



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 313-2012 - OSCE/PRE

Jesús María, 05 OCT. 2012

SUMILLA:

Al ser la recusación una herramienta de carácter instrumental dispuesta a favor de las partes a fin de que puedan motivar que un árbitro se aparte del conocimiento y de 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 que constituyen situaciones realmente cuestionables.

De ahí que, el sólo mérito de las publicaciones en páginas Web no resulta concluyente para fundamentar una recusación, en tanto su alcance como medio probatorio requiere de datos complementarios, los cuales deben ser emitidos por los responsables o titulares de dichas páginas o, por las personas a que hace referencia su contenido.

VISTOS:

La solicitud de recusación del 07 de diciembre de 2011, formulada por la Asociación Civil Educativa del Norte contra el Tribunal Arbitral Ad Hoc conformado por los árbitros Jorge Horacio Cánepa Torre (Presidente), Jorge Balbi Calmet (Árbitro) y Juan Huamani Chávez (Árbitro) (Expediente de Recusación N° R069-2011), los escritos de absolución presentados por los citados profesionales y por la Oficina de Normalización Previsional - ONP y, el Informe N° 058-2012-OSCE/DAA del 18 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 01 de febrero de 2010, la Oficina de Normalización Previsional - ONP (en adelante "ONP") y la Asociación Civil Educativa del Norte (en adelante la "Asociación"), suscribieron el Contrato de Arrendamiento N° 02-S007-013-09-001-009/10;

Que, surgida una controversia, en aplicación de lo dispuesto en la Cláusula Decimonovena del referido contrato, el 15 de junio de 2011 se instaló el Tribunal Arbitral Ad Hoc conformado por los señores Jorge Horacio Cánepa Torre (Presidente designado por los árbitros de parte), Jorge Balbi Calmet (árbitro designado por la ONP) y Juan Huamani Chávez (árbitro designado por la Asociación);

Que, mediante escrito del 07 de diciembre de 2011, subsanado el 22 de diciembre del mismo año, la Asociación formula ante el OSCE, una recusación contra el Tribunal Arbitral;

Que, notificados con la recusación, los árbitros Juan Huamani Chávez y Jorge Horacio Cánepa Torre absolvieron el traslado mediante escritos del 05 de enero de 2012, mientras que la ONP y el abogado Jorge Balbi Calmet hicieron lo propio, con escritos del 09 y 17 de enero de 2012 respectivamente;

a) Posición del recusante:

La recusación se sustenta en la presunta existencia de dudas respecto a la imparcialidad, transparencia e idoneidad de los árbitros, según los siguientes fundamentos:



1. Respecto del árbitro Jorge Balbi Calmet:

La Asociación alega que el árbitro designado por la ONP (Entidad adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas) no cumplió con informar que mediante Resolución Suprema N° 276-2011-PCM del 19 de setiembre de 2011, fue designado como miembro del Consejo Directivo del Directorio del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante "INDECOPI"), en representación de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Asimismo, señala que el árbitro no reuniría los requisitos de integridad, honradez, moralidad y transparencia, al haber denotado las siguientes conductas:

- Estar involucrado en la presunta comisión del delito de homicidio en grado de tentativa, en agravio de un policía de tránsito; con el subsecuente intento de fuga y la comisión del delito de lesiones leves en agravio de los efectivos policiales.¹
- Intentar sorprender al Tribunal Constitucional, al pretender dolosamente que se declare la nulidad de un acto procesal (notificación), a fin de favorecer a su patrocinada, la empresa Telefónica del Perú S.A.A.
- Estar involucrado en casos de corrupción en la Dirección del Club Universitario de Deportes².

Finalmente, añade que el hecho que el árbitro recusado tenga como consultores de su empresa, a los abogados Julio Fernández Bartolomé y Carlos Celis Osoreo, le genera dudas justificadas que comprometen su imparcialidad; en tanto dichos profesionales mantienen a su vez, estrechas vinculaciones con el señor Alberto Felipe Ortiz Prieto, ex rector y Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Chiclayo, quién, a decir de la recusante, se encontraría comprometido con los actos que generaron la controversia³ que motivó el proceso arbitral del cual deriva la presente recusación.

2. Respecto al árbitro Jorge Horacio Cánepa Torre:

La Asociación alega que el árbitro recusado tiene una cuestionable y poco transparente trayectoria personal, política y profesional, ya que se le sindicó como autor mediato de la comisión del delito de fraude electoral, en tanto supuestamente habría organizado el proceso de adulteración masiva de actas electorales del proceso electoral del año 1995⁴, con el fin de

¹ Información que a decir de la recusante, se encontraría publicada en la Web del diario El Comercio, mediante Nota de Prensa de fecha 04 de diciembre de 2011.

² Información que a decir de la recusante se encontraría publicada en la página Web denominada "Garra Crema.Com".

