



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 124-2012 - OSCE/PRE

Jesús María,

10 MAYO 2012

SUMILLA:

Por disposición expresa del artículo 37° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE la recusación debe fundamentarse con las pruebas correspondientes.

Si en un procedimiento de recusación contra un árbitro no se aportan elementos que permitan analizar la relevancia de la vinculación entre un árbitro y el "Estudio de abogados" al que pertenece el mismo, que eventualmente presta o prestó un servicio a una de las partes, a priori no puede determinarse la ausencia de independencia o imparcialidad ni la automática descalificación de dicho profesional; máxime cuando con motivo de efectuar su deber de información el árbitro cumplió con revelar que forma parte del citado Estudio.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por el señor Yuri Yanque Yucra en representación del Consorcio Servicios Región Sur, con fecha 12 de julio de 2011 (Expediente de Recusación N° 042-2011); el escrito presentado por el árbitro recusado, Eduardo Barboza Beraún; y el Informe N° 31-2012-OSCE/DAA de fecha 2 de abril 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 29 de abril de 2010, la Empresa Electro Sur Este S.A.A. (en adelante la "Entidad") y el Consorcio Servicios Región Sur (en adelante el "Consorcio") suscribieron el Contrato N° 0062-2010 derivado del Concurso Público N° 007-2010-ELSE para la prestación del servicio de saneamiento de conexiones domiciliarias a nivel regional;

Que, surgida la controversia entre la Entidad y el Consorcio derivada de la ejecución del citado Contrato, mediante Resolución N° 334-2011-OSCE/PRE de fecha 25 de mayo del 2011, se designó al abogado Eduardo Barboza Beraún como árbitro único para que se encargara de conducir las respectivas actuaciones arbitrales;

Que, el 12 de julio de 2011, el Consorcio, formula ante el OSCE, recusación contra el árbitro único, quien, luego del traslado respectivo, cumplió con absolverla dentro del plazo legal;

Que, la recusación formulada por el Consorcio se sustenta en los siguientes fundamentos:

- El árbitro recusado es socio de un Estudio de Abogados que patrocina directamente a la Entidad en todos los procesos sobre arbitraje, conciliación, administrativos, judiciales y opiniones de derecho administrativo contractual; ello se prueba con lo señalado en la carta





de aceptación del mismo árbitro y con la información consignada en la página web del acotado Estudio donde aparece como cliente la Entidad.

- ii) Por los hechos indicados, el árbitro recusado no actuaría en forma independiente ni menos imparcial para resolver la controversia, conforme exige la normatividad del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE;

Que, en su escrito de descargos, el abogado Eduardo Barboza Beraún, señala que se ratifica en lo manifestado en su carta de aceptación como árbitro, toda vez que como manifestó en dicha comunicación, no tiene ninguna incompatibilidad ni conflicto de intereses para ejercer dicho cargo. Señala además que lo revelado en la acotada comunicación comprueba su imparcialidad;

Que, el marco normativo vinculado al arbitraje de donde deriva la presente recusación, corresponde al Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (ahora Sistema Nacional de Arbitraje) aprobado por Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE (en adelante el "RSNA"), 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 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 de fecha 05 de junio de 2008 (en adelante el "Código de Ética");

Que, teniendo en cuenta que la recusación se sustenta en un presunto conflicto de intereses por falta de independencia e imparcialidad del árbitro, es pertinente explicar brevemente estos conceptos, señalando que:

- Generalmente, la independencia se vincula a una situación objetiva apreciable a partir de las relaciones presentes o pasadas entre el árbitro y las partes; mientras que la imparcialidad se asocia con la actitud personal y subjetiva que asume el árbitro frente a la controversia o a las propias partes¹. En el caso de la independencia, su manifestación o ausencia pasará por evaluar los vínculos entre el árbitro y las partes, pudiendo considerar la naturaleza, proximidad, influencia o continuidad de dicho vínculo. Mientras que en el caso de la imparcialidad, aun cuando se trata de un aspecto subjetivo, se debe indagar en situaciones de hecho objetivas u observables por cada caso concreto, que denoten un desvío de preferencias a favor de uno y en perjuicio del otro^{2 3}.

¹ El autor español JOSÉ MARÍA ALONSO ha señalado: "Hay mucho escrito sobre el significado de cada uno de estos dos términos, 'independencia' e 'imparcialidad', en el contexto del arbitraje internacional. 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". Revista Peruana de Arbitraje – Tomo 2-2006; pág. 98- Editorial Jurídica Grijley.

² JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS al comentar la independencia ha incidido en el estudio de estos vínculos para concluir si un árbitro es o no independiente, utilizándose criterios tales como proximidad, continuidad o índole reciente. El mismo autor al comentar la imparcialidad ha señalado que la dificultad de su prueba objetiva requiere la remisión a situaciones de hecho objetivas y la consideración de hechos externos, mediante los cuales suele manifestarse la imparcialidad o la falta de ésta. Incide asimismo en 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. Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso Arbitraje la Habana 2010- Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contentido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.

