HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA
REG. N° 147-12
01 MAR 2012
01/05
FIDEL GALVEZ MARCANILLO
FEDATARIO
Res. N° 081 - 2009 - OSCE/PRE
(USO PROCEDIMIENTO INTERNO)

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 038-2012 - OSCE/PRE

Jesús María, 23 FEB 2012

SUMILLA: Para el cumplimiento del deber de información se requiere una declaración amplia y precisa que libere a las partes de cualquier duda y que a su vez permita garantizar la imparcialidad e independencia del árbitro en la solución de controversias.

La falta de precisión o la omisión del árbitro, al informar su participación en calidad de abogado, en otro proceso arbitral que involucre a una de las partes, genera dudas justificadas y razonables sobre su neutralidad, independencia e imparcialidad.

VISTOS:

La solicitud de recusación contra la abogada María del Carmen Tovar Gil, formulada por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte – PROVIAS NACIONAL el 10 de octubre de 2008 (Expediente de Recusación N° R043-2008);el escrito presentado por la citada profesional y, el Informe N° 007-2012-OSCE/DAA de fecha 20 de enero 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, el 09 de enero de 2007, el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante "Provias") y el Consorcio Ejecutores de Lima (en adelante el "Consorcio") suscribieron el Contrato N° 003-2007-MTC/20, para la ejecución de la Obra "Mejoramiento de la Carretera Mojon – Chiquián – Aquia – Empalme Nueva Carretera Conococha – Huallanca, Tramo 1: Mojon-Chiquián", derivado de la Licitación Pública N° 0014-2006-MTC/20;

Que, surgida una controversia y a solicitud del Consorcio, mediante Resolución N° 452-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 03 de setiembre de 2008, el OSCE designa como árbitro, en defecto de Provias, a la abogada María del Carmen Tovar Gil, cuya aceptación es notificada el 02 de octubre de 2008;

Que, el 10 de octubre de 2008, Provias formula ante el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, hoy OSCE, (en adelante "OSCE"), recusación contra la citada abogada; notificada a ésta y al Consorcio el 29 de octubre de 2008,a fin de que expresen dentro del plazo legal lo que convenga a su derecho, lo que sólo fue efectuado por la citada abogada mediante escrito presentado del 03 de noviembre del 2008;

Que, Provias sustenta su solicitud de recusación en la carta de aceptación de la abogada María del Carmen Tovar Gil (del 25 de setiembre de 2008),alegando que si bien la citada profesional cumplió con informar que el Estudio Echecopar (lugar donde labora) ha atendido el proceso arbitral seguido por CONSORCIO NESHUYA y PROVIAS NACIONAL, no precisó que ella directamente participó en el citado proceso, autorizando como abogada la demanda de fecha 26 de octubre de 2007 e interviniendo en la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral y Fijación de Reglas del Proceso del 15 de agosto de 2007;

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA
REG N° 147-12
01 MAR 2012
02/05
FIDEL GALVEZ MALLAMILLO
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 081 - 2009 - OSCE/PRE
(USO PROCEDIMIENTO INTERNO)

Que, en ese sentido, alega que:

- *"El hecho que la Dra. María del Carmen Tovar Gil haya omitido señalar su directa participación en el Proceso Arbitral seguido por CONSORCIO NESHUYA, genera dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia por faltar al PRINCIPIO DE REVELACIÓN E INFORMACIÓN." (...)De este modo, creemos que se ha configurado de manera indubitable la causal de recusación por la causal prevista en el Art. 283 Inc. 3) del RELCAE, así como ha faltado al deber de información a que se refiere el Art. 5 del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE publicado el 11.06.2008."*

Que, por su parte la abogada María del Carmen Tovar Gil, manifiesta en su escrito que el patrocinio del Consorcio Neshuya en un proceso arbitral frente a PROVIAS NACIONAL fue declarado por su explicita comunicación de aceptación, donde dejó establecido que el Estudio donde laboraba patrocinaba un proceso arbitral entre el citado consorcio y PROVIAS, motivo por el cual no ha incumplido con ningún deber de revelación o información relevante;

Que, asimismo, precisa que PROVIAS desconoce o pretende inducir a error indicando que ella patrocina al Consorcio Neshuya como si se tratara de un patrocinio individual y no colectivo, al amparo del artículo 291° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que los abogados que integran estudios colectivos pueden sustituirse indistintamente en el patrocinio de los asuntos a su cargo y se representan unos a otros, para fines profesionales, ante las Salas y Juzgados correspondiente;

Que, la abogada - luego de señalar que habiendo sido designada en defecto de la designación que debió hacer oportunamente Provias y en tanto ésta manifiesta desconfianza hacía su actuación profesional –comunica que a fin de evitar mayores incidentes y en resguardo de su prestigio profesional y personal, declina a la designación como árbitro;

Que, habiéndose señalado las posiciones de los involucrados en la presente recusación, corresponde efectuar el análisis de sus alcances, en razón del marco legal aplicable y los aspectos relevantes;

1. *El análisis legal de la presente recusación se realizará aplicando el marco normativo vinculado al arbitraje en cuestión y corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, (en adelante "la Ley"), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante "el Reglamento"), la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, (en adelante "la LGA") y, el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE (en adelante el "Código de Ética"), así como las normas de derecho público y demás de derecho privado, (manteniendo este orden de prelación en la aplicación del derecho).*

2. *El arbitraje según el convenio arbitral contenido en la cláusula décimo tercera del contrato objeto de controversia, 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.*

3. *El aspecto relevante identificado en la presente recusación, que debe ser motivo de análisis es:*

(i) ¿Determinar si la árbitra recusada cumplió con su deber de información, al no precisar en su carta de aceptación, que participó directamente en el arbitraje seguido entre la

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA
REG. Nº 147-12
01 MAR 2012
03/05
FIDEL GALVEZ TARMANILLO
FEDATARIO - OSCE
Res. Nº 081 - 2009 - OSCE/PRE
(USO PROCEDIMIENTO INTERNO)

parte recusante y el Consorcio Neshuya, autorizando como abogada el escrito de demanda arbitral de éste, y además interviniendo en la Audiencia de Instalación y Fijación de Reglas del Proceso, limitándose sólo a informar que su Estudio de Abogados patrocina a dicho Consorcio; y, si este motivo genera dudas sobre su imparcialidad e independencia?;

Que, corresponde analizar el punto antes delimitado, a partir de la valoración de la información obrante en el expediente de recusación y la aplicación de la normativa delimitada en el considerando anterior:

1. *De modo preliminar al análisis de fondo, es preciso determinar los alcances del deber arbitral de revelación o información a la partes, en atención con lo dispuesto en el Reglamento, el Código de Ética y la doctrina autorizada en el tema.Así, el artículo 282° del Reglamento es claro cuando refiere que 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, de modo tal que ante cualquier duda respecto a si determinadas circunstancias deben o no revelarse, debe procederse a favor de la revelación que supone el cumplimiento del deber de información para con las partes.*

2. *Del mismo modo, el artículo 5° del Código de Ética es expreso en señalar que en la aceptación, el árbitro debe informar si existe cualquier hecho o circunstancia significativos, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad e independencia, siendo que la omisión al cumplimiento del deber de información por parte del árbitro, dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del caso.*

3. *Por su parte, la doctrina desarrolla una serie de consideraciones que permiten comprender mejor los alcances del cumplimiento del deber de información. Así, Fernando de Trazegnies explica lo siguiente[1]:*

   - *"(...) existen también una serie de situaciones que el árbitro puede sentir que no afectan su imparcialidad o independencia pero que alguna de las partes pudiera incomodarse con ellas.*

     En este caso, el árbitro no debe renunciar sino simplemente declarar esa situación. En estas circunstancias, el árbitro propuesto está obligado a revelar a las partes, a sus co-árbitros y a la institución arbitral, las vinculaciones que pudieran dar lugar a esa eventual duda antes de aceptar el cargo. Claro está que efectuar tal declaración implica que ese árbitro está convencido de que tales hechos no afectan su independencia de criterio, porque si no fuera así simplemente debería declinar el nombramiento. Si declara no es por una duda interna sino por consideración a lo que los demás actores arbitrales pudieran pensar al respecto, permitiéndoles una evaluación de la situación. Y ciertamente, toda duda sobre 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. Pero es importante destacar que el acto de comunicar ciertos hechos que pudieran ser necesarios para que no existan dudas sobre su imparcialidad no implica en manera alguna una admisión de conflicto de interés y ni siquiera revela una duda propia del árbitro sino sólo una consideración hacia las partes y sus colegas en aras de la transparencia del proceso".

4. *De la valoración de los medios probatorios ofrecidos por Provias en este extremo, se ha*

[1] *En: "Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el Arbitraje". Lima Arbitration, Revista del Circulo Peruano de Arbitraje Nº 1, 2006, p. 172*

SE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA
REG. N° 147-12
01 MAR 2012
04/05
FIDEL GALVEZ CAMARILLO
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 881 - 2007 - OSCE/PRE
(USO PROCEDIMIENTO INTERNO)

verificado que la abogada María del Carmen Tovar Gil participó directamente en el arbitraje seguido entre el Consorcio Neshuya y PROVIAS NACIONAL, tal como consta en el escrito de demanda arbitral y en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral y Fijación de Reglas del Proceso[2]. Al respecto, conforme se desprende de su escrito de descargos a la recusación, se tiene que la citada profesional únicamente indicó que su Estudio de Abogados patrocinó al Consorcio Neshuya, omitiendo precisar que ella intervino directamente en dicho proceso en calidad de abogada, suscribiendo la demanda arbitral[3] y en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral y Fijación de Reglas del Proceso[4].

5. *En consecuencia, podemos concluir, que se ha configurado el incumplimiento del deber de revelación "per se", el cual requiere del árbitro una declaración amplia y precisa que libere a las partes de cualquier duda y que a su vez permita garantizar la imparcialidad e independencia del árbitro en la solución de controversias.Asimismo, concluimos también, que la información no revelada por la árbitra recusada, ha generado dudas justificadas y razonables sobre su neutralidad, independencia e imparcialidad, en tanto ha intervenido en otro arbitraje, como abogada de la parte contraria a Provias. En ese sentido, habiéndose configurado la causal de recusación dispuesta en el inciso 3) del artículo 283° del Reglamento, la presente recusación hubiera sido declarada fundada.*

6. *Sin embargo, corresponde dar por concluido el presente procedimiento de recusación ante la imposibilidad de su continuación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 186° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General; toda vez que mediante escrito presentado con fecha 03 de noviembre de 2008, la abogada María del Carmen Tovar Gil ha comunicado su declinación[5] al cargo de árbitra, la cual, atendiendo el estado situacional del presente proceso, debe ser entendida como una renuncia.*

7. *Finalmente, es preciso recordar que la citada renuncia, no importa un reconocimiento de la procedencia de la causal de recusación invocada por Provias;*

Que, en ese sentido, tomando en cuenta lo expresado en los párrafos precedentes y considerando el análisis de fondo y forma efectuado, corresponde DAR POR CONCLUIDO el trámite de recusación seguido en contra de la abogada María del Carmen Tovar Gil, en atención a que dicha profesional ha manifestado su renuncia al cargo de árbitra, previamente a la resolución de la presente recusación;

Que, el inciso h) del artículo 58° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, concordante con el literal h) del artículo 5° 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 sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento de la citada Ley;

Que, de acuerdo con el literal q) del artículo 11° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, es atribución del Presidente Ejecutivo resolver las recusaciones interpuestas contra conciliadores o árbitros, de

---

2 Anexo N° 06 de la Solicitud de Recusación presentada por **Provias** con fecha 10 de octubre de 2008.
3 Anexo N° 05 de la Solicitud de Recusación presentada por **Provias** con fecha 10 de octubre de 2008.
4 Anexo N° 06 de la Solicitud de Recusación presentada por **Provias** con fecha 10 de octubre de 2008.
5 Según la Real Academia Española (http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=declinar): *"Rechazar cortésmente una invitación".*

conformidad con la normativa de contrataciones con el Estado;

Estando a lo expuesto, y de conformidad con el Texto Único Ordenado dela Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado mediante N° 084-2004-PCM, la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE;

Con el visado de la Dirección de Arbitraje Administrativo y la Oficina de Asesoría Jurídica;

SE RESUELVE:

Dirección de Arbitraje Administrativo · OSCE ·

Artículo Primero. *DAR POR CONCLUIDA la recusación interpuesta por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte – PROVIAS NACIONAL contra la abogada María del Carmen Tovar Gil,por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.*

Oficina de Asesoría Jurídica · OSCE ·

Artículo Segundo. *Notificar la presente Resolución a las partes, así como alaárbitra recusada.*

Artículo Tercero. *Publicar la presente Resolución en la página web del OSCE.*

Regístrese, comuníquese y archívese.

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO · PRESIDENCIA EJECUTIVA ·

MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG N° 147-12
01 MAR 2012
05/05
FIDEL GALVEZ MARISCAL LLO
FEDATARIO
Res. N° 081 - 2008 - OSCE/PRE
(USO PROTOCOLAR Y NOTARIAL)