³ La controversia que motivó el arbitraje del cual deriva la presente recusación, es la resolución por parte de la ONP, del contrato de arrendamiento suscrito con la Asociación. La ONP alega que la empresa contratada para realizar los trabajos de remodelación y acondicionamiento del local arrendado, Echesa S.R.L., se encuentra imposibilitada de efectuar tales labores, debido a los ataques proferidos por la Universidad de Chiclayo, que arrienda los pisos superiores del citado local. En ese sentido, la Asociación señala que el señor Alberto Felipe Ortiz Prieto, Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Chiclayo, se habría coludido con la empresa Echesa S.R.L., a fin de que ésta no efectúe la remodelación del local, motivando la resolución del contrato de arrendamiento suscrito con la ONP, posibilitando que los funcionarios de la ONP pretendan el reconocimiento de pagos por daños y perjuicios, por gastos que nunca se realizaron en su local.

⁴ Al respecto la recusante señala: "(...) existiendo serios cuestionamientos como el escandaloso hecho del "HUANUCAZO" donde se le sindicó como autor y fue absuelto por la Sala del inefable Alejandro Rodríguez Medrano (...)"



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 313 - 2012 - OSCE/PRE

favorecer a la organización política Cambio 90 - Nueva Mayoría⁵.

Por otro lado, la Asociación refiere que existen dudas sobre la imparcialidad del árbitro, toda vez que en su calidad de presidente de Tribunal Arbitral, permitió que en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento Procesal, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, se verificaran conductas que denotaban un trato preferencial hacia el abogado de la ONP, señor Braulio Iván Rosillo Larios⁶.

3. Respecto al árbitro Juan Huamani Chávez:

La recusante señala que existen dudas justificadas que comprometen la imparcialidad del árbitro, en tanto en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento Procesal, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, habría sostenido una conversación amical, amplia y fluida con el abogado de la ONP, señor Braulio Iván Rosillo Larios, quién a decir de la recusante, se encontraría en ventaja en el proceso del cual deriva la presente recusación, en su condición de árbitro del OSCE y "colega de los miembros del Tribunal Arbitral".

Finalmente, la Asociación alega que los árbitros han trasgredido el Reglamento de Arbitraje y el Acta de Instalación, al haber dejado sin efecto la demanda arbitral y los medios probatorios que ofreciera, ante la negativa de la ONP de subrogarse en el pago de los gastos arbitrales que correspondía asumir.

b) Posición de la Parte Recusada (descargos presentados por los árbitros):

1. El árbitro Juan Huamani Chávez absolvió la recusación dentro del plazo legal, señalando que ésta debe ser declarada infundada, toda vez que el hecho de pertenecer a la lista de árbitros de una institución arbitral, no supone la existencia de relación alguna entre los profesionales que la integran.
2. El árbitro Jorge Horacio Cánepa Torre absolvió la recusación dentro del plazo legal, precisando que ésta debe ser declarada infundada, en tanto los hechos señalados por la Asociación, no sólo no configuran alguna de las circunstancias cuya revelación está sujeta al cumplimiento del deber de información; sino que además, han sido objeto de un pronunciamiento a nivel judicial, declarándosele exento de responsabilidad por la comisión del delito de fraude electoral. Añade, que el pertenecer conjuntamente con otros profesionales al registro de árbitros del OSCE, no es motivo suficiente para acreditar la existencia de dudas sobre su imparcialidad, y no es causal de recusación.
3. Finalmente, mediante escrito presentado el 17 de enero de 2012, el árbitro Jorge Balbi Calmet absuelve la recusación formulada en su contra; sin embargo, cabe señalar que los argumentos contenidos en dicho escrito, no pueden ser tomados en cuenta en el presente análisis, toda vez que fueron formulados extemporáneamente.

c) Posición de la contraparte en el arbitraje (ONP)

1. La ONP solicita que se desvirtúen los argumentos señalados por la Asociación, ya que dicha

⁵ Información que según la recusante, se encontraría publicada en la Web del diario La República con fecha 17 de julio de 2005; así como en otras páginas web, cuyo contenido transcribe, sin precisar la fuente y dirección correspondiente.

⁶ Profesional que según la Asociación: "(...) resulta ser ARBITRO adscrito a la OSCE [sic] y colega de los miembros del Tribunal Arbitral (...)".



parte l fundamenta su solicitud en aspectos que no afectan la independencia, imparcialidad y deber de información que mantienen los árbitros; pretendiendo por este medio, cuestionar decisiones emitidas por el Tribunal Arbitral y entorpecer el desarrollo del proceso arbitral.

Así, respecto de los hechos alegados por la Asociación refiere que:

- El árbitro Jorge Balbi Calmet no se encontraba en la obligación de informar a las partes, su designación como miembro del Consejo Directivo del Directorio de INDECOPI en representación de la Presidencia del Consejo de Ministros, toda vez que el INDECOPI no tiene relación con la ONP.
- No se ha demostrado objetivamente que los abogados Jorge Balbi Calmet y Jorge Horacio Cánepa Torre, se encuentren inmersos en hechos que constituyan infracciones al Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado; o, en la comisión y/o condena por delitos que desacrediten su actuación como árbitros.
- Argumentar una supuesta vinculación entre los árbitros recusados y el abogado Braulio Iván Rosillo Larios (quien fuera abogado de la ONP) a raíz de su pertenencia al listado de árbitros del OSCE, no tiene sustento normativo ni real.
- Los árbitros han actuado en estricto cumplimiento de las reglas arbitrales aceptadas por ambas partes, así como del marco normativo correspondiente; fundamentando sus decisiones en la documentación presentada por las partes y en la acción e inacción de las mismas;

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 arbitraje, según el convenio arbitral contenido en la Cláusula Decimonovena del Contrato objeto de controversia, es de derecho y ad hoc; por lo que las partes determinan libremente las reglas a las que debe someterse el Tribunal Arbitral.
2. El marco normativo vinculado al arbitraje, aplicable para resolver 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 "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. Los aspectos relevantes identificados en la recusación, que deben ser motivo de análisis son:
 - i) Determinar si las denuncias y otros hechos alegados por la Asociación, respecto de los abogados Jorge Horacio Cánepa Torre y Jorge Balbi Calmet, constituyen circunstancias suficientes que permitan cuestionar su idoneidad para ejercer la función arbitral.
1. La recusante alega la falta de idoneidad de los abogados Jorge Horacio Cánepa Torre y Jorge Balbi Calmet para el ejercicio de la función arbitral, en tanto la Asociación considera que su



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 313-2012 - OSCE/PRE

trayectoria personal, política o profesional se encuentra cuestionada, en virtud de denuncias y otros hechos.

2. Corresponde entonces, analizar tales circunstancias a fin de determinar objetivamente, si existen elementos suficientes para motivar que los árbitros recusados se aparten del conocimiento del proceso arbitral por las causas alegadas; para lo cual previamente verificaremos el sustento legal de la recusación materia de análisis.
3. Sobre el particular, es preciso señalar que el Reglamento en el artículo 224° regula la obligación de los árbitros designados de realizar una declaración expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, su capacidad profesional en lo que concierne a contar con conocimientos suficientes para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, así como sobre la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria; obligación que de ser incumplida, constituye causal de recusación conforme a lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 225° del citado Reglamento.
4. Por su parte, el Código de Ética alude también al tema en cuestión en su artículo 4°, disponiendo que la aceptación al cargo de árbitro implica entre otros requisitos, tener la capacidad personal y profesional para resolver la controversia objeto del arbitraje.
5. De lo expuesto podemos concluir que, si bien nuestro ordenamiento jurídico ha regulado los alcances de la idoneidad de los árbitros, legislativamente no se ha reparado en determinar qué debe entenderse por tal concepto; por lo que resulta necesario remitirnos a la doctrina autorizada para tal fin.
6. Así en líneas generales, podemos citar a GUILLERMO CABANELLAS⁷, que al definir la idoneidad señala:

“(…) Calidad de idóneo (…) adecuado o con condiciones para el caso (...)
 (...) La idoneidad implica un complejo de circunstancias que van desde la comprobación de condiciones físicas y del cumplimiento de requisitos complementarios a la demostración de dotes para el cargo o encargo. Otras veces sólo la práctica, la experiencia coronada por resultados satisfactorios acredita la idoneidad del sujeto o del objeto que ha de elegir o emplear (...).”
7. Adicionalmente, desde la perspectiva del arbitraje, podemos citar también a FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY⁸ cuando refiere lo siguiente:

“A efectos de garantizar la constitución de tribunales arbitrales idóneos, todas las legislaciones arbitrales imponen requisitos mínimos que deberán cumplir aquellas personas que deseen actuar como árbitros. Generalmente estos requisitos están referidos a la edad y la capacidad civil, la nacionalidad y las calificaciones profesionales del árbitro (...).”
8. Asimismo, en la doctrina nacional,⁹ al comentar el numeral 3° del artículo 28^{o10} de la “LA”, sobre motivos de abstención y recusación, se señala:

⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo (2003): Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta, 29° Edición, Tomo 4, p. 366.

⁸ Cantuarias Salaverry, Felipe (2006). Requisitos para ser árbitros, Revista Peruana de Arbitraje, N° 2. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., p. 67-96.

⁹ Castillo, M. y Sabroso, M. Independencia, imparcialidad, deber de declaración y recusación en el arbitraje del Estado. Recuperado el 31 de julio de 2012 de:

<http://www.osce.gob.pe/consu/code/userfiles/image/Independencia.%20imparcialidad.pdf>

¹⁰ “Artículo 28°.- Motivos de abstención y recusación
(...)