³ El Tribunal Constitucional Peruano en su sentencia del 15 de marzo del 2011 recaída en el Expediente N° 02851-2010-PA/TC ha señalado en su fundamento 15: "Se debe tener presente que la falta de imparcialidad del juez no puede ser alegada en abstracto, sino que tiene que ser probado en cada caso concreto. Sobre este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 124-2012 - OSCE/PRE

Que, los aspectos relevantes identificados son los siguientes:

i) ¿El Estudio Jurídico del cual es socio el árbitro recusado asesora directamente a la Entidad en todos los procesos sobre arbitraje, conciliación, administrativos, judiciales y opiniones de derecho administrativo contractual?

1 Mediante Resolución N° 334-2011-OSCE/PRE se designó al árbitro único para que se encargara de resolver las controversias surgidas entre el Consorcio y la Entidad, el mismo que mediante documento s/n de fecha 17 de junio del 2011 aceptó la designación manifestando no tener conflicto de interés, ni incompatibilidad alguna y que el Estudio de abogados del cual es socio ha prestado servicios legales a Electro Sur Este S.A.A.; sin embargo, no ha tenido participación alguna en ellos. Asimismo, indica que tales asesorías no se han referido a las controversias del proceso arbitral en curso ni están vinculadas al Consorcio Servicios Región Sur.

2 Por su parte, cuando el Consorcio tomó conocimiento de esta declaración formuló recusación aseverando que el Estudio indicado asesora directamente a la Entidad en todos los procesos (incluyendo los arbitrajes). Sin embargo, no aporta elementos probatorios que sustenten su afirmación. Al respecto, cabe indicar que en atención a lo dispuesto en el artículo 37° del RSNA⁴ la recusación debió haberse fundamentado con las pruebas correspondientes..

ii) ¿La pertenencia del árbitro recusado al Estudio de Abogados, evidencia una situación que afecta su independencia e imparcialidad en el proceso arbitral del cual deriva la presente recusación?

1 En principio debemos indicar que no necesariamente cualquier tipo de vínculo o relación directa o indirecta que los árbitros puedan mantener o haber mantenido con alguna de las partes evidencia una situación de dependencia o parcialidad pasible de recusación⁵.

2 Para las normas de arbitraje y contrataciones, el criterio general es que este tipo de situaciones o relaciones serían recusables en tanto puedan generar dudas justificadas

ha señalado que "el principio según el cual se debe presumir que un Tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del derecho (caso Pullar contra Reino Unido)".

⁴ Artículo 37. Recusación

"(...) Las recusaciones deberán formularse dentro de los cinco (05) días de haber sido notificadas las partes con la comunicación de aceptación del árbitro o del momento en que tomaron conocimiento de los hechos que configuran la causal sobreviniente y siempre que no haya vencido la etapa probatoria, debiendo sustentarse con las pruebas correspondientes y particularmente, acreditarse la forma, fecha y circunstancias en que se tomó conocimiento de la causal (...).

⁵ JOSE CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS citando a J. Robert señala lo siguiente: "La existencia de relaciones entre los árbitros y las partes y/o con sus representantes no conduce inexorablemente a una situación de dependencia que justifique la recusación de un árbitro(...)". Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso Arbitraje la Habana 2010-Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contento-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.



susceptibles de afectar los principios de independencia o imparcialidad⁶. En adición a ello, el Código de Ética cuando regula el deber de información del árbitro respecto a la existencia de estas "relaciones" o "vínculos" incide en su relevancia y en la consecuencia de su afectación al desempeño de la función arbitral⁷.

3 Concordante con lo anterior, FRANCISCO VICTORIA ANDREU ha señalado que:

*"(...) los árbitros gozan de una presunción de independencia hasta demostrar lo contrario en base a elementos ciertos y (...) comprobados, elementos que además deben constituir un riesgo claro y evidente para una de las partes"*⁸.

4 Por su lado, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS incide en el estudio de los vínculos para verificar la falta de independencia:

*"(...) 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*⁹.

5 En ese orden de ideas, dado que el abogado Eduardo Barboza Beraún cumplió con su deber de declaración, corresponde determinar si existen elementos que evidencien una vinculación relevante entre el recusado y la Entidad que genere dudas justificadas susceptibles de afectar la independencia e imparcialidad de la función arbitral.

6 Según reporte de la página web del Estudio de abogados al 30 de marzo del 2012 (www.echecopar.com), éste cuenta en su staff de profesionales con socios, asociados principales, asociados senior y asociados y unas 39 áreas de práctica (desde las comunes a las más especializadas, Banca, Finanzas, Telecomunicaciones, Project Finance, Petróleo y Gas, entre otros). En los últimos 10 años reporta algunas de las empresas o Entidades a las cuales ha asesorado, consignando un número aproximado de 200 clientes entre nacionales e internacionales, casi en su totalidad, organizaciones o personas jurídicas.

⁶ La parte pertinente del artículo 37° del RSNA señala lo siguiente: "Artículo 37. Recusación. La recusación contra un árbitro podrá ser formulada por la parte interesada, siempre que se trate de causal comprendida en el marco normativo del SNCA CONSUMCODE o cuando existan circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia (...)". Por su parte el numeral 1) del artículo 28° de la LA indica lo siguiente: "Todo árbitro de ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia". Finalmente, el inciso 3) del artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala: "Artículo 225°.-Causales de recusación. Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas: 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."

⁷ El Numeral 5.2 del artículo 5° del Código de Ética expone: "En la aceptación del cargo de árbitro éste debe informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias: "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 pudieran afectar su desempeño en el arbitraje, de conformidad con lo establecido en este Código"

⁸ FRANCISCO VICTORIA-ANDREU "La independencia del árbitro: ¿Realidad o quimera?", artículo publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/la-independencia-del-arbitro-realidad-o-quimera.html>.

⁹ JOSÉ 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>



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 124-2012 - OSCE/PRE



7 En la división funcional de dicho Estudio, la forma de establecer si un probable asesoramiento a la Entidad puede generar un nivel relevante y notorio de vinculación o dependencia con el árbitro, pasaría por evidenciar elementos del asesoramiento que determinen un grado de influencia, continuidad o proximidad, como su significancia económica, su regularidad, su relación con el objeto de la controversia y/o la intervención del mismo árbitro en dicho asesoramiento. Si no se aportan elementos que permita efectuar dicho análisis, a priori no se puede considerar que la sola pertenencia de un árbitro a un Estudio de abogados que asesora o asesoró a una de las partes, conlleve necesariamente su automática descalificación^{10 11}.

8 Por lo expuesto, resulta evidente que el recusante no sólo no ha demostrado las formas, periodos y/o materias del asesoramiento del estudio de abogados a la Entidad, sino que tampoco ha aportado algún elemento objetivo que permita evaluar y corroborar un nivel de relevancia de la vinculación entre el recusado, y la Entidad a través del Estudio Echecopar, susceptible de afectar la independencia e imparcialidad de la función arbitral, por cuya razón respecto a este extremo la recusación formulada deviene en infundada.

Que, considerando el análisis efectuado, corresponde declarar infundada la recusación interpuesta por el Consorcio Servicios Región Sur contra el árbitro único;

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

¹⁰ JOSE CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS ha indicado: "La Jurisprudencia francesa ha dado muestras de gran flexibilidad en el asunto Philipp Brothers rechazando la posibilidad de que un profesional recuse en bloque a todos los demás profesionales de su entorno y ha insistido en que la pertenencia a una firma legal de dimensiones considerables con divisiones y especializaciones múltiples no implica necesariamente una "asociación de intereses" que justifique semejante recusación (...) Por último en el asunto Vivendi el árbitro recusado había declarado que uno de sus socios en su firma de abogados había prestado servicios de asesoría fiscal a la compañía predecesora de la entidad inversora y que no había tenido participación personal alguna con dicha actividad. En este caso, los árbitros que decidieron sobre la recusación consideraron que la relación continua entre el socio y la entidad no era suficientemente significativa para estos efectos y en consecuencia desestimaron la recusación". 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>.

¹¹ FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA comentando las IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration del 22 de mayo del 2004, se refiere a una situación que estaría comprendida en la lista naranja (que sólo obliga a presentar la declaración respectiva). "La segunda categoría naranja se refiere a servicios que se prestan actualmente a una de las partes o a sus compañías asociadas por el estudio de abogados del árbitro, en los casos de que el ingreso económico por este concepto no sea significativo y el árbitro mismo no haya tenido vinculación con tales servicios. Y esta situación se extiende a otros estudios de abogados que compartan honorarios con el Estudio del árbitro. O al propio árbitro y a su estudio cuando presta servicios a una de las partes pero en asuntos que no tienen nada que ver con la materia controvertida" - Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje - Tomo I, Pág. 352 / Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, Enero 2011



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 del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (ahora Sistema Nacional de Arbitraje) aprobado por Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE, 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 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 el Consorcio Servicios Región Sur contra el abogado Eduardo Barboza Beraún, Árbitro Único encargado de resolver las controversias surgidas entre el recusante y la Empresa Electro Sur Este S.A.A., 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 el Portal Institucional del OSCE (www.osce.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y archívese



MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva