



HE COMPROBADO, PREVIO A SU USO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 214 1/3
25 JUL 2012
PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 200-2012 - OSCE/PRE

Jesús María, 25 JUL. 2012

SUMILLA: Al ser la recusación una herramienta de carácter instrumental dispuesta a favor de las partes para que motivadamente el árbitro se aparte del conocimiento y la posibilidad de resolver una controversia, es evidente que las circunstancias en las que se fundamenta, deben ser acreditadas fehacientemente, en forma objetiva y coherente, de modo tal, que se determine en forma incontestable que constituyen situaciones realmente cuestionables.

VISTOS:

La solicitud de recusación del 10 de abril de 2012, formulada por la empresa GMD S.A., contra el abogado Jorge Elías Danós Ordóñez (Árbitro Único) (Expediente de Recusación N° R014-2012), el escrito de absolución presentado por el citado profesional, el presentado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT y, el Informe N° 050-2012-OSCE/DAA del 31 de mayo 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 21 de febrero de 2011, la SUNAT y la empresa GMD S.A., (en adelante "GMD") suscribieron el Contrato N° 044-2011-2G3600 - PRESTACIÓN DE SERVICIOS para la "Prestación del servicio de mesa de ayuda", derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0081-2010-SUNAT/SG3500 - Primera Convocatoria;

Que, al surgir controversias entre SUNAT y GMD, derivadas de la ejecución del citado contrato y, ante la falta de acuerdo de las partes, mediante Resolución N° 056-2012-OSCE/PRE del 07 de marzo de 2012, el OSCE designó al abogado Jorge Elías Danós Ordóñez, como árbitro único encargado de resolverlas;

Que, el 10 de abril de 2012, GMD formula ante el OSCE una recusación contra el citado árbitro;

Que, notificados con la recusación, la SUNAT y el abogado Jorge Elías Danós Ordóñez, absuelven su traslado mediante escritos presentados el 19 y 24 de abril del 2012 respectivamente, manifestado el segundo de los citados, su decisión de renunciar al cargo de árbitro único;

a) Posición de la Parte Recusante (GMD)

Que, GMD sustenta su recusación en una presunta falta de imparcialidad e independencia del árbitro recusado, según los siguientes fundamentos:

- i) El Estudio Echecopar, del cual es socio el abogado Jorge Elías Danós Ordóñez, brinda asesoría permanente a Entidades del Estado y en particular a Entidades que pertenecen a la cartera del Ministerio de Economía y Finanzas, Sector al que pertenece la SUNAT, circunstancia que genera duda razonable acerca de la imparcialidad del árbitro único.



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

REG. N° 214 217

25 JUL 2012

Patricia B

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

ii) El 17 de noviembre de 2010, el abogado Jorge Elías Danós Ordoñez elaboró un informe a pedido de la Oficina de Normalización Previsional – ONP (en adelante “ONP”), emitiendo una opinión desfavorable a GMD (en consorcio con la empresa RANSA), teniendo el citado abogado - a decir de la recusante - pleno conocimiento que su informe sería utilizado como medio probatorio en el proceso arbitral seguido por la ONP en contra del citado consorcio.

iii) El Estudio Echeconpar (del cual es socio el árbitro único), patrocina a la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A., (en adelante “EGEMSA”) en el proceso arbitral seguido en contra de G y M S.A., (en adelante “G y M”), sociedad que al igual que GMD tiene como accionista mayoritario a Graña y Montero S.A.A., (Empresa holding del Grupo Graña y Montero). Así, con fecha 16 de enero de 2012, el Estudio Echeconpar elaboró la demanda arbitral presentada en contra de G y M, atribuyendo a esta empresa una actuación dolosa - omitir intencionalmente el incremento del plazo de ejecución de obra- destinada a inducir a error a EGEMSA, a fin de obtener supuestos beneficios ocultos.

b) **Posición de la Parte Recusada (descargos presentados por el árbitro)**

Que, sobre la recusación formulada en su contra, el árbitro Jorge Elías Danós Ordoñez señala que no existe motivo para que se genere alguna duda justificada respecto a su imparcialidad o independencia; sin perjuicio de ello, manifiesta su decisión de renunciar a su condición de árbitro único.

c) **Posición de la contraparte en el arbitraje (SUNAT)**

Que, SUNAT señala lo siguiente:

i) El hecho que el abogado Jorge Elías Danós Ordoñez brinde, a decir de la recusante, permanente asesoría a Entidades del Estado, en particular al Ministerio de Economía y Finanzas, no constituye una duda justificada ni razonable que permita suponer que favorecerá en su calidad de árbitro a la SUNAT, sino más bien una conjetura que no ha sido acreditada por GMD en su solicitud de recusación.

ii) El hecho que el citado abogado haya elaborado un informe que contenía una opinión desfavorable para el Consorcio formado por GMD y la empresa RANSA - presentado como prueba en el proceso arbitral seguido entre el Consorcio y la ONP - no constituye una circunstancia que genere dudas justificadas o razonables de la imparcialidad e independencia del citado profesional, más aún cuando es la misma recusante, quien en su escrito de recusación reconoce que el abogado no patrocinó a ninguna de las partes en el referido proceso arbitral.

iii) El hecho que el abogado Jorge Elías Danós Ordoñez sea socio principal del Estudio Echeconpar, y que este Estudio haya elaborado una demanda arbitral contra G y M, en la que emplean calificativos duros contra esa parte, no constituye una duda justificada o razonable que permita cuestionar la imparcialidad e independencia del citado profesional, más aún cuando el citado abogado no suscribió el citado escrito.

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:



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 200-2012 - OSCE/PRE

1. El arbitraje, según el convenio arbitral contenido en la cláusula décimo sexta¹ del contrato objeto de controversia, es de derecho y ad hoc² por lo que las partes determinan libremente las reglas a las que debe someterse el árbitro único, siempre que éstas no contravengan normas de orden público.
2. El marco normativo vinculado al arbitraje del cual deriva la presente recusación, corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante "la Ley"), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante "el Reglamento"), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma 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 (en adelante el "Código de Ética").

3. En ese orden de ideas, los aspectos relevantes, identificados en la presente recusación, que serán motivo de análisis son:

i) **Determinar si el hecho que el Estudio Ehecopar brinde asesoría a las instituciones pertenecientes al Sector Economía y Finanzas, al cual está adscrito la SUNAT, constituye causal de recusación, en tanto el árbitro único es socio del estudio.**

1. La recusación se sustenta en la existencia de dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro recusado. Al respecto, conforme a lo dispuesto por el numeral 3) del artículo 225° del Reglamento³, se podrá recusar a los árbitros cuando existan dudas justificadas respecto de su independencia o imparcialidad y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa.
2. Del mismo modo, la "LA"⁴ es clara en señalar en el inciso 3) de su artículo 28°, que un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. Por su parte el artículo 3° del Código de Ética⁵ establece los principios que deben guiar el accionar de los árbitros, entre los que

¹ La cláusula décimo sexta del Contrato N° 044-2011-2G3600 señala: "Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175° y 177° de EL REGLAMENTO o, en su defecto, en el artículo 52° de la LEY.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del EL REGLAMENTO. El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

² Al no haberse consignado en el convenio arbitral, que la organización y administración del arbitraje estará a cargo de una Institución Arbitral determinada, corresponde que la controversia se resuelva mediante arbitraje ad hoc, de conformidad con lo señalado en el artículo 216° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF que indica: "Si en el convenio arbitral incluido en el contrato no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá en un arbitraje ad hoc, El arbitraje ad hoc será regulado por las Directivas sobre la materia que para el efecto emita el OSCE".

³ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
"Artículo 225° del Reglamento
Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas:

(...)
3) 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".

⁴ Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje
"Artículo 28°.- Motivos de abstención y de recusación.

(...)
3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.

(...)"
⁵ Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

"Artículo 3°.- Principios
El árbitro deberá salvaguardar y guiar su accionar de conformidad con los siguientes principios:



encontramos el de independencia e imparcialidad, señalando respecto del primero que el árbitro debe conducirse con libertad y autonomía en el ejercicio de sus funciones, sin aceptar presiones extrañas y/o interferencias de cualquier índole, y sobre el segundo, que el árbitro deberá evitar cualquier relación personal, profesional o comercial que pudiera afectar su imparcialidad o que razonablemente pudiera suscitar la apariencia de parcialidad respecto de las partes.