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.
 REG. N° 372 6/14
 05 OCT 2012
 Patricia Landi Bullón
 FEDATARIO - OSCE
 Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

"Dicho extremo es el que registra las hipótesis más frecuentes de los casos que dan lugar a las recusaciones en el quehacer arbitral. Y están referidos casi con unanimidad a la idoneidad moral de los árbitros, o mejor dicho, a su falta de idoneidad moral. No es coincidencia pues que el tema de la recusación siga al de la ética. Porque por lo general, la experiencia enseña que se recusa a un árbitro fundamentalmente por cuestiones éticas".

9. En síntesis, podemos evidenciar que la idoneidad es la aptitud, condición y/o capacidad que se constituye a partir de una pluralidad de elementos, los mismos que desde la perspectiva del arbitraje y con mero efecto ilustrativo, podrían ser agrupados de la siguiente manera: a) **elementos técnicos** (calificaciones profesionales), b) **elementos físicos** (referidos a la edad, nacionalidad y otros), y c) **elementos ético-morales** (principios éticos y morales).

10. Dicho esto, corresponde analizar los hechos expuestos por la Asociación, a fin de determinar si los árbitros recusados carecen de idoneidad para ejercer la función arbitral.

11. Sobre el particular, es preciso considerar que al alegarse la falta idoneidad de los abogados Jorge Horacio Cánepa Torre y Jorge Balbi Calmet, la Asociación ha señalado textualmente lo siguiente:

"Los Árbitros recusados han trasgredido el Código de Ética, las normas arbitrales, la Constitución del Estado, y no cuentan con los requisitos para ser Árbitros, que de acuerdo a la ley de Arbitraje DEBEN SER PERSONAS IDONEAS, CON TRAYECTORIA MORAL. PROFESION RECONOCIDA y en [sic] que en el caso de dos de los recusados, no se cumple (...)". (El subrayado es nuestro)

12. Asimismo, al referirse al abogado Jorge Horacio Cánepa Torre, añade:

" Al igual que el Árbitro Jorge Balbi Calmet, su trayectoria personal, política y profesional no es muy transparente[sic] y se encuentra muy cuestionada, por los medios de Opinión Pública Nacional, y de su conducta como Presidente Arbitral no se condice con lo que establece la norma arbitral y el Código de Ética"

13. De la revisión de los argumentos expresados por la Asociación en este extremo, puede verificarse que éstos no están dirigidos a cuestionar directamente los elementos físicos o técnicos de la idoneidad de los árbitros recusados, sino más bien los elementos de carácter ético-moral; toda vez que la recusante fundamenta sus alegaciones en los cuestionamientos a la trayectoria personal y profesional de los árbitros recusados, siendo que, incluso en el caso del abogado Jorge Balbi Calmet, dicha parte señala expresamente los motivos que permitirían concluir que el referido profesional incumpliría los requisitos para ser árbitro:

"(...) la conducta del abogado Jorge Balbi Calmet es reprochable (...) ha trasgredido la Constitución y la Ley incurriendo en responsabilidad civil, administrativa y penal y vulneración al Código de Ética del OSCE (...) motivo suficiente para ser separado de tan alto cargo y DESCALIFICADO para ser ÁRBITRO en este proceso arbitral por no reunir los requisitos de Integridad, honradez, moral, Idoneidad, Transparencia (...)"

14. Ahora bien, teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas, podemos concluir que la Asociación sustenta reiteradamente la falta de idoneidad de los árbitros recusados, aduciendo que éstos han trasgredido el Código de Ética, en tanto tienen trayectorias personales y profesionales seriamente cuestionadas; y, además carecen, a su decir, de aquello que constituyen requisitos para ejercer la función arbitral, entre los cuales menciona dos principios expresamente establecidos en el referido cuerpo legal, la integridad y la transparencia.

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. (...)"



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 313-2012 - OSCE/PRE

15. En ese sentido, corresponde determinar si la presunta vulneración del Código de Ética por parte de los abogados Jorge Horacio Cánepa Torre y Jorge Balbi Calmet, resulta relevante en el análisis de la presente recusación conforme a los alcances normativos antes desarrollados.

16. Sobre el particular, es preciso indicar que si bien a partir de la lectura y revisión del numeral 1) del artículo 225° del Reglamento, concordante con el artículo 224° del mismo cuerpo legal, se podría inferir *a priori* que esta proposición jurídica habilita la recusación ante el incumplimiento del Código de Ética, hay que tener en cuenta que las disposiciones normativas no constituyen mandatos aislados, sino que son parte de un sistema o conjunto denominado "ordenamiento jurídico", lo que determina que éstas deben ser interpretadas en un sentido integral, que no admita contradicciones entre ellas mismas. Así, debemos concluir que de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 3° del Código de Ética, la trasgresión a las disposiciones de dicho Código por su sólo mérito, constituye únicamente infracción susceptible de sanción, salvo en los supuestos donde expresamente se señala que tales circunstancias son pasibles de recusación – en tanto se encuentran estrechamente vinculadas con las causales reguladas en el Reglamento–, como son: a) la afectación de los principios de independencia e imparcialidad (numerales 3.1 y 3.2 del Artículo 3°); b) la omisión del deber de información (último párrafo del artículo 5°) y; c) las gestiones del árbitro para promover su propia designación (artículo 7°).

