



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

PRESIDENCIA EJECUTIVA

Resolución N° 304-2011-OSCE/PRE

Jesús María,

12 MAYO 2011

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por la Municipalidad de ~~Pisco~~ con fecha 03 de diciembre de 2010, y subsanada mediante escrito de fecha 17 de diciembre de 2010 (Expediente de Recusación N° 051-2010);



El Informe N° 034-2011/OSCE-DAA, de fecha 20 de abril de 2011, que analiza la recusación formulada contra el Tribunal Arbitral conformado por los abogados Mario Linares Jara, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Luis Felipe Pardo Narváez y Mary Amayo Córdova;

CONSIDERANDO:

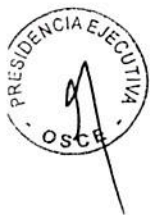
Que, con fecha 25 de julio de 2008, el Consorcio San Gallán, en adelante el Contratista, y la Municipalidad Provincial de Pisco, en adelante la Entidad, suscribieron el Contrato de ejecución de obra N° 322-2008 para la elaboración del expediente técnico y ejecución de la obra: Rehabilitación y Mejoramiento de la Av. Fermin Tanguis, provincia de Pisco – Ica, en adelante el Contrato;

Que, el 19 de agosto de 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral conformado por los abogados Mario Linares Jara, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Luis Felipe Pardo Narváez, árbitro designado por el Contratista y Mary Amayo Córdova, árbitro designada por la Entidad; declarándose el inicio del proceso arbitral y estableciéndose las reglas aplicables, en ese sentido, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 3 del Acta de Instalación, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en adelante OSCE, es el encargado de resolver la presente recusación;

Que, de acuerdo a lo indicado en el considerando anterior, con fecha 03 de diciembre de 2010, la Entidad formuló recusación contra el Tribunal Arbitral, signándose el expediente R 051-2010;

Que, la Entidad sustenta su recusación en el inciso 3) del artículo 283º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, en adelante el Reglamento, sobre la posibilidad de recusar a un árbitro cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia;

Que, la Entidad indica que conoció la causal de recusación el 22 de noviembre de 2010 con la notificación de la Resolución N° 4, la misma que ordena la ejecución de la medida cautelar dictada con la Resolución N° 2, la cual tenía por objeto la devolución del monto dinerario que



fue cobrado por la Municipalidad Provincial de Pisco en ejecución de la Garantía de Adelanto de Materiales contenida en la Póliza de Caucción N° E0539-00-2008;

Que, la Entidad señala que en los argumentos expuestos por el Tribunal Arbitral no han tomado en cuenta la razón de ser de la Garantía de adelanto de Materiales, el cual, sostienen, es dinero de propiedad de la Entidad, toda vez que fue entregado para los fines de la obra y al no ser utilizado debía retornar a la Entidad. Asimismo, señala que el hecho de que el contratista no haya intervenido económicamente la obra no significa que existiera un acuerdo de las partes para que la Entidad proceda con la ejecución de la garantía por adelanto de materiales, ya que no se estableció así de manera expresa, "pues ya se ha señalado líneas arriba, se trata de una determinación que se da en casos extremos, cuando el contratista ha excedido el límite máximo de retraso en la ejecución de la obra (...) Además se trata de una medida que busca no perjudicar la obra y procurar de algún modo su culminación o satisfacción, siendo necesario para ello la creación de una cuenta mancomunada entre el contratista y la Entidad, a la cual deben depositarse todos los fondos existentes de ambas partes, INCLUSO LAS GARANTÍAS OTORGADAS POR EL CONTRATISTA COMO LA DEL ADELANTO DE MATERIALES";

Que, respecto a los requisitos que debe cumplir la medida cautelar, la Entidad indica que el Tribunal Arbitral relacionó de manera equivocada el tiempo que se produce la resolución del contrato y la solicitud de ejecución de la Carta fianza N° E1053-05-2008 que contiene la Garantía de Adelanto de Materiales, señalando que "(...) la resolución del contrato no trae como consecuencia la ejecución de la referida garantía, sino más bien lo que hace es corroborar el perjuicio que ocasionó la entidad los incumplimientos contractuales del Consorcio San Gallán, después de haberse intervenido económicamente la obra. En otras palabras, la determinación de la ejecución de la garantía responde a la necesidad de reunir los fondos necesarios para llevar adelante la conclusión de la obra, en vista que el contratista no fue capaz de ello. La resolución del contrato se da a consecuencia del incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones que conlleva para él la intervención económica de la obra (...)". Asimismo, precisan que la controversia recién surge cuando el Contratista manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato efectuada por la Entidad y no antes de someterla a arbitraje, por lo que la Entidad asegura que la solicitud cautelar no cumple con el requisito de verosimilitud;

Que, respecto al requisito de riesgo o peligro en la demora que debe cumplir la solicitud cautelar, la Entidad señala que el Tribunal Arbitral "mal hace (...) al indicar que podría "no devolverse" el dinero cobrado, como si éste fuera una acreencia por cobrar a cargo del contratista", ya que el dinero cobrado, en calidad de Adelanto de Materiales, aseguran, es de propiedad de la Entidad. Asimismo, sostiene que el Tribunal Arbitral no se basó en los argumentos expuestos por el Contratista, ya que en ningún extremo de su solicitud indicó que existía inconveniente de orden administrativo que pudiera impedir a la Entidad la devolución del monto correspondiente a la garantía ejecutada;

Que, la Entidad señala que los argumentos expuestos constituyen indicios objetivos razonables que demuestran el incumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia de los árbitros;



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Que, mediante escrito de fecha 06 de enero de 2010, el Contratista absuelve el traslado de la recusación formulada por la Entidad, indicando que los argumentos en los que se funda dicha solicitud son subjetivas y buscan la revisión de la Resolución emitida por el Tribunal Arbitral, siendo que corresponde el recurso de reconsideración contra dicho pronunciamiento;

Que, el Contratista afirma que "(...)la Entidad debe y está en obligación de probar que existen vínculos con el objeto del litigio o con las partes, lo cual no ha demostrado menos aun, ha presentado pruebas de hecho que sustenten las causales en la que se ampara su recusación";

Que, respecto al cuestionamiento de la independencia e imparcialidad de la abogada Mary Amayo Córdova, la Entidad indica que los árbitros no son abogados de las partes y menos tienen el deber de favorecer a la parte que le haya nombrado, sostiene que, los árbitros son profesionales que deben ser y permanecer durante el desarrollo del proceso arbitral independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales, los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes, ejerciendo el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción;

Que, el abogado Mario Linares Jara sostiene en su escrito de absolución de la recusación de fecha 05 de enero de 2011 que la decisión de otorgar la medida cautelar se dio en base al leal y entender del Tribunal Arbitral, cumpliéndose con los requisitos de a) Apariencia del derecho invocado, b) Peligro en la demora y c) Contra cautela, basados en las normas de derecho y bajo el principio de buena fe;

Que, respecto a la verosimilitud del derecho invocado, el árbitro asegura que no hubo ninguna confusión en relación a que la resolución del contrato fue anterior a la ejecución de la garantía, indicando que "(...)no es posible que ahora la Municipalidad pretenda argumentar que erróneamente este Tribunal considero que la ejecución de la carta fianza fue con fecha posterior a la resolución del contrato, toda vez que conforme se demuestra de los documentos presentados por las partes, ello no fue así. (...) En consecuencia, no existió error y mucho menos mala fe cuando este Tribunal considero que la ejecución de la Garantía de Adelanto de materiales fue realizada con fecha posterior a la resolución del contrato de la controversia; en ese sentido, al ser este el argumento de la Entidad para señalar que no se cumplió con el requisito de verosimilitud del derecho queda comprobado que la medida cautelar fue otorgada en cumplimiento del requisito señalado";

Que, por otro lado, respecto al peligro en la demora como requisito para el otorgamiento de la medida cautelar, el doctor Mario Linares Jara indica que el Contratista ha fundamentado la justificación de dicho requisito, señalando en su escrito de fecha 31 de agosto de 2009 "que la Entidad Contratante puede argüir que el monto ejecutado ya ingreso al Presupuesto de la Entidad Contratante y que la devolución del monto ejecutado no se puede devolver, sin que antes haya Resolución, lo cual puede causar una demora perjudicial a nuestra representada, pues esa demora se puede alargar hasta luego de los comicios electorales (03 de octubre de 2010) y pueden llegar al caso de manifestar que prefieren evitar la devolución hasta que asuma el nuevo alcalde";

Que, el árbitro Mario Linares Jara indica que no se encuentra en discusión que el monto de adelanto de materiales perteneciese a la Entidad, sino la ejecución de la garantía otorgada por dicho concepto;

Que, con fecha 06 de enero de 2011, la doctora Mary Amaya Córdova absuelve la recusación formulada, señalando que de acuerdo al artículo 29º de la Ley de Arbitraje no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales, por lo que al basarse la presente recusación en el cuestionamiento de un acto procesal de competencia del Tribunal Arbitral debe declararse infundada;

Que, la doctora señala que la Entidad pretende cuestionar su imparcialidad e independencia por "(...) el simple hecho de no poder convencer a los demás miembros del Tribunal mi posición";

Que, con fecha 06 de enero de 2011, el árbitro Luis Pardo Narváez señala que la recusación presentada por la Entidad gira en torno a la concesión de una medida cautelar que el Tribunal Arbitral, en ejercicio de sus atribuciones, expidió al amparo del Decreto Legislativo N° 1071 y que no puede constituir causal de recusación, lo contrario, afirma, "(...) generaría un grave precedente sin sustento legal y de consecuencias nefastas";

Que, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del Acta de Instalación de fecha 19 de agosto de 2010, el marco normativo vinculado al presente arbitraje es el 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 mediante Decreto Legislativo N° 1071;

Que, estando a los argumentos fácticos y de derecho argumentados por el Contratista, la Entidad y los árbitros recusados, corresponde analizar si existen dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del Tribunal Arbitral;

Que, es necesario precisar que la Entidad formula recusación contra el Tribunal Arbitral en atención a la Resolución N° 4 de fecha 16 de noviembre de 2010, por medio del cual, el Tribunal Arbitral resuelve ordenar la ejecución de la medida cautelar ordenada mediante Resolución N° 2 de fecha 11 de octubre de 2010;

Que, la Entidad señala que el otorgamiento y la fundamentación de la resolución que otorga la medida cautelar y la conducción del proceso por parte de los árbitros han estado orientados al beneficio del Contratista, generando dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros;

Que, el artículo 283º del Reglamento establece como causales de recusación; a) Cuando se encuentren impedidos conforme el Artículo 279º o no cumplen con lo dispuesto en el Artículo 278º de este Reglamento, b) Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, c) 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, a fin de establecer a cabalidad si en el presente procedimiento, la actuación del Tribunal Arbitral no reviste imparcialidad e independencia, corresponde definir de manera previa, estos principios: 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; Por su

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

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..."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;

Que, 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 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, respecto a la normativa aplicable, de acuerdo al Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en adelante Código de Ética, el principio de independencia significa que el árbitro deberá conducirse con libertad y autonomía en el ejercicio de sus funciones, sin aceptar presiones externas y/o interferencias de cualquier índole; de otro lado, el principio de imparcialidad establece que el árbitro deberá evitar cualquier relación personal, profesional o comercial que pudiera afectar su imparcialidad o que razonablemente pudiera suscitar la apariencia de parcialidad respecto de las partes;

Que, cabe aclarar que no corresponde al OSCE intervenir en las decisiones de los árbitros en los procesos arbitrales, dado que ellos son independientes en su actuación, prevaleciendo la igualdad de las partes y otorgando a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, conforme lo establece el Decreto Legislativo N° 1071⁵;

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 Artículo 34°.- Libertad de regulación de actuaciones.

(...)

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

Que, el otorgamiento de una medida cautelar es competencia exclusiva del Tribunal Arbitral, quién tiene potestad para resolver sobre la materia, siendo que de acuerdo al inciso 5) del artículo 29º de la Ley de Arbitraje, el procedimiento de recusación no procede contra decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales. Por lo tanto, las partes podrán impugnar las resoluciones y actuaciones que devengan del proceso arbitral utilizando las vías establecidas en el Acta de Instalación y lo que regule la normativa especializada;

Que, por las razones expuestas, la recusación interpuesta contra el Tribunal Arbitral conformado por los abogados Mario Linares Jara, Luis Felipe Pardo Narváez, y Mary Amayo Córdova debe ser declarada improcedente;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR IMPROCEDENTE la recusación formulada la Municipalidad de Pisco contra el Tribunal Arbitral conformado por los abogados Mario Linares Jara, Luis Felipe Pardo Narváez y Mary Amayo Córdova, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- NOTIFÍQUESE la presente Resolución a las partes así como a los integrantes del Tribunal Arbitral recusado.

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

Regístrese, comuníquese y archívese.



CARLOS AUGUSTO SALAZAR ROMERO
Presidente Ejecutivo

