



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 220-2012-OSCE/PRE

Jesús María, 7 AGO. 2012

SUMILLA: *El deber de información no sólo se limita al instante en que el árbitro acepta el encargo sino que permanece vigente durante el íter procesal, recayendo en el árbitro la responsabilidad de informar a las partes sobre cualquier hecho que pueda generar dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.*

VISTOS:

La solicitud de recusación del 17 de mayo de 2012, formulada por el Gobierno Regional de San Martín (Expediente de Recusación N° 031-2012); el escrito presentado por la árbitra recusada, abogada Shoschana Zusman Tinman; y el Informe N° 072-2012-OSCE/DAA de fecha 05 de julio de 2012, que contiene la opinión técnico - legal de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 20 de diciembre de 2006, el Gobierno Regional de San Martín (en adelante "la Entidad"), y el Consorcio Bellavista, integrado por las empresas COSAPI S.A., y Tecnología y Desarrollo Contratistas Generales S.A.C., (en adelante "el Consorcio"), suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra "Interconexión del Sistema Eléctrico San Martín al SEIN" (en adelante, el Contrato), derivado de la Licitación Pública N° 001-2006-GRSM;

Que, el 08 de abril de 2008, el Consorcio solicitó a la Entidad, el inicio del proceso arbitral, a fin de solucionar controversias surgidas del citado contrato;

Que, en aplicación de lo señalado en la Cláusula Vigésimo Séptima del contrato, el Tribunal Arbitral quedó conformado de la siguiente manera por los señores: Shoschana Zusman Tinman (Presidenta designada por los árbitros de parte), Patrick Hurtado Tueros (árbitro designado por el Contratista) y Luis Fernando Pebe Romero (árbitro designado por la Entidad);

Que, el 17 de mayo de 2012, la Entidad formuló ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante el OSCE), una recusación contra la árbitra Shoschana Zusman Tinman, quién habiendo sido notificada, presentó sus descargos mediante escrito del 04 de junio de 2012;

Que, la recusación se sustenta en los siguientes argumentos:

- La árbitra incumplió con informar a las partes sobre las circunstancias acaecidas durante el transcurso del proceso arbitral, las que pueden generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, incumpliendo con lo establecido en el artículo 282º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° Z36 115

07 AGO 2012

Dra. Ayabali B

PATRICIA LANDIBULLÓN
FEDATARIO - OSCE

Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y el artículo 5º del Código de Ética para Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, los cuales regulan el deber del árbitro de informar respecto de la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a la aceptación;

- La árbitra incumplió con informar que intervino en los últimos cinco (05) años como árbitra en procesos donde participó el Estudio Pizarro, Botto & Escobar que patrocina al Consorcio (en adelante el Estudio) en los siguientes arbitrajes:
 - a) Dos (02) arbitrajes en los cuales el referido Estudio participó como patrocinador del Consorcio Bellavista, siendo designada por éste como miembro del Tribunal Arbitral.
 - b) Un arbitraje en el cual el Estudio participaba como patrocinador de una de las partes, siendo designada la árbitra Shoschana Zusman Tinman por la otra parte.
 - c) Presidió un Tribunal Arbitral en un arbitraje que se encuentra concluido, en el que una de las partes era COSAPI S.A., la cual estuvo patrocinada por el citado Estudio.
 - d) Preside actualmente un Tribunal Arbitral en el que una de las partes es un Consorcio integrado por COSAPI S.A., patrocinada por el mencionado Estudio.
 - e) Un arbitraje en el cual el referido Estudio participa como patrocinador de una de las partes, siendo designada por ésta como miembro del Tribunal Arbitral.
 - f) Recientemente, la abogada ha sido designada como árbitra en dos (02) procesos arbitrales en los cuales la parte que la nombró se encuentra patrocinada por el Estudio.
 - g) Adicionalmente, manifiesta haber brindado consultoría a una parte que fue patrocinada por el Estudio en un proceso arbitral ya concluido.

Que, la Entidad afirma que los hechos enumerados no fueron puestos en su conocimiento de manera oportuna, sino que forman parte de una declaración remitida por la árbitra al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en atención a una designación efectuada - por el Estudio - como árbitra de COSAPI S.A., en un arbitraje a iniciarse con el Instituto Peruano del Deporte;

Que, la árbitra absolvió la recusación, admitiendo que omitió informar a la Entidad sobre su participación como árbitra en distintos procesos en los cuales el Estudio Pizarro, Botto & Escobar asesoraba a una de las partes. Sin embargo, asegura que dicha omisión se debió a un error del personal que labora en su oficina, pues debido al número de arbitrajes a su cargo, resultaba difícil relacionar arbitrajes concluidos con los arbitrajes en curso;

Que, asimismo, precisa que la omisión incurrida no sólo se ha producido en el proceso arbitral del cual deriva la presente recusación, sino en varios procesos a su cargo, por lo que actualmente ha instalado un software que permite verificar, con cierto nivel de certidumbre, los arbitrajes concluidos y los que se encontrarían en trámite;

Que, manifiesta que su intención no fue ocultar información a la Entidad y que nunca ha dado muestras de parcialidad con las partes, precisando que “(...) el Tribunal Arbitral fue verdaderamente condescendiente con éste [Entidad], entre otras cosas, al aceptar la postergación por tres veces consecutivas, de la audiencia de presentación del peritaje realizado por el Ing. Carlos Herrera Descalzi, lo que motivó una muy justificada carta de protesta por parte de dicho perito. Llama por eso la atención que, cuando ya no era posible postergar la audiencia del peritaje, el día viernes 18 de mayo último, unos minutos antes de dar inicio a la referida audiencia programada para las 10 am, llegó la comunicación del Gobierno Regional, informando al Tribunal sobre mi recusación, conjuntamente con la del árbitro de parte, doctor Patrick Hurtado Tueros, indicándonos que debíamos suspender el arbitraje (...)”;

Que, la árbitra afirma que independientemente del error incurrido, existe coincidencia entre la realización de la audiencia pericial y la recusación de dos (02) miembros del Tribunal Arbitral, lo cual a su entender, es parte de una serie de circunstancias que han entorpecido el manejo del proceso;

Que, el arbitraje según el convenio arbitral acordado por las partes es de derecho, ad hoc, nacional; por lo que las partes determinan libremente las reglas a las que se debe someter el Tribunal Arbitral, las mismas que en detalle constan en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral ad hoc del 25 de noviembre de 2008;

Que, el marco normativo vinculado al arbitraje del cual deriva la presente recusación,

*ADQ. PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 235 2/5*

corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante "la Ley"), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante "el Reglamento"), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que regula el arbitraje, (en adelante "LA"), y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 05 de junio de 2008 (en adelante el "Código de Ética");

Que, el aspecto relevante identificado es el siguiente:

i. ¿incumplió la árbitra con el deber de revelación, de manera que no se generen dudas justificadas que pueden afectar su independencia o imparcialidad?

I.- La Entidad manifiesta que la árbitra recusada incumplió con el deber de información al omitir declarar sobre su participación como árbitro en procesos arbitrales donde intervenía el Estudio (que patrocina al Consorcio) asesorando a una de las partes.

Por su parte, la árbitra ha reconocido que omitió informar lo señalado.

2.- La recusación se sustenta en un presunto incumplimiento del deber de información establecido en la normativa aplicable, de modo que es pertinente explicar brevemente este concepto.

José María Alonso Puig señala que "(...) el deber de revelación es el más importante de cuantos tiene el árbitro y por ello debe ser interpretado por el mismo de forma amplia. El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación quiebra la necesaria confianza que forzosamente ha de inspirar la relación partes/árbitro en un presunto conflicto de intereses que afectaría la independencia e imparcialidad del árbitro en el proceso arbitral".

El deber de revelación, implica antes que nada una exigencia ética al árbitro para que en consideración a la buena fe y a la confianza que han depositado las partes en su persona, informe de "(...) todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia".



Precisamente, el numeral 5.4 del Código de Ética² establece que el árbitro tiene el deber de informar a las partes si ha mantenido o mantiene procesos arbitrales con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros.