17. En ese orden de ideas, debe evidenciarse que en el presente caso, las supuestas trasgresiones de las disposiciones del Código de Ética– que son el fundamento para alegar la falta de idoneidad de los árbitros recusados–, de acuerdo a los hechos que han sido expuestos por la Asociación, no se relacionan objetivamente con las proposiciones expresamente establecidas como supuestos de recusación en el citado cuerpo legal.

18. No obstante lo señalado, es necesario que sobre los hechos expuestos por la Asociación para motivar su solicitud de recusación, se indique lo siguiente:

a. Respecto del árbitro Jorge Balbi Calmet:

De acuerdo a lo alegado en la recusación, el árbitro estaría involucrado en los hechos o circunstancias expuestos en el considerando cuarto de la presente resolución, que representarían conductas que implicarían que no reúna los requisitos de integridad, honradez, moralidad y transparencia, generando dudas sobre su imparcialidad:

Sin embargo, de la revisión del escrito de recusación presentado por la Asociación, se evidencia que no se han ofrecido los medios de prueba que acrediten objetivamente la veracidad de las alegaciones, toda vez que únicamente se adjuntan publicaciones que obran en páginas Web, las que debido a su naturaleza no resultan determinantes para efectos del presente análisis.

En efecto, es preciso señalar que si bien conforme señala Juan Carlos Morón¹¹, los medios de prueba en un procedimiento administrativo, pueden ser entre otros, los medios informáticos; el

¹¹ "(...) 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 (...)". Morón Urbina, Juan Carlos (2011). Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ediciones Gaceta Jurídica, Novena Edición, p. 492.



sólo mérito de las publicaciones en páginas Web no resulta concluyente para fundamentar una recusación, en tanto su alcance como medio probatorio, requiere de datos complementarios, los cuales deben ser emitidos por los responsables o titulares de dichas páginas o por las personas a que hace referencia su contenido. Así, podemos citar también a Ruperto Pinochet Olave¹², cuando refiere que:

"(...) 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".

En definitiva, atendiendo a que la sola afirmación realizada en un medio escrito (Web, diarios, etc.) no constituye prueba jurídica de que lo que se afirma tenga importancia –determinación que debe ser realizada por las autoridades a cuyo conocimiento se somete dicha circunstancia–, podemos concluir que la Asociación no sólo no ha cumplido con presentar los elementos probatorios suficientes que acrediten la veracidad de sus alegaciones, sino que no ha cumplido con demostrar que éstas afectan la imparcialidad del abogado Jorge Balbi Calmet.

Sin perjuicio de lo antes señalado, respecto de las imputaciones realizadas al árbitro es preciso indicar que, en tanto la presunción de inocencia, no sólo es un principio constitucional que inspira al proceso en un Estado democrático, sino que además es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución, como parte del derecho continente, denominado "debido proceso"; una denuncia per se, jamás podrá resultar suficiente para determinar la aplicación de una consecuencia jurídica. Así, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, ha señalado:

"El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)"¹³.

b. Respecto del árbitro Jorge Horacio Cánepa Torre:

¹² Pinochet Olave, Ruperto (2002). El documento electrónico y la prueba literal. Recuperado el 14 de junio de 2012 en la Web Scielo Chile - Scientific Electronic Library OnLine:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200012

¹³ Exp. N° 03891-2011-PA/TC. (s.f.) Recuperada el 16 de mayo de 2012, de:

[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:GNmHX_-DIDgJ:www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html+El+Tribunal+Constitucional+ha+establecido+que+la+presunci%C3%B3n+de+inocencia+forma+parte+constancial+del+principio+del+debido+proceso+y+la+aplica+tanto+en+el+procedimiento+jurisdiccional+como+administrativo+\(1\)&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=pe](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:GNmHX_-DIDgJ:www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html+El+Tribunal+Constitucional+ha+establecido+que+la+presunci%C3%B3n+de+inocencia+forma+parte+constancial+del+principio+del+debido+proceso+y+la+aplica+tanto+en+el+procedimiento+jurisdiccional+como+administrativo+(1)&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=pe)



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA. 9/14
 REG. N° 372
 05 OCT 2012
 Patricia Landi Bullón
 FEDATARIO - OSCE
 REG. N° 177 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 313 - 2012 - OSCE/PRE

Se alega la supuesta participación del abogado Jorge Horacio Cánepa Torre como autor intelectual del delito de fraude electoral. Al respecto, debe señalarse que la Asociación no sólo no ha acreditado sus aseveraciones mediante prueba documental, sino que éstas han sido materia de un pronunciamiento judicial a favor del árbitro recusado, por lo que no corresponde someter a análisis tales cuestionamientos.

