



Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 274-2004 - CONSUCODE/PRE

Jesús María, 02 JUL. 2004

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por el Consorcio Vegsa CG Mendes Junior Group y puesta en conocimiento de este Consejo el 1 de junio de 2004, y subsanada por escrito presentado el día 2 de junio de 2004;

Los escritos de la abogada Ana María Arrarte Arisnabarreta, puestos en conocimiento de este Consejo con fecha 9, 14, 17, 23 y 30 de junio de 2004;

Los escritos presentados por el Consorcio Vegsa CG Mendes Junior Group, con fecha 18 y 28 de junio de 2004, y por el Proyecto Especial Rehabilitación Infraestructura de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con fecha 18 de junio de 2004.

El Informe N° 015-2004-CONSUCODE-GCA, de fecha 30 de junio de 2004, que analiza la recusación formulada mediante expediente de recusación 010-2004.

CONSIDERANDO:

1. Que, el 20 de setiembre de 2001, el Proyecto Especial Rehabilitación Infraestructura de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Provias Nacional) y el consorcio Vegsa CG Mendes Junior Group (Consortio) suscribieron el Contrato N° 085-2001-MTC/15.02.PRT.PERT.04, para la Ejecución de la Obra de "Rehabilitación de la Carretera La Oroya - Huancayo, Tramo I: La Oroya - Puente Machico".
2. Que, mediante Carta Notarial de fecha 20 de mayo 2004, el consorcio Vegsa CG Mendes Junior Group solicitó a Provias Nacional el inicio del procedimiento arbitral para resolver las controversias descritas en dicho documento, de conformidad con lo dispuesto por la Cláusula 31.2 del contrato antes referido, así como por los artículos 189 y 191 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM; asimismo, designa como árbitro al abogado Óscar Castañeda Alayza.
3. Que, mediante Oficio N° 462-2004-MTC/20, Provias Nacional contesta la solicitud de arbitraje formulada por el consorcio, designando como árbitro a la abogada Ana María Arrarte Arisnabarreta.
4. Que, mediante escrito recibido el 1 de junio de 2004, el Consorcio Vegsa CG Mendes Junior Group presentó un recurso de recusación contra la árbitro, abogada Ana María Arrarte Arisnabarreta, señalando que de acuerdo con la cláusula 31.2 del contrato, la normativa que resulta aplicable está constituida por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, (en adelante la Ley), su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, (en adelante, el Reglamento), las normas del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, y la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje. Basan la recusación en los siguientes fundamentos:
 - 4.1. La doctora Arrarte Arisnabarreta ha sido Presidenta en un proceso arbitral seguido por las mismas partes en el año 2003, por lo que no corresponde a la imagen de imparcialidad que una de las partes la designe como árbitro, más aun cuando Provias Nacional ya manifestó su posición respecto a los temas en controversia, que a su criterio ya habrían sido resueltos por el Laudo de fecha 19 de enero de 2004, emitido por el Tribunal que presidió la misma profesional. El consorcio que formula la recusación sustenta este punto con el artículo 6.2 del Código de Ética del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, el mismo que establece que si el árbitro



designado ya ha tomado previamente posición en cuanto al resultado de la controversia a discutirse, dicha circunstancia genera duda sobre su imparcialidad.

4.2. La doctora Arrarte no ha revelado su participación como miembro de un Tribunal Arbitral encargado de resolver otra controversia en la que era parte Provias Nacional. Este punto lo sustenta en el artículo 5.4, literal a) del mismo Código de Ética, que señala que el futuro árbitro deberá revelar a las partes cualquier relación de negocios, presente o pasada, directa o indirecta, incluso la designación previa como conciliador o árbitro, por alguna de ellas. La omisión del deber de declaración generaría duda razonable acerca de la imparcialidad de la árbitro designada. Además, señalan que la profesional recusada ha participado en cuatro tribunales arbitrales que resuelven controversias en las cuales participa Provias Nacional.

4.3. El Estudio Javier de Belaunde abogados (antes Estudio de Belaunde y Monroy Abogados) es proveedor habitual de servicios del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En tal sentido, la doctora Arrarte es socia de un estudio de abogados que brinda asesoría habitual a esa entidad, por lo que no puede ser árbitro en un proceso en el que dicho Ministerio es parte. De acuerdo al artículo 6.3 del Código de Ética mencionado, cualquier relación de negocios, directa o indirecta, que se produzca entre el árbitro y una de las partes genera dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro propuesto; en tal caso deben abstenerse de intervenir. Dicha norma entiende por relaciones indirectas aquellas relaciones de negocios que un socio comercial del árbitro mantiene con alguna de las partes.

5. Que la abogada Ana María Arrarte Arisnabarreta cumplió con absolver la recusación, mediante escrito presentado el 9 de junio de 2004, solicitando a este Consejo Superior se sirva declarar infundada la recusación planteada, sobre la base de los siguientes fundamentos:



5.1. En efecto, actuó como Presidenta del Tribunal Arbitral en el arbitraje iniciado por el consorcio recusante contra Provias Nacional, el mismo que concluyó con la emisión del Laudo Arbitral que amparó la pretensión principal del consorcio, Laudo que no mereció impugnación alguna y que da origen al proceso arbitral en curso. De conformidad con la Ley General de Arbitraje, la imparcialidad es una característica de todos los árbitros, incluidos aquellos designados por las partes. Además, debe considerarse que el Laudo Arbitral tiene calidad de cosa juzgada. En tal sentido, señala que en el arbitraje que da lugar a la presente recusación se deben plantear, discutir y resolver temas que no fueron sometidos a decisión del Tribunal Arbitral en el arbitraje anterior, siendo evidente que no se solicitará una nueva decisión sobre pretensiones resueltas y respecto de las cuales ha recaído la autoridad de cosa juzgada. Por tal motivo, manifiesta que su participación resulta beneficiosa para las partes, pues no es posible, por tanto, sostener que haya adelantado opinión alguna relativa a la controversia a resolver.

5.2. Respecto de su participación en un arbitraje entre Provias Nacional y el consorcio Málaga, señala que actuó en condición de Presidenta y, por tanto, el supuesto previsto en el artículo 5.4 del Código de Ética no se ajusta, toda vez que esa norma esta prevista al caso en el que el árbitro recusado haya sido designado antes por alguna de las partes en arbitraje. Manifiesta que no ha tenido ni tiene ninguna relación de negocios ni ha sido previamente designada como conciliadora o árbitro por ninguna de las partes, pues fue designada por el CONSUCODE, mediante Resolución N° 254-2003-CONSUCODE/PRE para presidir ese Tribunal. Por último, señala que el abogado Pazos Battistini, miembro del estudio Navarro Abogados, es árbitro designado por una de las partes en otro arbitraje.

5.3. En cuanto al estudio Javier de Belaunde Abogados, señala que el mismo no es proveedor habitual, sino más bien ocasional y respecto de temas específicos, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Además, los temas que fueron consultados son



Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 274-2004-CONSUCODE/PRE

completamente ajenos al arbitraje en curso. Asimismo, los servicios prestados por el estudio no fueron prestados por ella, por lo que, atendiendo al encargo personalísimo del que trata el cargo de árbitro, la recusación no puede sustentarse en hechos que no la vinculan en esa misma calidad. Por último, en su documento de fecha 14 de junio señala que, de acuerdo al artículo 6.4 del Código de Ética, las relaciones de negocios habidas y terminadas con anterioridad, no constituirán obstáculo para la aceptación del nombramiento, a menos que sean de tal magnitud o naturaleza que puedan afectar la decisión del árbitro y los encargos profesionales que cumplió el estudio del que es socia han concluido y no son de magnitud.

6. Que, luego del análisis de la documentación presentada y atendiendo a las normas aplicables, puede concluirse lo siguiente:

- 6.1. El hecho de que la abogada Arrarte Arisnabarreta haya actuado anteriormente como Presidenta en uno o más procesos arbitrales seguido por las mismas partes no constituye, per se, causal de recusación, por cuanto la función de árbitro consiste en el conocimiento de determinadas materias para tomar una decisión sobre ellas. Asimismo, el hecho de que el Tribunal del que se trata haya expedido un Laudo, que ya tiene valor de cosa juzgada por cuanto no fue impugnado por ninguna de las partes, no implica que la referida profesional haya efectuado adelanto de opinión, lo que hace que el artículo 6.2 del Código de Ética del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima no sea aplicable al presente caso. Por tanto, este Consejo Superior es de la opinión que no puede alegarse duda razonable sobre la base de la actuación de la árbitro recusada como Presidenta en el Tribunal Arbitral cuyo Laudo da lugar al nuevo arbitraje, Laudo que de conformidad con el artículo 53 de la Ley, es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes. Lo contrario, es decir, el hecho de que se inicie un nuevo arbitraje para conocer las mismas materias previamente conocidas y decididas en la vía arbitral, desnaturalizaría y teñiría de ilegalidad el accionar del nuevo colegiado, en orden a que se estaría transgrediendo el principio de cosa juzgada.

Sobre el particular, la doctrina es clara al señalar que "la institución de la cosa juzgada material sirve a una indiscutible necesidad social. Los procesos cuya resolución definitiva carecen de tal efecto, se han evidenciado en no pocas ocasiones como problemáticos. Es y será siempre socialmente difícil explicar cómo es posible que lo que ya ha sido discutido, y resuelto por el Juez, se replantea de nuevo, en el marco de un proceso también nuevo. El justiciable puede comprender un fallo en su contra, una sentencia contradictoria con la de instancia en vía de recurso, pero difícilmente puede aceptar que lo que ya ha sido bendecido por la cosa juzgada, sea exhumado y profanado en una nueva contienda jurisdiccional"¹.

A mayor abundamiento, el valor de cosa juzgada de un laudo arbitral no es necesario solamente para que una decisión jurisdiccional se plasme a través de un contenido vinculante entre las partes, sino que también se requiere proteger el contenido interno de dicha decisión, evitándose que posteriormente se genere una nueva decisión contradictoria. "Como consecuencia de ello, una vez dictado el laudo y de no llevar el germen de la nulidad en su seno, ni ser apelable por decisión de las partes, el mismo genera como efecto el de no poder ser revisado ni menos aun, la parte a la que no satisfizo la decisión, no podrá iniciar un proceso en sede judicial [ni sede arbitral], ya que en el laudo también goza del fruto de la Cosa Juzgada"².

¹ CARRERA DOMÉNECH, Jorge. "La cosa juzgada en el proceso de responsabilidad civil regulado en la Ley Orgánica 5/2000", en <http://www.fiscalia.org/doctdocu/doct/cosajuz.pdf>.

² GABRIELA GAGLIERO, Silvana. "El laudo arbitral: nociones generales", en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/el_laudo_arbitral.html



6.2. Respecto de la supuesta omisión del deber de revelación previsto en el artículo 5.4, literal a) del mismo Código de Ética, que señala que el futuro árbitro deberá revelar a las partes cualquier relación de negocios, presente o pasada, directa o indirecta, incluso la designación previa como conciliador o árbitro, por alguna de ellas, este Consejo Superior debe señalar que la referida norma se pone en un supuesto bastante específico, que es el de la designación de un mismo árbitro por alguna de las partes en un momento anterior. Al ser cierta la aseveración de la abogada Arrarte Arisnabarreta de que ella fue designada para ese caso mediante Resolución N° 254-2003-CONSUCODE/PRE para presidir ese Tribunal, no puede aplicarse directamente la norma acotada, pensada más bien para los supuestos en que el mismo árbitro ha sido designado por alguna de las partes con anterioridad.

6.3. En cuanto a que el Estudio Javier de Belaunde abogados —y en su momento el Estudio de Belaunde y Monroy Abogados— es proveedor de servicios del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de la documentación presentada se colige que efectivamente ha tenido vinculación contractual con dicha entidad, en tanto persona jurídica. Al tener la doctora Arrarte la calidad de socia de dicho estudio, el supuesto previsto en el artículo 6.3 del Código de Ética es aplicable cuando establece que cualquier relación de negocios, directa o indirecta, que se produzca entre el árbitro y una de las partes genera dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro propuesto; en tal caso deben abstenerse de intervenir. Más aun cuando dicha norma establece que son relaciones indirectas aquellas relaciones de negocios que un socio comercial del árbitro mantiene con alguna de las partes. El carácter personalísimo del servicio que presta un árbitro, no quita la necesidad de atender estas circunstancias que le rodean comercialmente, incluso de manera indirecta.

