

Que, en tal sentido, de acuerdo a lo señalado en último párrafo del artículo 284° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 084-2004-PCM, "La resolución de la recusación por el CONSUCODE [hoy OSCE] debe ser motivada y es definitiva e inimpugnable.";

Que, en consecuencia, el recurso de reconsideración presentado por la Contratista debe ser declarada improcedente conforme a lo señalado en el párrafo precedente;

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 o a 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 el ingeniero José Felipe Pereyra Graham, mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2009, de conformidad a lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución.*

Regístrese, publíquese, comuníquese y archívese.



SANTIAGO B. ANTÚNEZ DE MAYOLO M.
Presidente