



12 JUL 2012

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 186-2012 - OSCE/PRE

Jesús María, 12 JUL. 2012

SUMILLA:

En el arbitraje en materia de contrataciones públicas no se contempla de modo taxativo la relación amical de los árbitros como una situación pasible de recusación. No obstante ello, cuando dichos vínculos de amistad se asocien con circunstancias u hechos que pueden afectar la imparcialidad e independencia de los árbitros, entonces tal relación tendría relevancia para el arbitraje y eventualmente podría originar un motivo de recusación.

El requerimiento de idoneidad profesional para ejercer la función arbitral se limita, en el caso de los árbitros únicos y presidentes de tribunal, al cumplimiento de los requisitos señalados, dentro de los cuales no se encuentra el ser un abogado colegiado, con habilitación vigente para los fines gremiales.

Constituye una obligación de carácter ético y normativo que los árbitros revelen las relaciones relevantes que hayan mantenido con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada el 05 de enero de 2012, por el Consorcio Nuevo Mundo (Expediente de Recusación N° 02-2012); el escrito presentado por las árbitras recusadas, Mary Amayo Córdova y Elena Paola Fune Zambrano; y el Informe N° 055-2012-OSCE/DAA de fecha 14 de junio 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 28 de diciembre del 2007, la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto - Moquegua (en adelante la "Entidad") y el Consorcio Nuevo Mundo (en adelante el "Consorcio") suscribieron el Contrato N° 6358-2007-GM/MPMN para la ejecución de obra pública "Preparación y colocación de carpeta asfáltica en caliente para la Carretera Chilligua - Carumas", cuya Adenda fue suscrita el 8 de enero del 2008, modificando lo referente al plazo y adelantos;

Que, surgida la controversia derivada de la ejecución del citado Contrato, se procedió a la conformación del Tribunal Arbitral Ad Hoc integrado por los árbitros Martín Musayón Bancayán (Presidente, designado por los árbitros de parte), Mary Amayo Córdova (designada por la Entidad) y Elena Paola Fune Zambrano (designada por el Consorcio), llevándose a cabo el 10 de setiembre del 2010, la audiencia de instalación del Tribunal;

Que, el 05 de enero del 2012, el Consorcio formuló recusación contra las árbitras Elena Paola Fune Zambrano y Mary Amayo Córdova;



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA. 2/13

REG N° 191

12 JUL 2012

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

Que, notificadas con la recusación, el 24 y 27 de febrero del 2012, las árbitras Mary Amayo Córdova y Elena Paola Fune Zambrano absolvieron el traslado, informando haber presentado sus renunciaciones ante el Tribunal Arbitral, para desempeñar sus cargo (el 25 de enero y 24 de febrero del 2012 respectivamente), solicitando que la recusación sea declarada improcedente por sustracción de la materia;

Que, en la recusación, el Consorcio invoca el incumplimiento del deber de revelación, así como la existencia de dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de las árbitras, de acuerdo con los siguientes fundamentos:

- i) Se han encontrado deficiencias en la designación de la árbitra Elena Paola Fune Zambrano (árbitra de parte del Consorcio), toda vez que ni en el expediente arbitral ni en sus archivos consta la carta de designación y la carta de aceptación de la mencionada profesional; presumiendo que no se ha seguido el procedimiento legal para su designación, sorprendiendo al Consorcio.
- ii) La árbitra Elena Paola Fune Zambrano ha compartido aulas universitarias con el doctor Eduardo Bocanegra Alegria, asesor de la Entidad, pues ambos estudiaron y se graduaron en el año 2002, según un reporte de la página web de transparencia de la Universidad Nacional de Trujillo. Del mismo modo, tiene un vínculo de amistad desde el 2004 con la actual asesora de la Entidad, doctora Marina Rosalva Vásquez Hurtado, según se demuestra de la página web donde ambas aparecen como correligionarias de un Partido Político. En ambos casos, la árbitra no ha cumplido con revelar tales hechos.
- iii) Existe una relación de amistad entre la árbitra Elena Paola Fune Zambrano y el doctor Eduardo Bocanegra Alegria, según se demuestra de la Red Social de Facebook; vínculo que la árbitra no cumplió con revelar.
- iv) La árbitra Elena Paola Fune Zambrano no pertenece a ningún Colegio de Abogados del país y se requiere conocer si a la fecha de aceptar el cargo contaba con título profesional y habilitación vigente.
- v) La árbitra Mary Amayo Córdova ha incumplido con el deber de revelación, pues no ha informado que trabajó en forma conjunta con el abogado Eduardo Bocanegra Alegria en la asesoría legal del Instituto Geofísico del Perú, así como en el Gobierno Regional de Ucayali, conforme se desprende de los actos resolutivos expedidos por tales Instituciones.
- vi) La árbitra Mary Amayo Córdova ha sido sancionada por el Gobierno Regional de Ucayali con cese temporal por doce (12) meses, por encontrarse laborando en dos (2) entidades, lo cual hace dudar de su imparcialidad y buena fe, al momento de resolver.