En consecuencia, de lo antes expuesto, corresponde desestimar la presente recusación en este extremo, toda vez que la Asociación no sólo no ha logrado acreditar la veracidad y relevancia de los hechos que señala para motivarla, sino que además alega como fundamento de la falta de idoneidad de los árbitros recusados, supuestos de trasgresión al Código de Ética que no son materia para una recusación.

ii) **Determinar si las denuncias y otros hechos alegados por la Asociación, respecto del proceder de los árbitros recusados, constituyen circunstancias que permitan cuestionar su imparcialidad en el ejercicio de la función arbitral.**

1. La Asociación alega que existen una serie de hechos que afectarían la imparcialidad de los árbitros miembros del tribunal arbitral, de ahí que corresponde analizar tales circunstancias de conformidad con el marco normativo aplicable, a fin de determinar objetivamente, si resultan suficientes para motivar que la presente recusación sea declarada fundada en este extremo.
2. Conforme a lo dispuesto por el numeral 3) del artículo 225° del Reglamento¹⁴, 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.
3. Igualmente, la "LA"¹⁵ es clara en señalar en el inciso 3) del artículo 28°, que un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.
4. Teniendo en cuenta lo señalado, corresponde definir los alcances de la imparcialidad a nivel doctrinario. Francisco González de Cossio, refiere que:

"Imparcialidad: Es un criterio subjetivo y difícil de verificar que alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular"¹⁶.

¹⁴ 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".

¹⁵ 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.

(...)"

¹⁶ González de Cossio, Francisco (sin año). Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros. Recuperado el 16 de mayo de 2012, del sitio Web de González de Cossio Abogados, S.C.:



5. Por su parte, Rodrigo Jijón Letort señala:

*"(...) la imparcialidad debe ser apreciada con criterio subjetivo, se debe analizar si su forma de proceder durante el proceso ha sido intencionalmente favorable a una de las partes"*¹⁷.

6. Finalmente, Ramón Mullerat Obe indica que:

*"Imparcialidad significa la libertad frente a todo favoritismo o prejuicio, ya sea de palabra o de obra, y una disposición de servir a todas las partes por igual y no sólo a una parte. La parcialidad surge cuando un "enjuiciador" favorece de cualquier forma a una de las partes o cuando mantiene prejuicios en relación con la materia objeto de la controversia. La imparcialidad es un concepto más abstracto que la independencia, en el sentido de que implica un estado de ánimo que además resulta difícil de medir y de cuantificar"*¹⁸

7. A lo expuesto, se puede agregar que la imparcialidad es una característica que debe ser percibida por las partes y la comunidad arbitral en general, ya que es uno de los requisitos fundamentales para que el arbitraje tenga aceptación social.

8. En ese orden de ideas, para constatar si se mantuvo la imparcialidad -criterio subjetivo - es necesario analizar el proceder del árbitro a fin de verificar si durante el iter arbitral, existió algún afán intencional de éste para favorecer a una de las partes en perjuicio de la otra, valoración que no puede responder a criterios meramente subjetivos, en tanto la percepción de las partes podría encontrarse condicionada por los intereses que persiguen con el desarrollo del proceso; de ahí que corresponde analizar cada caso en particular, a fin de determinar de manera objetiva y razonable, si existe una causa válida de recusación.

9. De este modo, considerando que pesa sobre la Asociación la carga de probar -onus probandi-, procederemos a analizar los hechos que ha expuesto para sustentar sus alegaciones, en virtud de los medios probatorios y con ello determinar si en el presente caso, existen circunstancias que efectivamente afectan la imparcialidad de los árbitros recusados.

10. Así tenemos que:

a. Respecto del árbitro Jorge Balbi Calmet:

De acuerdo a lo alegado en la recusación, el árbitro tendría como consultores de su empresa, a los abogados Julio Fernández Bartolomé y Carlos Celis Osoreo, quienes mantendrían estrechas vinculaciones con el señor Alberto Felipe Ortiz Prieto, ex rector y Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Chiclayo, quién se encontraría comprometido con los actos que generaron la controversia que motivó el proceso arbitral del cual deriva la recusación.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que los documentos ofrecidos por la recusante en calidad de medios probatorios (documentos judiciales expedidos en mérito a procesos

<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/INDEPENDENCIA%20IMPARCIALIDAD%20Y%20APARIENCIA%20DE%20LOS%20ARBITROS.pdf>

¹⁷ Jijón Letort, Rodrigo (2010). *La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros*, Ecuador, p. 28.

¹⁸ MulleratObe, Ramón (2011). *Consideraciones sobre la importancia e imparcialidad de los Árbitros en el Arbitraje Internacional*. Recuperado el 16 de mayo de 2012, del sitio Web de la Asociación Europea de Arbitraje: <http://www.aeade.org/ficheros/ficheros/pdf/2011/forojuristas/Independencia-imparcialidad-consideraciones.pdf>



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 313 - 2012 - OSCE/PRE

judiciales en trámite y publicaciones en diarios), no resultan determinantes ni suficientes para motivar una recusación, toda vez que sólo están destinados a acreditar aspectos vinculados con el señor Alberto Felipe Ortiz Prieto, no demostrando cuál es el nexo existente con el abogado Jorge Balbi Calmet y, de qué manera dicha vinculación tendría alguna implicancia en la imparcialidad del citado profesional.

b. Respecto del árbitro Jorge Horacio Cánepa Torre:

Se alega que existen dudas que comprometen la imparcialidad del árbitro, ya que en su condición del presidente de Tribunal Arbitral, permitió que en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento Procesal, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios se verificaran conductas que denotaban un trato preferencial con el abogado de la ONP, señor Braulio Iván Rosillo Larios; sin embargo, de la revisión de los elementos probatorios que se adjuntan a la solicitud de recusación, se concluye objetivamente, que no se evidencia la existencia de algún afán intencional del abogado Jorge Horacio Cánepa Torre para favorecer a su contraparte durante el iter arbitral; presupuesto o condición necesaria reconocida a nivel doctrinario y normativo, sobre la existencia de dudas justificadas o razonables que comprometan la imparcialidad de un árbitro, por lo que corresponde desestimar el argumento.

c. Respecto del árbitro Juan Huamaní Chávez:

Se refiere que el árbitro habría sostenido una conversación amical, amplia y fluida con el abogado de la ONP, señor Braulio Iván Rosillo Larios, durante la Audiencia de Conciliación, Saneamiento Procesal, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, señalando además, que éste último se encuentra en ventaja en el presente proceso, en su condición de árbitro del OSCE y "colega de los miembros del Tribunal Arbitral".

Al respecto, corresponde desestimar lo alegado por la recusante en este extremo, de conformidad con lo señalado en el literal "b" del presente punto controvertido, en tanto la recusante no ha cumplido con acreditar la veracidad de sus afirmaciones.

Adicionalmente, es preciso recalcar que el supuesto de pertenencia al registro de árbitros de una institución arbitral determinada, como es el caso del Registro de Árbitros del OSCE, no presupone per se, la existencia de una vinculación o relación entre los profesionales que la integran.

11. Finalmente, considerando que la Asociación ha alegado que se encuentra en desventaja en el proceso arbitral del cual deriva la presente recusación, en tanto el tribunal en pleno habría trasgredido el Reglamento de Arbitraje y el Acta de Instalación, al haber dejado sin efecto la demanda arbitral y los medios probatorios que ofreciera dicha parte, ante la negativa de la ONP de subrogarse en el pago de los gastos arbitrales que correspondía asumir a la recusante; debemos precisar que la recusante no ha demostrado en qué medida el Tribunal Arbitral habría trasgredido el Acta de Instalación, toda vez que el numeral 46° de dicha Acta, regula expresamente la posibilidad que tiene el tribunal de determinar el archivo de las pretensiones de la demanda arbitral y/o reconvenición ante el incumplimiento de las partes de asumir el pago de los gastos arbitrales.

12. Asimismo, es de precisar que si bien al amparo de lo dispuesto en la normativa aplicable al presente caso, no existe un límite taxativamente establecido para la valoración del incumplimiento del deber arbitral de imparcialidad; la decisión del Tribunal Arbitral de



declarar el archivo de las pretensiones, ante el incumplimiento de las partes de asumir el pago de los gastos arbitrales, no constituye causal de recusación per se, en tanto es una decisión adoptada en el ámbito de la competencia del árbitro.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que respecto del presente punto controvertido, no existe evidencia objetiva de la existencia de circunstancias que sean susceptibles de generar dudas razonables que comprometan la imparcialidad de los árbitros recusados, razón por la cual corresponde desestimar la presente recusación en este extremo.

iii) Determinar si el abogado Jorge Balbi Calmet, infringió el deber de revelación, al no informar a las partes sobre su nombramiento como miembro del Directorio del Consejo Directivo de INDECOPI.

1. *Corresponde delimitar, previo al análisis de fondo, los alcances del deber arbitral de revelación, en atención a lo dispuesto en el Reglamento, la "LA", el Código de Ética y la doctrina autorizada en el tema.*

2. *Así, podemos citar a José María Alonso Puig¹⁹ cuando sobre la importancia del deber de revelación refiere que:*

"El deber de revelación es el más importante de cuantos tiene el árbitro y por ello debe ser interpretado por el mismo de forma amplia. El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación quiebra la necesaria confianza que forzosamente ha de inspirar la relación partes/árbitro en un proceso arbitral".

3. *A lo que añade²⁰:*

"No basta con que el árbitro se juzgue a sí mismo como independiente e imparcial, sino que es indispensable que las partes del arbitraje también lo consideren así.

Para permitir lo anterior, está el deber de revelación del árbitro que le obliga a poner en conocimiento de las partes todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia".

4. *Asimismo, resulto ilustrativo el desarrollo realizado por Francisco Gonzáles De Cossio²¹, cuando sobre el cumplimiento del deber de revelación, explica lo siguiente:*

"Un árbitro prospectivo debe revelar por escrito todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. El no cumplir cabalmente con este deber trae aparejado el que se presente apariencia de parcialidad y, no obstante que las circunstancias mismas no hubieran dado lugar a que el árbitro sea descalificado, el haber fallado a dicho deber lo descalificará".

5. *De lo expuesto, se concluye que el deber de revelación implica, una exigencia ética al árbitro para que en consideración de la buena fe y confianza de las partes, sobre su correcto desempeño en el ejercicio de la función arbitral, informe de todas las circunstancias que*

¹⁹ Alonso Puig, José María (2008). El Deber de Revelación del Árbitro. En Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión – En Arbitraje en el Perú y el Mundo, 1, p. 324.

²⁰ Alonso Puig, José María (2008). El Deber de Revelación del Árbitro. En Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión – En Arbitraje en el Perú y el Mundo, 1, p. 323.

²¹ González de Cossio, Francisco (s.a.) Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros, p.12. Recuperado el 14 de junio de 2012 de la Web de González de Cossio Abogados, S.C. en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/INDEPENDENCIA%20IMPARCIALIDAD%20Y%20APARIENCIA%20DE%20LOS%20ARBITROS.pdf>



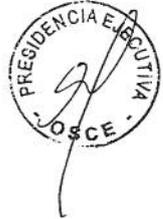
Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 313-2012 - OSCE/PRE

puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia.

6. Dicha posición ha sido recogida también por el artículo 224° del Reglamento, que establece que todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia que pudiera afectar su independencia e imparcialidad, siempre que ésta se haya producido de manera posterior a su aceptación y durante el desarrollo de todo el arbitraje o, dentro de los cinco (05) años anteriores a su nombramiento.
7. Adquiere importancia para este análisis el Código de Ética, que en su artículo 5°, a propósito del deber de información, determina aquellas circunstancias que deben ser reveladas por los árbitros en la aceptación al cargo, por considerar que son susceptibles de generar dudas justificadas respecto a la imparcialidad e independencia de los árbitros.
8. De la revisión del citado artículo podemos inferir que la circunstancia alegada por la recusante, únicamente podría engarzarse en el supuesto genérico establecido en el numeral 5.7, que determina la obligación del árbitro de revelar cualquier hecho o circunstancia significativo, que pueda dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad e independencia.
9. En ese orden de ideas, conforme a los criterios doctrinarios y normativos, corresponde determinar en el presente caso, si la designación del abogado Jorge Balbi Calmet, árbitro designado por la ONP, como miembro del Consejo Directivo del Directorio de INDECOPI, constituye una circunstancia significativa que pueda dar lugar a dudas sobre su imparcialidad e independencia.
10. Al respecto, es de precisar que si bien las partes cuentan con la recusación como un instrumento jurídico cuya razón esencial consiste en restaurar la buena fe en el proceso, ante la desconfianza que puedan tener respecto del correcto actuar o proceder del árbitro - considerando que éste tiene a su cargo el poder de decidir con fuerza vinculante la solución de la controversia-; corresponde a la parte que intente habilitar dicho instrumento el onus probandi de la recusación, en tanto deberá demostrar que objetivamente existen circunstancias que afectan efectivamente la imparcialidad e independencia de los árbitros.
11. De la revisión de los argumentos de la recusante, se concluye que dicha parte no ha determinado en qué medida el hecho que el árbitro ejerza el cargo de miembro del Consejo Directivo del Directorio de INDECOPI, genere per se dudas que comprometan su objetividad para resolver la presente controversia, más aún si consideramos que no existe vinculación alguna entre dicha institución y la Entidad que lo designó (la ONP).
12. De todo lo expuesto, queda claro que el árbitro no se encontraba obligado a informar a las partes, sobre su nombramiento como miembro del Consejo Directivo del Directorio de INDECOPI, en tanto no se ha acreditado lógicamente y razonablemente que esta circunstancia sea susceptible de generar dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia; por lo que corresponde desestimar la presente recusación en este extremo, por lo que la recusación debe ser declarada infundada en este extremo;

Que, el inciso i) 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 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.- Declarar INFUNDADA la recusación interpuesta por la Asociación Civil Educativa del Norte contra el Tribunal Arbitral conformado por los abogados Jorge Horacio Cánepa Torre, Jorge Balbi Calmet y Juan Huamani Chávez, constituido para resolver las controversias surgidas entre la recusante y la Oficina de Normalización Previsional; por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Notificar la presente Resolución a las partes, así como a los árbitros recusados.

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

Regístrese, comuníquese y archívese.



Magali Rojas Delgado
MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva