



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 659-2010 - OSCE/PRE

Jesús María,

15 DIC. 2010

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por Medifarma S.A con fecha 07 de abril de 2010 y subsanada con fecha 14 de mayo de 2010 (Expediente de Recusación N° 010-2010);

Los escritos presentados por Medifarma S.A., con fecha 13 de agosto de 2010 y 03 de noviembre de 2010;

Los escritos presentados por el abogado Richard Martin Tirado con fecha 25 de mayo de 2010 y 08 de noviembre de 2010;

Los escritos presentados por Essalud, con fecha 27 de mayo de 2010 y 29 de octubre de 2010;

El Informe N° 28-2010-DAA/MGR, de fecha 15 de diciembre de 2010, que analiza la recusación formulada contra el Árbitro Único, Richard Martin Tirado;

CONSIDERANDO:

Que, el 13 de setiembre de 2006, el Seguro Social de Salud (en adelante ESSALUD) y Medifarma S.A., (en adelante Medifarma) suscribieron el Contrato N° 460024282, derivado de la Licitación Pública según relación de ítems N° 0599L00041 para la "Adquisición de Medicamentos";

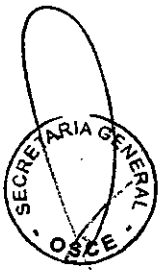
Que, surgida la controversia, Medifarma remitió su solicitud de arbitraje a ESSALUD, designando como árbitro de parte al abogado Marco Antonio Rodríguez Flores. Por su parte, ESSALUD designó como árbitro de parte al abogado Jorge Balbi Calmet, y entre ambos, designaron como Presidente de Tribunal Arbitral al abogado Richard Martin Tirado;

Que, el 07 de abril de 2010, previo a la instalación del Tribunal Arbitral, Medifarma formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante OSCE), recusación contra el abogado Richard Martin Tirado (en adelante el árbitro recusado), señalando que, a su juicio, dicho profesional habría incumplido el deber de información previsto en el artículo 224° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF;

Que, mediante Oficios N° 3372-2010-OSCE/DAA y N° 3373-2010-OSCE/DAA, ambos de fecha 18 de mayo de 2010, el OSCE corrió traslado al abogado Richard Martin Tirado y a ESSALUD, respectivamente, la recusación formulada, otorgándoles el plazo de cinco (5) días, a fin de que expresen lo conveniente a su derecho.

Que, mediante escrito de fecha 25 de mayo de 2010, el árbitro recusado cumple con absolver el traslado de la recusación formulada en su contra. De igual forma, ESSALUD absuelve el traslado mediante escrito de fecha 27 de mayo de 2010.

Que, Medifarma argumenta la recusación en lo siguiente:



- a) *Que el árbitro recusado ha quebrantado los principios de independencia e imparcialidad, así como el deber de información, en atención a lo dispuesto por el artículo 224° del Reglamento.*
- b) *En contravención al Código de Ética, el árbitro recusado señala expresamente que es árbitro de parte de ESSALUD, lo que evidencia que asume una posición sesgada que lo compromete frente a la Entidad por la posición de dependencia.*
- c) *Asimismo, hace de conocimiento que el árbitro recusado ha declarado que se encuentra relacionado con el abogado Jorge Balbi Calmet en otro proceso arbitral que no precisa, en el que la Entidad es una de las partes, siendo ese letrado quien lo propone como árbitro.*
- d) *El árbitro recusado ha omitido la declaración expresa que obliga el tercer párrafo del artículo 224° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.*

Que, por su parte, el abogado Richard Martin Tirado, al absolver el traslado de la recusación, indica que:

- a) *Mediante carta S/N de fecha 29 de marzo de 2010, comunicó a las partes intervinientes que no tenía ningún impedimento para aceptar la designación formulada por los árbitros de parte, informando además, que había sido designado como árbitro de parte de ESSALUD en otros procesos arbitrales.*
- b) *La información revelada no vulnera el deber de imparcialidad e Independencia exigido para la actuación de los miembros del tribunal arbitral, y que lo expresado no constituiría afirmaciones a su aparente falta de imparcialidad e independencia.*
- c) *Lo expresado por Medifarma no se enmarca en lo dispuesto en el artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que establece que los árbitros podrán ser recusados: i) Cuando se encuentren impedidos conforme al artículo 221° o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 224°, ii) cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias y; iii) 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.*
- d) *Rechaza lo manifestado por Medifarma cuando afirma que fue designado como Presidente del Tribunal Arbitral por el abogado Jorge Balbi Calmet, en atención a que la propuesta del encargo fue efectuada por los árbitros de parte, designados por Medifarma y ESSALUD.*

Que, finalmente, ESSALUD señala lo siguiente:

- a) *Los argumentos esbozados por el contratista carecen de toda lógica jurídica, advirtiendo que la frase árbitro de parte empleada por el árbitro recusado, fue usada de manera coloquial de acuerdo a la práctica arbitral, afirmando categóricamente que ser designado por una de las partes no es equivalente a ser su asesor, y que de ser el caso, cuando se afirme lo contrario, el argumento debe ser debidamente sustentado y probado de manera fehaciente.*
- b) *Valora la trayectoria profesional del árbitro recusado y evidencia que, pese a que el profesional ha sido árbitro en controversias en las cuales ha participado la Entidad, la prueba de su profesionalismo es que se ha laudado en contra de su institución, como es el caso, del proceso entre Servicios Generales S.R.L. y ESSALUD, laudo de fecha 08 de julio de 2008.*
- c) *Se debe tomar en cuenta la parte considerativa de la Resolución N° 277-2009-OSCE/PRE que indica: "que el hecho que el señor abogado forme parte del tribunal arbitral en un proceso arbitral en el que (...) lo ha designado como árbitro de parte no constituye per se una causal de recusación en los términos previstos en el artículo 283° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, toda vez que el desempeño de la función de árbitro es intuito personae y consiste, fundamentalmente, en el conocimiento y la valoración de determinadas materias a fin de adoptar una posición decisoria sobre las mismas, sobre la base de la independencia de los procesos arbitrales".*



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 659-2010-OSCE/PRE

Que, con fecha 13 de agosto de 2010, Medifarma presenta un escrito, señalando que ha tomado conocimiento que el árbitro recusado ha trabajado como gerente de ESSALUD, hecho que no ha sido declarado y que constituye causa suficiente para abstenerse de conformar el Tribunal Arbitral de conformidad con lo establecido en el artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado;

Que, mediante Oficios N° 7669-2010-OSCE/DAA, 7670-2010-OSCE/DAA y 7671-2010-OSCE/DAA, todos de fecha 26 de octubre de 2010, el OSCE solicitó a Medifarma, a ESSALUD y al árbitro recusado, que presenten la carta de aceptación al cargo de Presidente de Tribunal Arbitral por el abogado Richard Martin Tirado. Asimismo, se les solicitó precisar la relación existente entre el árbitro recusado y el abogado Jorge Balbi Calmet;

Que, con fecha 29 de octubre de 2010, ESSALUD absuelve el requerimiento efectuado, adjuntando la carta de aceptación del árbitro recusado;

Que, mediante escrito N° 03 presentado por Medifarma el 03 de noviembre de 2010, adjunta la carta de aceptación del árbitro recusado. Del mismo modo, reitera que el árbitro recusado no ha observado el deber de declaración y de información, lo que genera duda razonable de su independencia e imparcialidad;

Que, finalmente, el 08 de noviembre de 2010, el abogado Richard Martin Tirado absuelve el requerimiento efectuado, cumpliendo con presentar su carta de aceptación de fecha 29 de marzo de 2010, y precisando que no mantiene ningún tipo de relación con el abogado Jorge Balbi Calmet, con excepción de la participación de ambos en otro proceso arbitral seguido por un contratista y ESSALUD;

Que, por aplicación de la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, el marco normativo vinculado al presente arbitraje, corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, en adelante la Ley, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, en adelante el Reglamento, y la Ley de Arbitraje, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071;

Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 283° del Reglamento, son causales de recusación:

- 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.
- 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, asimismo, el artículo 28° de la Ley de Arbitraje señala, respecto de los motivos de abstención y recusación de árbitros, lo siguiente:

- 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.



- b. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora, cualquier circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.
- c. Un árbitro solo podrá ser recusado 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.
- d. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
- e. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

Que, a efectos de resolver la presente recusación, es necesario analizar: i) si en el presente caso el árbitro recusado ha faltado al deber de revelación o declaración; ii) si el hecho de participar como Presidente de Tribunales Arbitrales en procesos arbitrales en los que ESSALUD es parte, o como árbitro de parte designado por ESSALUD, constituye razón suficiente para cuestionar la independencia e imparcialidad del árbitro recusado; iii) si la omisión de la declaración expresa a que se refiere la última parte del segundo párrafo del artículo 282° del Reglamento, es causal de Recusación; iv) si está probado que el árbitro recusado ha trabajado como gerente de ESSALUD;

Que, respecto al deber de declaración, el artículo 282° del Reglamento que establece:

"Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales.

Todo árbitro debe cumplir, al momento de aceptar el cargo, con el deber de informar sobre cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de informar respecto de la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a la aceptación. Asimismo, debe incluir una declaración expresa en lo que concierne a su idoneidad, capacidad profesional y disponibilidad de tiempo para llevar a cabo el arbitraje, de conformidad con la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

Cualquier duda respecto a si determinadas circunstancias deben o no revelarse, se resolverá a favor de la revelación que supone el cumplimiento del deber de información para con las partes.

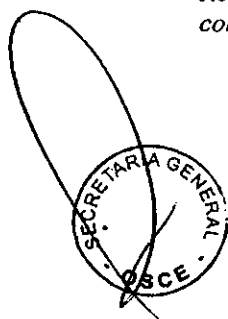
El OSCE aprobará las reglas éticas que deberán observar los árbitros en el ejercicio de sus funciones".

Que, en la misma línea, la doctrina internacional establece que una de las obligaciones principales del árbitro, es la de revelar los hechos que pudieran afectar su independencia, tanto los anteriores a la designación como aquellos sobrevinientes¹;

Que, en el caso que nos ocupa, en la comunicación s/n de fecha 29 de marzo de 2010, a través de la cual el árbitro recusado acepta el cargo de Presidente de Tribunal Arbitral en el proceso arbitral seguido entre la recusante y ESSALUD, el abogado Richard Martin Tirado revela:

- a) Los procesos arbitrales en los que participa o ha participado como árbitro de parte de ESSALUD o como Presidente de Tribunales arbitrales en procesos arbitrales en los que ESSALUD es parte.
- b) Que es Presidente de un Tribunal Arbitral, conformado también por el abogado Jorge Balbi Calmet, en otro proceso arbitral en el que ESSALUD es parte, proceso que, según indica, no guarda relación con el proceso arbitral seguido entre Medifarma y ESSALUD.

¹ RIVERA, Julio César, citando a Clay, Thomas, Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico, Lexis Nexis, Argentina, 2007, p. 235;





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 659-2010-OSCE/PRE

- c) En general, que no tiene ninguna clase de impedimento o incompatibilidad para asumir la Presidencia del Tribunal Arbitral.

Que, se advierte, que el árbitro recusado ha cumplido con su deber de revelación, tal como lo ordena el artículo 282° del Reglamento, al detallar los procesos arbitrales en los que es parte ESSALUD y en los que él interviene como árbitro de parte o Presidente de Tribunal Arbitral; al revelar que participa con el abogado Jorge Balbi Calmet en otro proceso arbitral en el que ESSALUD es parte; y, al manifestar, en general, que no tiene ninguna clase de impedimento o incompatibilidad para ejercer el cargo;

Que, asimismo, obra en el Expediente de Recusación, la carta de fecha 16 de marzo de 2010, que el árbitro recusado dirige a los árbitros de parte, abogados Jorge Balbi Calmet y Marco Rodríguez Flores, respondiendo una carta que ambos, en conjunto, le remitieron invitándolo a conformar el Tribunal Arbitral como Presidente. Es decir, el abogado Richard Martín Tirado fue propuesto e invitado a participar como Presidente del Tribunal Arbitral por ambos árbitros y no únicamente por el abogado Jorge Balbi Calmet, tal como afirma la recusante;

Que, el recusante no ha probado la existencia de relación alguna entre los mencionados profesionales diferente a su participación conjunta en otro proceso arbitral que no guarda relación con la controversia vinculada a la presente recusación, situación que además de haber sido revelada por el árbitro recusado, no constituye por sí misma motivo de recusación. En todo caso, la recusante debió probar alguna vinculación distinta entre ambos abogados que pudiese afectar la independencia o imparcialidad del árbitro recusado, lo que no ha hecho;

Que, a fin de determinar si el hecho de participar como Presidente de Tribunales Arbitrales en procesos arbitrales en los que ESSALUD es parte, o como árbitro de parte de ESSALUD, constituye razón suficiente para cuestionar la independencia e imparcialidad del árbitro recusado, corresponde definir de manera previa, estos conceptos. Imparcialidad significa, "...falta de designio anticipado o prevención a favor o en contra de personas y cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud"²; Por su parte, "...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..."³;

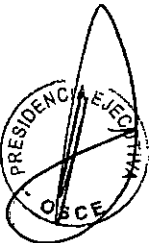
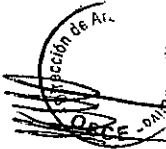
"...el concepto de independencia (...) es de asegurar que cualquier decisión de los árbitros sea únicamente motivada por los hechos no contestados o probados sometidos a su decisión y no por influencias turbias exteriores (...). El requisito de imparcialidad se refiere a una actitud deontológica vivida 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..."⁴;

Alan Redfern por su parte señala 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

² CAIVANO, Roque J. En: "Arbitraje" Ed. Ad Hoc SRL, Buenos Aires - República Argentina, Año 2000. P. 175.

³ 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.

⁴ SCHÄFER, Erik. "Elección y Nombramiento de los Árbitros. En: Revista Peruana de Arbitraje. N° 06. Ed. Grijley. Lima - Perú. Año 2008. P. 94.



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...⁵;

Que, la doctrina es unánime, al señalar que la independencia posee un criterio objetivo, mientras que la imparcialidad posee un criterio subjetivo;

Que, por la denominación “árbitro de parte”, debemos remitirnos a lo dispuesto por el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, en su artículo 280°, numeral 2), que indica : “(...) Para el caso de tres árbitros, cada parte designará a un árbitro en su solicitud y respuesta, respectivamente, y éstos dos (2) designarán al tercero, quien lo presidirá (...)”. En ningún caso, y así es aceptado internacionalmente, árbitro de parte se interpreta en el sentido de considerar al árbitro designado como el abogado defensor o alguna conducta análoga respecto de la parte que lo designó, que implique subordinación o dependencia. Aceptar semejante interpretación, implicaría desnaturalizar al propio sistema arbitral⁶ 7;

Que, el hecho de que el árbitro recusado haya sido árbitro designado por ESSALUD en otro proceso arbitral, no puede constituir per se una causal de recusación, más aún cuando la propia ESSALUD ha manifestado que en el proceso arbitral que sostuvo con Servicios Generales SRL, en el que se emitió el laudo de fecha 8 de julio de 2008 que obra en el archivo del OSCE, el Tribunal Arbitral conformado por los abogados Mario Castillo Freyre como Presidente del Tribunal, Eduardo Barboza Beraún, designado por Servicios Generales SRL y Richard Martin Tirado designado por ESSALUD, por unanimidad laudó a favor de Servicios Generales SRL. En consecuencia, queda demostrado que haber sido designado como árbitro de parte no es causal de recusación por sí misma, sino que tendrían que existir pruebas adicionales que sustenten una posible dependencia o parcialidad;

Que, respecto a la omisión en la que habría incurrido el árbitro recusado al no efectuar la declaración expresa a que se refiere la última parte del segundo párrafo del artículo 282° del Reglamento, se observa que de acuerdo al artículo 283° del mismo, tal omisión no constituye causal de recusación;

Que, por último, mediante escrito de fecha 13 de agosto de 2010, Medifarma señala que el árbitro recusado se ha desempeñado como gerente de ESSALUD, hecho que afectaría su imparcialidad e independencia, sin embargo, tal afirmación no se encuentra sustentada o avalada con prueba alguna que la acredite, por lo que no debe ser considerada como válida;

Que, por los fundamentos expuestos en el presente informe, la recusación presentada por Medifarma contra el abogado Richard Martin Tirado debe ser declarada infundada en todos sus extremos;

De conformidad con la atribución conferida en el numeral 21) del artículo 10° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF;

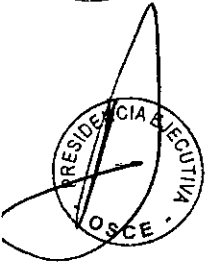
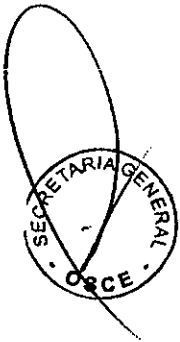
SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar infundada la recusación formulada por la empresa Medifarma S.A contra el abogado, Richard Martin Tirado por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

⁵ REDFERN, Alan y otros. En: “Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional”. 4ta. Edición. Ed. Thomson Aranzadi. Navarra – España. Año 2006. P.305.

⁶ Literal a, numeral 3 del Art. 11 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional – CNUDMI “(...)en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero (...)”

⁷ Literal b, artículo 37°, del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. “(...) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo”.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 659-2010 - OSCE/PRE

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

Artículo Tercero.- Publicar la presente Resolución en el portal institucional del OSCE www.osce.gob.pe.

Regístrese, comuníquese y archívese.



[Handwritten signature]
Ricardo Salazar Chávez
Presidente Ejecutivo