Que, el marco normativo vinculado al arbitraje de donde deriva la presente recusación, corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante el "TUO"), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante "el Reglamento"), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante la "LA") y el Código



12 JUL 2012

Handwritten signature

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 186-2012 - OSCE/PRE

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");

Que, los aspectos relevantes identificados son los siguientes:

i. ¿El procedimiento de designación de la árbitra Paola Elena Fune Zambrano genera dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad?

1 Considerando que la recusación se ha sustentado en la existencia de dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia de la árbitra recusada, previamente cabe delimitar los alcances de dichos conceptos en el marco de la doctrina autorizada y el marco normativo aplicable. Al respecto, JOSE MARIA ALONSO¹ ha señalado lo siguiente:

"(...) Frecuentemente se ha entendido que 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 Del mismo modo, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS², refiriéndose a la imparcialidad e independencia expresa:

"(...) Como quiera que la imparcialidad es una cuestión subjetiva, los criterios para apreciarla por los terceros descansa en la consideración de los hechos externos, mediante los cuales suele manifestarse la imparcialidad o la falta de ésta; generalmente dicha apreciación se realiza desde la perspectiva de una parte objetiva en la posición de la parte que recusa el árbitro (...) Así concebida, la imparcialidad se configura como una noción de carácter subjetivo de muy difícil precisión pues se refiere a una determinada actitud mental que comporta la ausencia de preferencia hacia una de las partes en el arbitraje o hacia el asunto en particular. Y es aquí donde es oportuna la distinción entre dos conceptos, el de "predilección" y el de "parcialidad". La predilección significa favorecer a una persona sin perjudicar a la otra, mientras que la parcialidad implicar favorecer a una persona perjudicando a otra (...)

(...) Si la imparcialidad es una predisposición del espíritu, la independencia es una situación de carácter objetivo, mucho más fácil de precisar (...), pues se desprende de la existencia de vínculos de los árbitros con las partes o con las personas estrechamente vinculadas a éstas o a la controversia, ya sea en relaciones de naturaleza personal, social, económicas, financieras o de cualquier naturaleza (...) El estudio de esos vínculos permite concluir si un árbitro es o no independiente, el problema es su cualidad acreditada para apreciar la falta de independencia, utilizándose criterios tales como proximidad, continuidad o índole reciente que, bien entendido, deben ser acreditados convenientemente (...)"

3 Por otro lado, el artículo 282° del Reglamento señala que: "Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales (...)". Asimismo, en el artículo 283° se prevé como causal de recusación la existencia de "(...) circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o

¹JOSÉ MARÍA ALONSO -Revista Peruana de Arbitraje – Tomo 2-2006; pág. 98- Editorial Jurídica Grijley.

²JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS - Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso Arbitraje la Habana 2010- Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.



independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa”.

- 4 *Asimismo, en el numeral 2) de su artículo 280º, el Reglamento establece que “(...) para el caso de tres árbitros, cada parte designará a un árbitro en su solicitud y respuesta, respectivamente, y estos dos (2) designarán al tercero, quien lo presidirá (...)”; disponiéndose en el artículo 281º que “(...) dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haber sido comunicado con su designación, deberá dar a conocer su aceptación por escrito a quien lo designó (...)”.*
- 5 *Luego de lo señalado, es necesario analizar los hechos que se le atribuyen a la árbitra Elena Paola Fune Zambrano y si ellos generan dudas justificadas de su independencia e imparcialidad, a saber:*

- ❖ *El Consorcio señala que no cuenta con los documentos que acrediten la designación y aceptación del cargo de árbitra por parte de la señora Elena Paola Fune Zambrano. Sin embargo, según consta de los antecedentes del expediente de Instalación del Tribunal Arbitral I180-2010 de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, el Consorcio mediante escrito de fecha 26 de julio del 2010 se dirige a la Entidad designando como árbitra de parte a la señora Elena Paola Fune Zambrano. El citado documento de designación, aparece suscrito por el señor Ricardo Pino Trinidad; el cual asume la representación legal del Consorcio, según se desprende del Contrato de Ejecución de Obra Pública N° 6358-2007-GM/MPMN.*

Asimismo, se observa que mediante carta del 26 de julio del 2010 dirigida al Consorcio, la señora Elena Paola Fune Zambrano aceptó la designación como árbitra. La citada carta tiene firma y sello de recepción del señor Ricardo Pino Trinidad, representante legal del Consorcio. Además, de la revisión del Acta de Instalación de fecha 10 de setiembre del 2010, se verifica que no existe objeción por parte del Consorcio respecto del procedimiento de designación.

Se acredita entonces, que el Consorcio conocía del procedimiento de designación de la árbitra, por lo que no es válido alegar su desconocimiento.

- ❖ *En suma, el Consorcio no ha aportado algún elemento probatorio objetivo que evidencie que la árbitra antes citada, ha asumido su designación de manera ilegal “sorprendiéndolo”. Por esta razón no se evidencian dudas justificadas de la imparcialidad e independencia de la árbitra, debiendo declararse infundada la recusación en cuanto a este extremo.*

ii; La árbitra Elena Paola Fune Zambrano mantiene o ha mantenido algún tipo de relación con los asesores de la Entidad, señores Eduardo Bocanegra Alegria y Marina Rosalva Vásquez Hurtado? ¿Cumplió con revelar tales hechos en el proceso arbitral?

- 1 *Considerando que la recusación se sustenta en el incumplimiento del deber de revelación cabe delimitar los alcances de dicho concepto en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.*

- ❖ *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*



QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 1911 5/13
12 JUL 2012
Mueble B
PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 186-2012 - OSCE/PRE

su persona, informe de "(...) todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia"³. En ese contexto, en forma referencial, las directrices de la International Bar Association-IBA, nos informan que dicha obligación tiene como propósito que las partes puedan juzgar favorable o desfavorablemente la información brindada, y en virtud a ello adoptar las medidas pertinentes, entre ellas efectuar una mayor indagación⁴.

- ❖ Asimismo, JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG sobre la amplitud y las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación señala:

"El deber de revelación es el más importante de cuantos tiene el árbitro y por ello debe ser interpretado por él 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 proceso arbitral"⁵.

- ❖ Sobre la rigurosidad del deber de revelación JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS señala lo siguiente:

"Las partes del arbitraje, una vez informadas, son las que tienen el protagonismo del control pues el árbitro puede realizar declaraciones incompletas, equivocadas o erróneas en detrimento de la exhaustividad y la severidad para consigo mismo que debe presidir la declaración de independencia del árbitro"⁶.

- ❖ Conforme a la normativa de contrataciones del Estado, todo árbitro debe informar al aceptar el cargo sobre cualquier circunstancia existente o sobrevenida a su nombramiento que pudiera afectar su imparcialidad e independencia⁷.

2 El Código de Ética a su vez señala que con motivo de la aceptación a su cargo el árbitro debe informar "(...) Si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje(...)". Agrega el citado Código, que también debe informar. "(...) cualquier otro hecho o circunstancia significativa que pudiera dar lugar a duda justificada respecto de su imparcialidad o independencia". Asimismo, indica que "(...) el deber de información

³ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA, "El deber de revelación del árbitro", En: El Arbitraje en el Perú y el Mundo, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje - IPA, 2008, p. 323.

⁴ El literal b) de la Nota Explicativa sobre la Norma General 3 (Revelaciones del Árbitro) de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, señala que "(...) El propósito de revelar algún hecho o circunstancia es para permitir a las partes juzgar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del árbitro y, si así lo estiman necesario, para que puedan averiguar más sobre el asunto". (http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)

⁵ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA, "El deber de revelación del árbitro". En: El Arbitraje en el Perú y el Mundo, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje - IPA, 2008, p. 324.

⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, Contenido Ético del Oficio de Árbitro - Congreso Arbitraje la Habana 2010. Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.

⁷ El artículo 282° del Reglamento señala: "Artículo 282.- Independencia, imparcialidad y deber de información "(...) 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 su aceptación(...)".



HE COMPROBADO PREVIO COTEJO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 191 613
12 JUL 2012
PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

se mantiene durante el transcurso del arbitraje y no se limita a lo establecido en este artículo⁸.

3 Conforme a los criterios doctrinarios y normativos señalados, es necesario analizar en este extremo si la árbitra Elena Paola Fune Zambrano tuvo o tiene una vinculación con los asesores de la Entidad, que revelar:

❖ El Consorcio ha señalado que la árbitra Elena Paola Fune Zambrano ha compartido aulas universitarias con el doctor Eduardo Bocanegra Alegria, asesor de la Entidad, pues ambos estudiaron y se graduaron en el año 2002, según un reporte de la página web de transparencia de la Universidad Nacional de Trujillo. Del mismo modo señala que tiene un vínculo de amistad desde el 2004 con la actual asesora de la Entidad, doctora Marina Rosalva Vásquez Hurtado, según se demuestra de la página web donde se evidencia que ambas eran correligionarias del mismo Partido Político. En ambos casos, el Consorcio señala que la citada árbitra no ha cumplido con revelar tales hechos.

❖ El Consorcio sustenta su pedido sobre la base de copias o impresiones de páginas web donde se expondrían las vinculaciones objeto de recusación. De modo que es pertinente analizar los alcances de dichos medios probatorios.

❖ Juan Carlos Moron Urbina⁹ nos señala respecto a los medios de prueba en un procedimiento administrativo, que estos pueden ser entre otros: "(...) la prueba documental que comprende las actas de inspección o de verificación que conllevan presunción de certeza y los medios de soporte físico de imágenes, el sonido o informáticos (...)".

❖ Respecto de los documentos informáticos (o también denominados electrónicos)¹⁰ CANELO, ARRIETA, MOYA y ROMO¹¹ nos indican que "(...) son aquellos generados por y a través de un medio automatizado y pueden además estar memorizados en dispositivos susceptibles de ser leídos por los mismos". Precisan que, no debe confundirse la documentación o información electrónica con su representación, que se puede materializar a través de una impresión de la misma. Finalmente, una de las características importantes de tales documentos es que "(...) tienen una finalidad representativa de un hecho o acontecimiento".

❖ La página web, es considerada como "(...) un documento electrónico adaptado particularmente para la Web, el cual contiene información específica de un tema en particular y que es almacenado en algún equipo de cómputo que se encuentre conectado a la red mundial de información denominada Internet, de tal forma que este documento pueda ser consultado por cualesquier persona que se conecte a esta red

⁸ Numeral 5.2, 5.7 y noveno párrafo del artículo 5º del Código de Ética del OSCE.

⁹ JUAN CARLOS MORON URBINA: Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ediciones Gaceta Jurídica Novena Edición Mayo del 2011 – Página 492.

¹⁰ RUPERTO PINOCHET OLAVE ha señalado: "Nos parece, siguiendo a Simó, que el camino adecuado para solucionar las deficiencias que han sido expuestas en la noción 'documento electrónico', puede estar en el cambio de la expresión 'electrónico' por 'informático', mucho más omnicomprendivo, este último término, a las posibilidades que ofrece la informática y que, en cuanto a soporte se refiere, comprende tanto los documentos que se archiven en soportes magnéticos como ópticos". El documento electrónico y la prueba literal publicado en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200012.

¹¹ CAROLA CANELO, RAUL ARRIETA, RODRIGO MOYA y RODRIGO ROMO: "El documento electrónico. Aspectos procesales" Revista Chilena de Derecho Informático N° 4-2004 – páginas 85-86.



QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
 COPIA FIEL DEL ORIGINAL
 QUE HE TENIDO A LA VISTA. 7/13
 REG. N° 101
 12 JUL 2012
 Patricia B
 PATRICIA LANDI BULLÓN
 FEDATARIO - OSCE
 Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 186 - 2012 - OSCE/PRE

mundial de comunicaciones y que cuente con los permisos apropiados para hacerlo"¹².

❖ Respecto al alcance probatorio de tales documentos¹³:

"(...) En el entendido que, desde el punto de vista jurídico, no cualquier documento puede cumplir las funciones probatorias y negociales(...), en doctrina, como una síntesis de las exigencias que se han determinado como deseables o exigibles al documento electrónico, se han destacado las siguientes características (...):

(...)En cuanto al documento:

- Debe garantizar la integridad de los datos que contiene, es decir, debe ser difícil realizar alteraciones en él, o al menos se debe poder, con cierta facilidad, detectar cambios o alteraciones fraudulentas en su contenido.
- Debe perdurar en el tiempo, para cumplir las funciones de archivo, prueba y publicidad.
- En el caso particular de la prueba literal, debe poder ser escrito (...).
- Debe permitir la suscripción por parte de sus autores, para poderse lograr la identificación de los autores y la autenticación de su contenido.

❖ Finalmente, el numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala:

Artículo 162° Carga de la prueba

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

❖ En base a las consideraciones expuestas, podemos señalar que los documentos aportados por el recusante, para probar una vinculación entre la árbitra Elena Paola Fune Zambrano y los asesores o funcionarios de la Entidad, por su sólo mérito no resultan concluyentes, por las siguientes razones:

- Se tratan de simples representaciones o impresiones de información electrónica o informática contenida en las páginas web de la Universidad Nacional de Trujillo, de Yahoo así como del link www.universidadperu.com, por tanto, corroborar su correspondencia, así como la autenticidad de los hechos que informan, requiere datos complementarios, bien, emitidos por los responsables o titulares de las referidas páginas web; o bien, confirmados por las personas a que hace referencia en su contenido; aspectos que no han sido aportados en la recusación, máxime cuando la árbitra recusada ha negado tales hechos.
- La impresión de la página web de transparencia de la Universidad Nacional de Trujillo, si bien reporta los nombres de la árbitra Elena Paola Fune Zambrano y del señor Eduardo José Bocanegra Alegría, como presuntos titulados de dicha Casa de Estudios, el caso es que se basa en una relación de un universo de 296 personas, con fechas de exámenes y Resoluciones de Consejo Universitario distintas en un periodo del 2000 al 2005, sin mencionar Facultad, turnos, aulas,

¹²<http://www.informaticamilenium.com.mx/paginas/definiciones/que-es-una-pagina-web.html>

¹³RUPERTO PINOCHET OLAVE: "El documento electrónico y la prueba literal" artículo publicado en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200012

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA. 8113
REG. N° 191

12 JUL 2012

Patricia B

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

entre otros datos. Por tanto, con tal dispersión de información no puede deducirse objetivamente alguna relación relevante y directa entre ambas personas.

➤ Respecto a la impresión de la página web de Yahoo y del link www.universidadperu.com, si bien reporta los nombres de la árbitra Elena Paola Fune Zambrano y de la señora Marina Rosalva Vásquez Hurtado, como presuntos integrantes de la misma agrupación política, no genera fiabilidad, puesto que el link de la web que tendría la agrupación (www.peruahora.org), no guarda información relacionada con su naturaleza¹⁴.

❖ Por todo lo expuesto, no puede concluirse que exista evidencia objetiva de una vinculación relevante entre la árbitra recusada Elena Paola Fune Zambrano con asesores y/o funcionarios de la Entidad; por cuyo motivo tampoco puede exigirse la obligatoriedad de revelar tal situación; razón por la cual, este extremo de la recusación debe declararse infundada.

iii ¿Existe un vínculo de amistad según se ha expuesto a través de la red social Facebook, entre la árbitra Elena Paola Fune Zambrano y el asesor de la Entidad señor Eduardo Bocanegra Alegría?. ¿Cumplió la citada árbitra con revelar tales hechos en el proceso arbitral?

1 A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos procesales, donde se prevé en forma expresa como causal de recusación la amistad o enemistad íntima de los jueces con las partes¹⁵, en el arbitraje en materia de contrataciones públicas, no se contempla de modo taxativo la relación amical de los árbitros como una situación pasible de recusación. No obstante ello, cuando dichos vínculos de amistad se asocian con circunstancias u hechos que pueden afectar la imparcialidad e independencia de los árbitros, entonces tal relación tendría relevancia para el arbitraje y eventualmente podría originar un motivo de recusación.

2 En doctrina¹⁶ se expone lo siguiente:

"(...) De Trazegnies (...) señala que en el Perú, dado que hemos estudiado en pocas universidades, gran parte de los abogados somos amigos personales unos de otros. De manera que si se quisiera aplicar prohibir la relación de amistad entre árbitros y abogados, nos quedaríamos rápidamente sin árbitros y nos encontraríamos en el absurdo caso de tener que recurrir a árbitros extranjeros.

"(...) Por otra parte, es muy común que en las audiencias arbitrales uno comparta esos espacios con los otros árbitros y con los abogados de las partes, y todos sean amigos o todos tengan alguna relación de cercanía, en virtud de lo que pueda haberse vivido a lo largo de los años de ejercicio profesional (...) Es evidente que si uno como árbitro tuviera relación de dependencia con otro árbitro, eso —en cierta forma— enervaría la independencia e imparcialidad. Incluso, en estos casos uno no debería aceptar el cargo de árbitro (...) Sin embargo, las relaciones de amistad con los otros árbitros no tienen por qué enervar el desempeño del árbitro en el respectivo proceso arbitral y aquí hacemos extensivos al tema nuestros comentarios en torno a las relaciones personales entre el árbitro y los abogados".

¹⁴Se ha efectuado una impresión de la página web (www.peruahora.org) visualizándose que corresponde a una página de venta de autos, equipos, casas, entre otros; y no un Movimiento Político.

¹⁵El numeral 1 del artículo 307º del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil del Perú señala lo siguiente:
"Causales de recusación.-

Artículo 307.- Las partes pueden solicitar que el Juez se aparte del proceso cuando:

1. Es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos (...)"

¹⁶MARIO CASTILLO FREYRE y RITA SABROSO MINAYA: El Deber de declaración en el Código de Ética del OSCE: Publicado en Revista de Arbitraje Jurisdicción Arbitral Año 1 N° 4 – Agosto 2011 – págs. 53-54.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 186-2012 - OSCE/PRE

- 3 En el presente caso, el Consorcio señala que en una búsqueda a través de la red social facebook, ha evidenciado una relación de amistad entre la árbitra recusada y el asesor de la Entidad, Eduardo José Bocanegra Alegría.

Sobre las redes sociales ISMAEL LOFEUDO Y NOEMÍ L. OLIVERA¹⁷ exponen lo siguiente:

"Podemos definir las Redes Sociales como estructuras basadas en un servicio desarrollado sobre Internet que permite a las personas construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema delimitado en el cual los individuos se interconectan e interactúan (...) Constituyen una forma de interacción social, definida como un intercambio dinámico entre personas, grupos, e instituciones, generalmente desconocidas entre sí (...).

Encontramos, sin embargo una característica del perfil que cobra particular relevancia en el ámbito de la web. Son los enlaces que vinculan perfiles y tienen por objeto propiciar las relaciones entre sujetos. Estos lazos o vínculos de 'amistad' entre los diferentes perfiles que pueden derivar de intereses compartidos por diferentes temáticas aseguran la expansión e inclusión de nuevos usuarios a la red social. Esto conlleva la incorporación de más información personal, que enriquece la base de datos de la empresa con la que luego se realizan múltiples negocios e investigaciones."

- 4 Por su parte MARITZA SOTO¹⁸ respecto a facebook señala:

"El poder de Facebook™, por ejemplo, se deriva de lo que Joff Rothschild, su vicepresidente de tecnología, llama el social graph(gráfico social), la suma de las variadas conexiones entre los usuarios del sitio y sus amigos; entre la gente y eventos; entre fotos y gente; y entre un inmenso número de objetos discretos conectados por metadata que los describe a ellos y a sus conexiones (...) Muy importante en Facebook™ es la popularidad adquirida. O mejor dicho, me hago más popular cuando muchos otros hace "clic" en mi perfil".

- 5 Según los criterios indicados, la Red Social (entre ellos el facebook) constituye un sitio web a través del cual los usuarios crean un perfil de carácter público o semipúblico, donde exponen datos, información, opiniones, fotos, etc.; en cuya virtud la estructura de la Red permite la interacción de sus usuarios multiplicando y expandiendo el ámbito de las conexiones y relaciones interpersonales.

- 6 Precisamente por la magnitud, variabilidad y complejidad de la estructura señalada, no necesariamente toda la información virtual compartida, retransmitida o interrelacionada, deba ser absolutamente fiable respecto de los hechos que se dan en la realidad en un tiempo y forma determinada.

- 7 Esto quiere decir que no bastarían los datos obtenidos del facebook para acreditar la veracidad de su contenido, para lo cual tendría que recurrirse a otros elementos complementarios. La siguiente casuística nos ilustra sobre el particular:

¹⁷ ISMAEL LOFEUDO Y NOEMÍ L. OLIVERA - Redes sociales y derecho. La cuestión vista desde la perspectiva de los principios jurídicos y del derecho argentino (http://www.gecsi.unlp.edu.ar/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1:ponencias-de-miembros-del-gecsi&Itemid=57).

¹⁸ MARITZA SOTO - Impacto de Facebook™ y otras redes de comunicación social en los procesos de reclutamiento y otros procesos de recursos humanos en el ámbito laboral (publicado en <http://quest.uprrp.edu/7quest/papers/MARITZA%20SOTO%20GARCIA.pdf>.)

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 191 19/13

12 JUL 2012

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

- ❖ En Inglaterra un miembro de un Jurado contactó por el facebook con una de las procesadas a la cual se juzgaba por delito de tráfico de drogas intercambiando información sobre el detalle del proceso. Tales hechos fueron informados a las autoridades correspondientes que aperturaron juicio de desacato contra la integrante del Jurado, quien admitió tal contacto con la procesada¹⁹.
- ❖ En Argentina, con motivo de resolver una recusación contra un Vocal de un Tribunal que venía juzgando determinados crímenes, cuyos familiares presuntamente habrían emitido declaraciones en facebook; se determinó su improcedencia, entre otros motivos, por no haberse acreditado la supuesta autenticidad y legitimidad de las declaraciones de los familiares del Juez emitidas en facebook²⁰.
- ❖ En el Perú, el Tribunal de Ética de la Sociedad Nacional de Radio y Televisión, resolvió una denuncia contra un medio de comunicación que se sustentaba en expresiones vertidas en facebook, para lo cual tomó en cuenta la información expresada en los perfiles de la referida Red así como otros elementos externos. Dicho sea de paso, en ese procedimiento se presentó un informe técnico para cuestionar la autenticidad del contenido de dichos perfiles²¹.

- 8 En ese orden de ideas, podemos señalar que si bien el reporte impreso del Perfil de facebook del señor Eduardo Bocanegra Alegría, señala que tiene como "amiga" a la persona de "Paola Fune" no se cuenta con otro medio complementario que permita validar tal información, restando credibilidad el hecho de que el nombre de la árbitra no aparezca completo y que tampoco se haya contrastado con su Perfil donde ella consigne como "amigo" al citado asesor. A esto cabe añadir, que en sus descargos la árbitra recusada no ha corroborado tales hechos.
- 9 Por tanto, no hay evidencia suficiente y objetiva que permita establecer un vínculo de amistad, entre la árbitra Elena Paola Fune Zambrano y el asesor de la Entidad señor Eduardo Bocanegra Alegría, por lo que tampoco podría haberse exigido su revelación, de modo que en este extremo también debe declararse infundada la recusación.

iv ¿Constituye causal de recusación el hecho de que la árbitra Paola Elena Fune Zambrano al momento de aceptar el cargo no habría contado con título profesional de abogada y habilitación vigente, y no habría pertenecido a un Colegio Profesional de Abogados?.

- 1 Aun cuando la árbitra recusada no se ha pronunciado sobre la veracidad de estos argumentos, es necesario analizarlos. El artículo 278° del Reglamento señala lo siguiente:

Artículo 278°.- Árbitros

"(...)