3.- Este deber de información no sólo se limita al instante en que el árbitro acepta el encargo sino que permanece vigente durante todo el iter procesal, recayendo en el árbitro la responsabilidad de informar a las partes sobre cualquier hecho que pueda denotar cierta parcialidad o dependencia hacia una de ellas.



En ese sentido, Fernando de Trazegnies señala que:

"si [el árbitro] declara no es por una duda personal sino por consideración a lo que los demás actores del arbitraje pudieran pensar al respecto, permitiéndoles con la revelación que hagan una mejor evaluación de la situación. Y ciertamente, toda duda del árbitro sobre si debe o no poner ciertos hechos en conocimiento del tribunal y de las partes debe, en principio, ser resuelta a favor de la divulgación del hecho (...)".³



¹ Alonso Puig, José María: *El deber de revelación del árbitro: El Arbitraje en el Perú y el Mundo-Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión.*

² Artículo 5º.- Deber de información
En la aceptación al cargo de árbitro, este debe informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias:
5.4. Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros.

³ DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO (2011) *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Tomo I,* Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, p. 344.

4.- La posición también es acogida por el artículo 282º del Reglamento⁴ el cual establece el deber de informar del árbitro y el criterio que ante la duda respecto a si determinadas circunstancias deben o no revelarse, se resuelva a favor de la revelación.

En ese orden de ideas, debemos señalar que el deber de revelación importa una declaración amplia y precisa que libere a las partes de cualquier duda que pueda afectar la idoneidad y neutralidad de un árbitro en un proceso arbitral.

5.- En el presente caso, se tiene que la árbitra no cumplió con el deber de informar a las partes sobre su participación como miembro de Tribunales Arbitrales en donde una de las partes era asesorada por el Estudio. Así, de acuerdo a su manifestación⁵, podemos verificar que la abogada recusada omitió informar a las partes sobre su participación en ocho (08) procesos arbitrales donde el Contratista era asesorado por el referido Estudio.

Asimismo, de la citada declaración se advierte que la árbitra fue designada por el Consorcio Bellavista en dos (02) procesos arbitrales, sin que dicha información fuera puesta en conocimiento de la Entidad.

6.- Con los conceptos doctrinarios y el marco legal aplicable al deber de revelación, así como la situación descrita, que implica la propia declaración de la árbitra (vinculada a un proceso arbitral distinto al que origina la presente situación), se tiene que existen los fundamentos objetivos para amparar la recusación formulada;

Que, el inciso h) del artículo 58º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, concordante con el literal h) del artículo 5º del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, señala como una función del OSCE designar árbitros y resolver recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sujetos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento de la citada Ley;

Que, de acuerdo con el literal q) del artículo 11º del citado Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, es atribución de su Presidente Ejecutivo, resolver las recusaciones interpuestas contra conciliadores o árbitros, de conformidad con la normativa de contrataciones con el Estado;

Estando a lo expuesto, y de conformidad con el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-EF, el Decreto Legislativo N° 1071 y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE; y con el visado de la Dirección de Arbitraje Administrativo y la Oficina de Asesoría Jurídica;

⁴ Artículo 282.- Independencia, imparcialidad y deber de información

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 CONSUCODE aprobara las reglas éticas que deberán observar los árbitros en el ejercicio de sus funciones.

⁵ Declaración remitida por la abogada Shoschana Zusman Tinman al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima con fecha 17 de abril de 2012, en atención a una designación efectuada por el Estudio como árbitra de COSAPI S.A., en un arbitraje a iniciarse con el Instituto Peruano del Deporte.



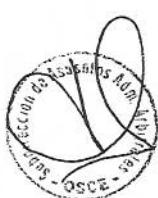
SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR FUNDADA la recusación interpuesta contra la abogada Shoschana Zusman Tinman, Presidenta del Tribunal Arbitral, encargado de resolver las controversias surgidas entre la Entidad y el Consorcio Bellavista, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

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).

Regístrate, comuníquese y archívese.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 236.....

5/5

07 AGO 2012

Patricia Landi Bullón

PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