3. A nivel normativo entonces se ha destacado la importancia de los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros, debido a que es la confianza que las partes depositan en éstos, la que permite motivar su voluntad hacia el uso de esta herramienta en la solución de controversias, constituyéndose por tanto, como su eje esencial.
4. Ahora bien, respecto a los alcances doctrinarios sobre los principios de independencia e imparcialidad, podemos citar a JOSE MARIA ALONSO PUIG⁶ cuando señala 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".

Del mismo modo, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS⁷, 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 implica 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 (...)"

5. De lo expuesto, podemos resaltar que al ser la recusación una herramienta de carácter instrumental dispuesta a favor de las partes para que motivadamente el árbitro se aparte del conocimiento y la posibilidad de resolver una controversia, es evidente que las circunstancias en las que se fundamenta deben ser acreditadas fehacientemente, en forma objetiva y coherente, de modo tal, que se determine en forma incontestable que constituyen situaciones realmente cuestionables.

3.1. Principio de Independencia. El árbitro deberá conducirse con libertad y autonomía en el ejercicio de sus funciones, sin aceptar presiones externas y/o interferencias de cualquier índole.

3.2. Principio de Imparcialidad. El árbitro deberá evitar cualquier relación personal, profesional o comercial que pudiera afectar su imparcialidad o que razonablemente pudiera suscitar la apariencia de parcialidad respecto a las partes.

⁶ Alonso Puig, José María (2006). La independencia e imparcialidad de los árbitros. Revista Peruana de Arbitraje, Tomo 2, Editorial Jurídica Grijley, p. 98.

⁷ Fernández Rozas, José Carlos (2010). Contenido Ético del Oficio de Árbitro. Congreso Arbitraje La Habana 2010, p. 14-15.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 200-2012 - OSCE/PRE

En esa línea, si bien en el caso de autos, GMD refiere que el Estudio Echecopar del cual es socio el árbitro recusado, brinda asesoría permanente a las instituciones del Estado pertenecientes al Sector del Ministerio de Economía y Finanzas - al que pertenece la SUNAT -, dicha parte no ha cumplido con acreditar que la SUNAT, que es parte en el proceso arbitral del cual deriva la presente recusación, sea beneficiada con tal asesoría de manera directa; ni los límites que tendría la misma, de ser el caso.

6. Resulta relevante considerar que los árbitros, por el quehacer jurídico, se encuentran frecuentemente asociados a diversos vínculos de naturaleza profesional, los mismos que deben ser analizados atendiendo a cada caso en particular, a fin de determinar las reales implicancias que eventualmente podrían conllevar a considerar una conducta o circunstancia como una causal recusable.

En consecuencia, podemos advertir que los argumentos señalados por GMD, sobre la existencia de dudas justificadas de la imparcialidad e independencia del árbitro, en tanto su condición de socio del Estudio Echecopar, no son concretos ni categóricos y por tanto no constituyen per se causales para declarar fundada la presente recusación, más aún cuando se ha omitido el onus probandi (carga natural de quién intenta formular una recusación).

- ii) Determinar si el hecho que el árbitro, en su condición de abogado y socio del Estudio Echecopar, haya emitido un informe en el proceso arbitral seguido entre la ONP y el Consorcio conformado por GMD y la empresa RANSA, puede motivar una recusación.

1. Corresponde analizar si las opiniones vertidas por el abogado Jorge Elías Danós Ordoñez en un proceso ajeno al que vincula a las partes (el actual), puede dar lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de su labor como árbitro. Al respecto, es preciso remitirnos al desarrollo doctrinario alcanzado sobre el particular⁸ que refiere:

"(...) Si ha emitido informe, dictamen, opinión o dado recomendación a una de las partes respecto de la controversia objeto de arbitraje (...)

Puede ser recusado el futuro árbitro que no declare formalmente que con relación al conflicto que se pretende someter a su juicio arbitral, él ya tuvo una relación profesional diferente a la de árbitro. Pues brindó sus servicios profesionales asesorando, emitiendo dictámenes u opinando o simplemente recomendando algún curso de acción respecto de ese conflicto a una de las partes".

2. De lo expuesto, se desprende que constituye una causal para motivar la recusación, cuando se verifica la existencia de una opinión emitida por árbitro - en su ejercicio profesional - sobre el modo o forma de la materia controvertida, que luego las partes sometieron a su conocimiento y resolución.

En el caso de autos, es evidente, por los hechos expuestos, que la posición esgrimida por el abogado Jorge Elías Danós Ordoñez fue respecto a una circunstancia ajena a la materia controvertida en el proceso arbitral del cual deriva la presente recusación; a lo que debe agregarse la consideración que el citado profesional no actuó como abogado encargado de la defensa de la ONP, limitando su participación a la emisión de un informe, el cual, como señala la misma recusante, no tuvo incidencia en la decisión del Tribunal Arbitral al momento

⁸ Castillo, M., y Sabroso, R. (2009). Independencia, Imparcialidad, Deber de Declaración y Recusación en el Arbitraje del Estado. Recuperado el 25 de mayo de 2012, de: <http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/Independencia,%20imparcialidad.pdf>



de la emisión del laudo.

Así, la sola emisión de una opinión de contenido jurídico por parte del abogado Jorge Elías Danós Ordoñez, en las circunstancias descritas por GMD, no engarza en el supuesto requerido por la doctrina para ser recusable. De otro lado, se puede concluir que podría ser aceptada como duda ciertamente razonable, en tanto la misma esté relacionada en forma directa con la controversia que vincula a las partes, no siendo dicha situación la descrita, no existiendo entonces fundamentos para amparar la recusación en este extremo.

iii) **Determinar si el patrocinio del Estudio Echeopar a la empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. (EGEMSA), en un proceso contra G y M S.A., el cual al igual que GMD tiene como accionista mayoritario a Graña Montero S.A.A, genera dudas justificadas sobre la falta de independencia e imparcialidad del árbitro al momento de resolver la controversia.**

1. En relación a la materia controvertida, es preciso analizar si al presente supuesto le resulta aplicable la teoría del "grupo de sociedades", también denominada "conductas alter ego", "rasgado o descorrimiento del velo societario", que permite ver el conjunto de los intereses y relaciones económicas reales que existen detrás de la forma societaria. La teoría, implica citar como demandado a quién aparentemente no es parte en el negocio contractual, pero cuya naturaleza o consecuencias se discute en el proceso arbitral.

2. Al respecto FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA⁹ refiere que:

"(...) tal "desvelamiento" sólo puede admitirse como un recurso excepcional, debido a que si se generalizara, implicaría la destrucción de la sociedad anónima como persona jurídica; lo que equivale a decir, en la práctica, la destrucción de la forma societaria de responsabilidad limitada, con todas las consecuencias que ello implicaría para el sistema económico liberal-capitalista que predomina en nuestro tiempo. Por consiguiente, las razones para arrancar el velo societario tienen que ser muy graves y específicas. Esto significa que los criterios para que un juez admita rasgar el velo societario tienen que ser trabajados con suma ponderación, de manera que muestren la excepcionalidad del caso".

3. Así, en el caso de autos, si bien de los hechos descritos, se colige que tanto GMD y G y M tendrían como accionista mayoritario a Graña Montero S.A.A., claramente se advierte que la controversia materia del proceso arbitral no las vincula; de ahí que, bajo ese escenario sería errado presumir que la situación descrita por GMD se encuentra inmersa dentro de los alcances de la teoría del grupo de sociedades, no siendo, en consecuencia, argumento para una recusación.

Que, sin perjuicio de lo antes señalado, en tanto el árbitro recusado ha formulado su renuncia y siendo que la naturaleza del caso es un procedimiento administrativo regulado prima facie por las normas de Contrataciones del Estado y, supletoriamente por las normas establecidas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, corresponde dar por concluido el mismo, al amparo de lo señalado en el numeral 186.2 del artículo 186° de la citada Ley, aun cuando, conforme se ha analizado, no existen los fundamentos objetivos que hubieran permitido amparar la recusación presentada;

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

⁹ De Trazegnies Granda, Fernando (2004). El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje. Recuperado el 25 de mayo de 2012, de <http://macareo.pucp.edu.pe/trazeg/afjaa.htm>.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJ
 QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
 ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
 QUE HE TENIDO A LA VISTA. 7/

REG. N° 214

25 JUL 2012
 Patricia Bullón

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 200-2012 - OSCE/PRE

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 conformidad con la normativa de contrataciones con el Estado;

Estando a lo expuesto, y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, 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 formulado por la empresa GMD S.A., contra el abogado Jorge Elías Danós Ordóñez, árbitro único encargado de resolver las controversias surgidas entre la recusante y la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, 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 OSCE.

Regístrese, comuníquese y archívese.



MAGALI ROJAS DELGADO
 Presidenta Ejecutiva