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados".

¹⁹Noticia publicada en el prestigioso Diario el Mundo de España y la BBC de Londres <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/06/14/internacional/1308066370.html> - <http://www.bbc.co.uk/news/uk-13751454>.

²⁰ Resolución Judicial del 14 de setiembre del 2010 publicada por el Centro de Información Judicial del Poder Judicial de Argentina en <http://www.cij.gov.ar/adi/acordados/ADI-0.371753001284478454.pdf>.

²¹ Resolución del Tribunal de Ética de la Sociedad Nacional de Radio y Televisión de fecha 13 de febrero del 2012 publicada en <http://www.snrtv.org.pe/doc/resolucion-queja%20004-2011.pdf>.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 186-2012 - OSCE/PRE

El requerimiento de idoneidad profesional para ejercer la función arbitral se limita, en el caso de los árbitros únicos y presidentes de tribunal, al cumplimiento de los requisitos señalados, dentro de los cuales no se encuentra el ser un abogado colegiado, con habilitación vigente para los fines gremiales.

En ese contexto, debe tenerse en cuenta que en el arbitraje donde se ventila la presente recusación, la árbitra Elena Paola Fune Zambrano no era árbitro único ni Presidenta de Tribunal Arbitral; por tanto, no puede alegarse como causal de recusación la exigencia de que la citada árbitra debía ser abogada colegiada y con habilitación vigente, por lo que en este extremo debe declararse infundada la recusación.

v ¿La árbitra Mary Amayo Córdova ha mantenido alguna relación de tipo laboral o profesional con el asesor de la Entidad Eduardo Bocanegra Alegría en distintas Instituciones del Estado?. ¿Cumplió con revelar tales hechos en el proceso arbitral?

- 1 Según se puede observar de la Resolución Gerencial General Regional N° 0074-2008-GRU-P-GGR del 26 de mayo del 2008 y de la Resolución Ejecutiva Regional N° 0409-2008-GRU-P del 28 de marzo del 2008, expedidos por el Gobierno Regional de Ucayali; la árbitra Mary Amayo Córdova y el señor Eduardo Bocanegra Alegría, prestaron servicios de carácter laboral en dicha Institución.*

Del mismo modo, según se constata de la Resolución de Presidencia N° 212-IGP/10 del 11 de agosto del 2010, expedida por el Instituto Geofísico del Perú, se delegó en ambas personas (abogados) la representación legal que ejerce el Presidente Ejecutivo del citado Instituto, a fin que participen en determinadas diligencias de carácter penal.

Resulta pues evidente que existía una relación de carácter laboral y/o profesional entre ambos profesionales, como consecuencia de los servicios brindados a las citadas Instituciones Públicas. Por tanto, corresponde verificar si la árbitra Mary Amayo Córdova cumplió con revelar tales hechos en el arbitraje donde se ventila la presente recusación.

- 2 Según se observa del escrito de fecha 22 de julio del 2010, con motivo de efectuar su deber de revelación en el arbitraje de donde deriva la presente recusación, la árbitra Mary Amayo Córdova no reveló algún tipo de relación que la vincule con el señor Eduardo Bocanegra Alegría. Dicho hecho resulta grave, toda vez que de la revisión del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 10 de setiembre del 2010, se observa que participaron la árbitra recusada y el señor Eduardo Bocanegra Alegría, éste último en representación de la Entidad, sin que en la audiencia ni con posterioridad, se haya revelado la relación que se ha indicado en el numeral anterior.*

- 3 Finalmente, conforme se señala en el punto controvertido ii) del presente informe, constituye una obligación de carácter ético y normativo que los árbitros revelen las relaciones relevantes que hayan mantenido con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje; por tanto, resulta evidente que la árbitra recusada ha incumplido dicho deber, con lo cual la recusación en este extremo debe ser declarada fundada.*





vi ¿La sanción disciplinaria impuesta a la árbitra Mary Amayo Córdova por una Institución Pública donde prestó servicios, genera dudas justificadas de su imparcialidad e independencia en el arbitraje?

1 Mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 0729-2008-GRU-P del 14 de mayo del 2008 del Gobierno Regional de Ucayali se impuso la sanción administrativa de cese temporal sin goce de remuneraciones por 12 meses a la árbitra Mary Amayo Córdova, en su calidad de ex servidora de dicha Institución, por cuanto encontrándose con licencia sin goce de haber, por capacitación no oficializada, mantuvo un vínculo laboral con otra Institución del Estado. Al respecto, la árbitra recusada señala que dicha sanción disciplinaria ha sido impugnada ante el Poder Judicial. Sin embargo, no adjunta el documento que acredite la impugnación señalada.

