



Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 055-2009 CONSUCODE/PRE

Jesús María, 27 ENE. 2009

VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por el Gobierno Regional de San Martín con fecha 25 de agosto del 2008, subsanado con fecha 01 de septiembre del 2008 (Expediente de Recusación N° 036-2008);

El escrito presentado por el señor abogado Luis Farro Mendiola con fecha 12 de septiembre de 2008;

El escrito presentado por el Consorcio Cáceres con fecha 09 de septiembre de 2008;

El Informe N° 054-2008-CONSUCODE-OCA, de fecha 29 de diciembre de 2008, que analiza la recusación formulada;

CONSIDERANDO:

Que, el Gobierno Regional de San Martín y el Consorcio Cáceres celebraron el Contrato N° 002-2006-GR-SM/PGR para la ejecución de la obra "Electrificación Departamento de San Martín - Sector 1".

Que, vía escrito de fecha 25 de agosto de 2008, subsanado con fecha 01 de septiembre del mismo año, el Gobierno Regional de San Martín formuló recusación contra el árbitro Luis Farro Mendiola, miembro del Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias entre las partes, por considerar que dicho profesional habría incurrido en la causal establecida en el inciso 3 del artículo 283° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el mismo que dispone que los árbitros podrán ser recusados 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, mediante oficios de fecha 01 de septiembre del 2008, el CONSUCODE puso en conocimiento del árbitro recusado y del Consorcio Cáceres la recusación formulada, otorgándoles el plazo de cinco (5) días, a fin de que expresen lo que convenga a su derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 284° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM.

Que, con fecha 09 de septiembre del 2008, el Consorcio Cáceres absolvió el traslado de la recusación formulada dentro del plazo conferido.

Que, por su parte, con fecha 12 de septiembre del 2008, el árbitro recusado absolvió el traslado.

Que, sobre el tema de fondo, el Gobierno Regional de San Martín sustenta la recusación en que el árbitro en cuestión, conjuntamente con los demás miembros del Tribunal Arbitral, habría actuado contraviniendo los principios de independencia e imparcialidad que rigen la función arbitral, toda vez que habría permitido que el Consorcio Cáceres adquiriera en su integridad los pasajes de ida y vuelta de los Árbitros y del Secretario Arbitral para la realización de la Audiencia de Pruebas, llevada a cabo el 26 de mayo de 2008 en la ciudad de Moyabamba – San Martín.

En ese sentido, el Gobierno Regional de San Martín afirma que "(...) la conducta asumida por el árbitro (...) nos generó una grave desconfianza respecto a su actuación independiente, imparcial, objetiva, transparente y equitativa en el proceso arbitral, no sólo por el hecho de haber permitido y consentido que sea la parte demandante la que facilite y compre de forma directa los pasajes de ida y vuelta (...), sino por el hecho también de haber mantenido "oculta" esta circunstancia, faltando de esta forma al **DEBER DE INFORMACIÓN** al que se encuentra -legalmente- obligado (...)".

El Gobierno Regional de San Martín añade a lo anterior que "(...) a través del escrito de fecha 11 de agosto de 2008, el cual fue suscrito y presentado por el Secretario del Tribunal Dr. JOSEF ESSENWANGER BALLESTEROS, el GOBIERNO REGIONAL terminó por comprobar y corroborar de manera plena y fehaciente que los hechos que sustentaban nuestras dudas y desconfianzas, se convertían en hechos verdaderamente ocurridos (...)". Asimismo, afirma que "(...) puede advertirse del propio escrito presentado por el Secretario Arbitral, que para la mencionada diligencia de Audiencia de Pruebas, el Tribunal Arbitral no contaba con el financiamiento necesario para poder trasladarse a la ciudad de Moyabamba, motivo por el cual el Secretario –según expresa– solicitó al **CONSORCIO CÁCERES** dicho financiamiento para la compra de los pasajes.(...)".

Además, la parte recusante sostiene que la conducta irregular del árbitro cuestionado también se refleja en lo señalado en el escrito presentado por el Secretario Arbitral, el cual indicó que, antes de la Audiencia de Pruebas, el Consorcio Cáceres presentó un escrito comprometiéndose al pago de los honorarios y gastos no abonados en caso el demandado no cumpla con sus obligaciones, omitiéndose la notificación de referido escrito a esta Entidad; así, el Gobierno Regional de San Martín asevera "(...) nunca hemos tenido conocimiento de este documento, dado que nunca se nos notificó o corrió traslado del mismo, habiendo infringido el Tribunal las reglas del "debido proceso" (...), reglas que obligan a comunicar a las partes de cualquier solicitud presentada por éstas durante el proceso (...)".

Finalmente, el Gobierno Regional de San Martín señala que "(...) con fecha 12 de agosto del 2008, el Tribunal Arbitral expidió la Resolución N° 11, en donde –entre otros aspectos- resuelve: **NO HA LUGAR** a la solicitud de inhibición que fuera presentada por nuestra, sustentando este rechazo en que "los árbitros no tuvieron conocimiento de los hechos que sustentaban nuestra inhibitoria" y declarando –a su vez- la **NULIDAD DE TODO LO ACTUADO** desde la Audiencia de Pruebas (...)".



Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 55.2009 CONSUCODE/PRE

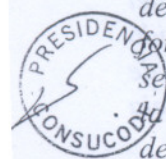
Que, por su parte, el Consorcio Cáceres absolvió el traslado de la recusación manifestando que "(...) el pedido del Gobierno Regional de San Martín tiene una finalidad dilatoria del proceso arbitral (...) desde el punto de vista formal o procesal, la recusación se ha formulado fuera del plazo establecido en el inciso 1) del artículo 284° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es decir no se ha efectuado en el tiempo inmediatamente después de conocida la supuesta causa que justificaría su pedido".

Asimismo, esta parte sostiene que "(...) en cuanto al fondo de su pedido, debemos mencionar que tal como lo ha manifestado cada uno de los miembros del Tribunal, éstos conocieron de los hechos que supuestamente causan dudas en el recurrente únicamente con motivo de la razón que da el Secretario Arbitral el 11 de agosto de 2008, no pudiendo por tanto, hacérseles responsables de no informar un hecho del cual no tenían conocimiento al no ser responsables de las gestiones previas a las realizaciones de la audiencia (...)".

Que, sobre el particular, el árbitro recusado, abogado Luis Farro Mendiola, absuelve el traslado de la recusación manifestando que "(...) resulta claro y objetivo que (el Gobierno Regional de San Martín) habría tomado conocimiento de la causal denunciada; esto es, de la adquisición de los pasajes aéreos de los árbitros con dinero proveniente del Consorcio demandante (...), NO ANTES DEL DÍA 06 DE AGOSTO DE 2008; fecha última en que formularon la inhibitoria de los árbitros, conforme obre en el Expediente Arbitral (...)". En ese sentido, concluye lo anterior afirmando que "(...) el Gobierno Regional de San Martín interpuso la Recusación el día 28 de agosto de 2008, cuando sólo tuvo plazo para hacerlo hasta el día 13 de agosto de 2008 (quinto día hábil). En consecuencia, entre la fecha en que se presentó la Inhibitoria de los Árbitros (6 de agosto de 2008) y la fecha en que se presentó la Recusación (28 de agosto de 2008), han transcurrido dieciséis (16) días hábiles. (...)".

Con relación a lo manifestado por el Gobierno Regional de San Martín respecto a que habría ocultado deliberadamente información, el árbitro recusado afirma que "(...) la entidad recusante NO ha podido acreditar que el suscrito conoció acerca de los actos administrativos practicados o realizados por el Secretario Arbitral (...)"; además, señala que "(...) confrontado el Secretario Arbitral acerca de las acusaciones formuladas por el Gobierno Regional de San Martín, aquel ha señalado su exclusiva responsabilidad, manifestando que los miembros del Tribunal Arbitral nunca tuvieron conocimiento de los hechos (...), considerando el propio Secretario arbitral una responsabilidad de índole meramente administrativo. (...)".

Finalmente, en referencia a la emisión de la Resolución N° 11 de fecha 12 de agosto de 2008, el árbitro recusado manifiesta que "(...) el Tribunal Arbitral declaró la NULIDAD de todo lo actuado hasta la Resolución Número SEIS; esto es, hasta antes de la celebración de la Audiencia de Pruebas, con la finalidad que las partes no se vean afectadas por cualquier posible irregularidad producto de la negligencia del Secretario Arbitral (...), acotando en adición que "(...) lo cierto y real es que NINGUNO de los ocho (8) Biletos Electrónicos que en copia acompaña la entidad recusante, en calidad de prueba, corresponden al suscrito o a alguno de los miembros del Tribunal Arbitral, así como tampoco al Secretario Arbitral y, ni siquiera, a la abogada representante del Consorcio Cáceres (...). Ni siquiera los referidos Biletos Electrónicos





corresponden a vuelo alguno realizado el día 25 o 26 de mayo del año en curso, fechas en que el suscrito realizó los respectivos viajes –ida y vuelta– a la ciudad de Tarapoto (...)

Que, ese sentido, considerando lo manifestado por el Consorcio Cáceres y el árbitro recusado, corresponde el análisis sobre la recusación planteada, sobre la base de las siguientes consideraciones:

- a. Que, el recurso de recusación está previsto como el medio idóneo para que aquella parte que se considere afectada en sus derechos, a raíz del incumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia de los árbitros, haga efectivo los mismos a través de la remoción de éstos, sobre la base de la calificación objetiva y justificable de las consecuencias de su proceder.
- b. Que, conforme señala el Art. 284° del Reglamento antes referido, la recusación debe formularse ante el CONSUCODE dentro de los cinco (5) días desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviviente a la aceptación del cargo por parte del árbitro recusado.
- c. Que, en ese sentido, considerando que el Gobierno Regional de San Martín manifestó haber tomado conocimiento de la circunstancia en cuestión a través de su escrito de fecha 06 de agosto de 2008, mediante el cual formularon la inhibitoria de los árbitros, y tomando en cuenta que la recusación ha sido formulada con fecha 25 de agosto del presente año, se deja constancia que el recurso que motiva el presente Informe ha sido interpuesto fuera del plazo previsto en el Art. 284° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por lo que corresponderá a este Consejo declararlo improcedente.
- d. Que, sin perjuicio de lo anterior y considerando lo cuestionado sobre el fondo de la materia, conviene realizar algunas precisiones a efecto de confirmar criterios antes esbozados por este Consejo.
- e. Que, atendiendo a la ratio del Art. 283° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, para que pueda alegarse como causal de recusación la existencia de circunstancias que generen dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia de los árbitros, se debe tener presente que dichas circunstancias deben sustentarse en indicios razonables y calificables que permitan apreciar el incumplimiento de los deberes arbitrales antes referidos, generando como consecuencia potencial o inmediata el detrimento de los derechos de la parte recusante en el proceso.

En ese sentido, el cuestionamiento a la imparcialidad e independencia de los árbitros debe estar relacionado en estricto con el desempeño del cargo; es decir, cuando los árbitros en ejercicio de sus funciones o ejecución de sus facultades adoptan medidas que, sin respaldo en las reglas del proceso, terminan por beneficiar directa o indirectamente a una de las partes, estando la parte afectada posibilitada de plantear una recusación, luego de haber agotado las instancias de cuestionamiento a las decisiones arbitrales previstas por la normativa reglamentaria del proceso.





Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución N° 55-2009 CONSUCODE/PRE

- f. Que, asimismo, conviene precisar que la función de los árbitros difiere claramente de la función del Secretario o Secretaria Arbitral, toda vez que esta última está relacionada al aspecto administrativo del proceso, constituyendo el nexo entre las partes y los árbitros, estando encargado de la difusión de los pronunciamientos arbitrales y el debido conocimiento de los mismos por las partes, así como de las gestiones correspondientes para la realización de las actuaciones arbitrales y la facilitación del normal desarrollo del proceso. Como refiere José María Roca, el Secretario o Secretaria Arbitral intervendrá en el correcto desarrollo del proceso, en especial cumplimiento de los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, careciendo de capacidad decisoria en la consecución del arbitraje¹.

El ejercicio de la función secretarial arbitral encuentra sus límites en los principios de imparcialidad e independencia, así como en la transparencia en la administración del proceso, tanto para con las partes como para con los árbitros.

- g. Que, sobre el caso particular, se desprende de los hechos descritos en la recusación que la circunstancia alegada como justificable de las dudas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros corresponde a hechos producto del accionar exclusivo del Secretario Arbitral, tal como él mismo lo reconoce en su carta de fecha 11 de agosto del 2008, ofrecida como medios probatorio por el Gobierno Regional de San Martín.

Así, el señor abogado Josef Essenwanger Ballesteros señaló en la referida carta que "(...) las coordinaciones con las partes y la obtención de los pasajes objeto de comentario fueron operaciones efectuadas únicamente por mi persona, en cumplimiento de mis funciones como Secretario Arbitral. Debo dejar expresa constancia que ninguno de los árbitros componentes del Tribunal tuvieron conocimiento previo de estos hechos, ya que evalué que los mismos, por su naturaleza administrativa, no tenían mayor trascendencia. (...)".

En ese sentido, siendo que el Secretario Arbitral reconoció su responsabilidad en los hechos y no habiendo prueba contraria de la participación de los árbitros en los mismos, no existe indicio calificable que justifique dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros con relación a la circunstancia descrita, por lo que la recusación formulada por el Gobierno Regional de San Martín carece de sustento en ese extremo.

El cuestionamiento o duda sobre la imparcialidad e independencia en la administración del proceso se relaciona a la calificación de la función secretarial, debido a que los acontecimientos señalados están estrictamente vinculados a la función administrativa del Secretario Arbitral, ajustándose ello a lo alegado por el Gobierno Regional de San Martín a este escenario fáctico; sin embargo, lo anterior no se infiere del objeto de la recusación planteada.

¹ Cfr. ROCA MARTÍNEZ, José María. "Arbitraje e Instituciones Arbitrales". Bosh Editor, Barcelona, 1992. p. 222.



Que, en ese sentido, considerado lo expuesto anteriormente, corresponde a este Consejo declarar improcedente la recusación formulada contra el árbitro Luis Farro Mendiola, por haber sido presentada fuera del plazo previsto en el Art. 284° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Que, finalmente, de acuerdo con el inciso 22 del artículo 7° del Reglamento de Organización y Funciones del CONSUCODE, es atribución del Presidente resolver las recusaciones interpuestas contra conciliadores o árbitros, de conformidad con la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Estando a lo expuesto, y de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y la Ley General de Arbitraje, conforme a lo dispuesto en la segunda Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 1071.

SE RESUELVE:

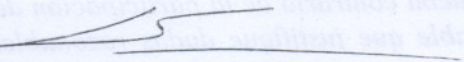
Artículo Primero. Declarar improcedente la recusación formulada por el Gobierno Regional de San Martín contra el señor abogado Luis Farro Mendiola por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

Artículo Tercero. Publicar la presente Resolución en la página web del CONSUCODE.

Regístrese, comuníquese, publíquese y archívese.




SANTIAGO B. ANTÚNEZ DE MAYOLO M.
Presidente