Sin embargo, el artículo 6.4 del Código de Ética del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima establece que las relaciones de negocios habidas y terminadas con anterioridad, no constituirán obstáculo para la aceptación del nombramiento, a menos que sean de tal magnitud o naturaleza que puedan afectar la decisión del árbitro.

Asimismo, de conformidad con el literal a) del artículo 5.4 del mismo Código de Ética, el futuro árbitro debe revelar cualquier relación de negocios, presente o pasada, directa o indirecta; y en cuanto a las relaciones habidas con anterioridad, el deber de declaración existe solamente respecto de aquellas relaciones que tengan significación atendiendo a los asuntos profesionales o comerciales del árbitro. De acuerdo al descargo efectuado por la abogada Arrarte con fecha 23 de junio de 2004 y atendiendo a la información publicada en el portal de Transparencia Económica del Ministerio de Economía y Finanzas, el estudio al que pertenece habría prestado servicios esporádicos al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de naturaleza completamente ajena a las materias a resolverse en el arbitraje y por montos poco significativos.

7. Que, sin perjuicio de lo señalado en los numerales 6.2 y 6.3, de conformidad con el artículo 29 de la Ley General de Arbitraje, el deber de declaración alcanza tanto a la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro, como también al árbitro ya designado, de donde fluye que se trata de una obligación *intuitu personae*, que debe ser cumplida sin excepción por el árbitro durante toda la secuela del iter arbitral y cuyo cumplimiento debe verificarse desde el momento en que se lleva a cabo la designación, una vez que el árbitro toma conocimiento de la misma.
8. Que, en términos generales, en un medio auto contenido de solución de controversias como es el arbitraje, el cumplimiento del deber de declaración por parte del árbitro es un acto correlativo a la designación así como a la posibilidad de que la parte interesada formule recusación, desde el momento en que toma conocimiento de la designación, tal como precisa la Ley General de Arbitraje





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución Nº 274-2004-CONSUCODE/PRE

en su Artículo 31 y pudiendo la recusación ser planteada hasta antes del vencimiento de la etapa de pruebas. Cabe colegir que la parte recusante puede entonces tomar conocimiento de la designación de un árbitro, incluso antes de que éste acepte su designación y antes de que éste proceda a formalizar dicha aceptación ante las partes, cosa que ha sucedido en el presente caso. No obstante, también es necesario precisar que en el presente caso y en forma oportuna, se debieron cumplir las formalidades dispuestas por la normativa incorporada al convenio arbitral, de conformidad con lo previsto en el título único del capítulo segundo de la Ley 26572, Ley General de Arbitraje, que regula legalmente los alcances del convenio arbitral y a partir de la cual cabe inferir la necesidad de que se cumpla en la medida de lo posible lo previsto en los Reglamentos del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

9. Que, asimismo, el deber de declaración implica que el árbitro debe revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, pudiendo las partes dispensar las causas que motivan la recusación, si fuera el caso. No obstante, también debe tenerse en cuenta que dentro del íter arbitral no cabe la exoneración mediante acto unilateral, ni por parte del árbitro designado ni por parte de las partes, en lo referente al cumplimiento de las formalidades previstas en el convenio arbitral para la etapa de designación de árbitros y cumplimiento del deber de declaración, pues estas formalidades son de obligatorio cumplimiento y su vulneración o incumplimiento afecta la unidad e integridad del convenio arbitral. En consecuencia, las partes y los árbitros se encuentran sujetos a dichas formalidades, salvo que las mismas partes hayan procedido a celebrar una addenda al convenio arbitral, cosa que no ha sucedido en el presente caso.
10. Que, si bien es cierto la profesional recusada no ha tenido oportunidad de presentar la Declaración Jurada a que hace referencia el tantas veces referido Código de Ética, no es menos cierto que dicha profesional fue comunicada de su designación como árbitro por la entidad, habiendo aceptado dicho encargo, momento a partir del cual pudo y debió informar a las partes de todas las circunstancias que podrían eventualmente configurar causal de recusación, en el marco de las normas aplicables para el presente caso, como es el Código de Ética de los Reglamentos del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. En tal sentido, la profesional recusada omitió informar a las partes —especialmente al consorcio recusante— de estas circunstancias, tanto en lo concerniente a su participación en un arbitraje anterior en el que la entidad que la designó era parte y el hecho de que el estudio al que pertenece prestó servicios, aunque estos no sean habituales, a la misma entidad.
11. Que, en aplicación de principios comúnmente aceptados en el arbitraje, puede establecerse válidamente que cualquier duda respecto a si determinadas circunstancias debieron o no revelarse, se resolverá a favor de la revelación que supone el cumplimiento del deber de declaración o información para con las partes (ver por ejemplo Literal D del Cánón II del Código de Ética para árbitros de la Asociación Estadounidense de Arbitraje y de la Barra Estadounidense de Abogados). Este criterio implica que la revelación de parte de los árbitros debe ser lo más amplia posible, con el fin de incentivar la imparcialidad y la independencia en la solución de las controversias así como la posibilidad de que el arbitraje se desenvuelva en un entorno de transparencia y prevención de la ocurrencia de eventuales conflictos de intereses. En consecuencia, el deber de declaración no puede ser interpretado en forma restrictiva ni tampoco únicamente en función de las normas positivas aplicables, resultando indispensable para el correcto desarrollo del arbitraje, en su calidad de medio auto contenido de solución de controversias, que dicho deber se cumpla desde el momento en que el árbitro toma conocimiento de su designación, hasta el momento en que se cierra la etapa probatoria y constituyendo así una de las garantías fundamentales para el cumplimiento de los principios que sustentan la institución jurídica del arbitraje.
12. Que, habiéndose verificado recién durante la secuela del trámite de recusación y no en la forma ni en el momento previsto en el convenio arbitral, que la doctora Arrarte procedió en su escrito de absolución de la recusación a revelar las circunstancias que pudieran configurar causal, también se ha verificado durante el mismo trámite, que la parte recusante no ha dispensado a dicha profesional. Asimismo, al no haberse seguido oportunamente el trámite previsto en la normativa del Centro de



Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, este Consejo se encuentra impedido de pronunciarse sobre el fondo de la recusación, razón por la que ésta debe ser declarada improcedente.

13. En orden a las consideraciones antes expuestas y dadas las características específicas que para el trámite de designación de árbitro resultan de la aplicación supletoria de los Reglamentos del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima para el presente caso y en estricto cumplimiento del convenio arbitral correspondiente, Provias Nacional deberá designar un nuevo árbitro y el procedimiento de designación deberá ajustarse a la normativa pactada en el convenio arbitral.
14. Que, sin perjuicio de lo anterior, el CONSUCODE, en el marco de las atribuciones establecidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones 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, sobre la base de argumentos que tienen que ver directamente con el trámite del arbitraje en curso, cuestiones cuya decisión compete exclusivamente al Tribunal Arbitral.
15. Que, de acuerdo con el inciso 22 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del CONSUCODE, es atribución del Presidente expedir los actos administrativos que le correspondan.

Estando a lo expuesto y de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, las normas del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, y la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

SE RESUELVE:

Artículo Primero. DECLARAR IMPROCEDENTE la recusación formulada por Consorcio Vegsa CG Mendes Junior Group contra la abogada Ana María Arrarte Arisnabarreta, árbitro designada por Provias Nacional, por los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo. DISPONER que el Proyecto Especial Rehabilitación Infraestructura de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones cumpla con designar un nuevo árbitro en el plazo de cinco (5) días hábiles de recibida la presente comunicación.

Artículo Tercero. Notifíquese la presente Resolución a las partes así como al árbitro recusado.

Regístrese, comuníquese y archívese.




RICARDO SALAZAR CHAVEZ
Presidente