2 En principio, es pertinente señalar que la sanción disciplinaria de un servidor público, no constituye de por sí impedimento para ejercer la función arbitral, conforme los supuestos señalados en el artículo 279° del Reglamento. Tampoco se advierte impedimento en las normas del empleo público y de régimen de carrera al cual pertenecía la árbitra Mary Amayo Córdova, a saber:

- ❖ Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público.
- ❖ Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.
- ❖ Decreto Legislativo N° 276, que aprueba la Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público así como en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM (Régimen de carrera).
- ❖ Ley N° 27588, Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos así como de las personas que prestan servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.

3 Por otro lado, el hecho de que una sanción de cese derivada de un proceso disciplinario impuesta por la Administración Pública a su personal pueda generar dudas de imparcialidad e independencia en un proceso arbitral pasaría previamente por dilucidar si existe algún nexo o vinculación entre ambos procesos o un interés o desvío de preferencias del árbitro respecto de la materia controvertida, las partes, árbitros y otros, que puede afectar el desempeño arbitral.

4 En ese contexto, los hechos de que trata la Resolución que sanciona a la árbitra, no tienen relación directa o indirecta con la materia del arbitraje de donde deriva la presente recusación. El Gobierno Regional de Ucayali no es parte del proceso arbitral y por último, tampoco se ha probado alguna actuación concreta de la árbitra Mary Amayo Córdova que denote cierto desvío de preferencias a favor o en contra de una de las partes del proceso que pueda afectar la imparcialidad e independencia de la función arbitral; por lo que en este extremo, la recusación debe declararse infundada.

Que, si bien es cierto que una de las finalidades que procura la recusación es el apartamiento del árbitro al haberse descalificado su idoneidad para el proceso; ello no podría efectivizarse en



QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA. 13/1
 REG. N° 129
 12 JUL 2012
 Handi B
 PATRICIA LANDI BULLÓN
 FEDATARIO - OSCE
 Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 186 - 2012 - OSCE/PRE

tanto las árbitras recusadas formularon su renuncia, de modo que en este supuesto, aun cuando existan fundamentos objetivos que hubieran permitido declarar infundada la presente recusación respecto de la árbitra Elena Paola Fune Zambrano y fundada respecto de la árbitra Mary Amayo Córdova; al existir una causa sobrevenida con posterioridad al inicio del procedimiento, corresponde dar por concluido el mismo, al amparo de lo señalado en el numeral 186.2 del artículo 186° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General²²;

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 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 Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje 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;



SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DAR POR CONCLUIDO el procedimiento de recusación iniciado a solicitud del Consorcio Nuevo Mundo contra las árbitras Elena Paola Fune Zambrano y Mary Amayo Córdova, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Notificar la presente Resolución a las partes, así como a las árbitras recusadas.

Artículo Tercero.- Publicar la presente Resolución en el Portal Institucional del OSCE (www.osce.gob.pe).



Regístrese, comuníquese y archívese.

MAGALI ROJAS DELGADO
 Presidenta Ejecutiva

²² Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General - Artículo 186°.- Fin del Procedimiento: 186.2.- También pondrán fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo.

REG. N° 048 - 2012 - OSCEPRR
PATROIA LARIBI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
12 JUL 2012
QUE HE TRAYO A LA VISTA



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 186-2012 - OSCEPRR

En el marco de la Ley N° 31344, Ley del Procedimiento Administrativo General, y el artículo 186 del Reglamento de la Ley N° 31344, Ley del Procedimiento Administrativo General, se declara concluido el proceso de selección de proveedores para la adquisición de bienes muebles de uso común, en el marco del artículo 186 del Reglamento de la Ley N° 31344, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Que el artículo 186 del artículo 186 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, concordante con el literal b) del artículo 7° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 759-2011-PCM, establece como una función del OSCE designar árbitros y resolver controversias sobre las mismas en arbitraje que no se encuentren sometidos a una instancia judicial, en la forma establecida en el Reglamento de la Ley;

Que de acuerdo con el literal b) del artículo 11° del artículo 11° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, en materia de su Presidente Ejecutivo, resolver las controversias inherentes a las contrataciones o derivados de conformidad con la normativa de contrataciones con el Estado;

Estando a lo expuesto y de conformidad con el literal b) del artículo 186 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PE, el Decreto PCM de Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PE, el Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba el arbitraje y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2002-CONJUR-02, y con el voto de la Dirección de Arbitraje Administrativo y la Oficina de Asesoría Jurídica;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DAR POR CONCLUIDO el procedimiento de selección iniciado a instancia del Consorcio Suroeste S.A. para la adquisición de bienes muebles de uso común y MRP, de conformidad con las normas expuestas en la presente Resolución de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Negar la presente Resolución a las partes, así como a los árbitros involucrados.

Artículo Tercero.- Revocar la presente Resolución en el Portal Institucional del OSCE (www.osce.gob.pe).

MAGALLI ROSAS DÍAZ
Presidenta Ejecutiva

La presente Resolución es de carácter administrativo y no tiene efectos de fuerza ejecutiva. En caso de no haberse cumplido con lo establecido en la presente Resolución, se procederá a la denuncia de la misma.