



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 035-2012 - OSCE/PRE

Jesús María,

20 FEB 2012

SUMILLA: En los arbitrajes en materia de contrataciones con el Estado, cualquier parte afectada podrá interponer recusación contra un árbitro dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado, o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobrevenida, siempre que no haya iniciado el cómputo del plazo para laudar, en cuyo caso la recusación deviene en improcedente. El plazo de cinco (5) días hábiles para la formulación de la recusación, dispuesto en el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable al presente caso, no constituye un plazo de caducidad.

En los arbitrajes de derecho provenientes de contratos derivados de procesos de selección, regulados por el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, la profesión de un "árbitro de parte" en un Tribunal Arbitral distinta a la de abogado, no constituye causal de recusación del árbitro.

VISTOS:

La solicitud de recusación de fecha 25 de abril de 2011, presentada por la Municipalidad Distrital Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa contra el ingeniero Luis Cornejo Navarretty (Expediente de Recusación N° R018-2011); los escritos presentados por el citado profesional y el Consorcio Tacna; y el Informe N° 006-2012-OSCE/DAA de fecha 20 de enero de 2012, que contiene la opinión técnico-legal de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE;

CONSIDERANDO:

Que, el 13 de julio de 2009, la Municipalidad Distrital Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa (en adelante "la Municipalidad") y el Consorcio Tacna (en adelante "el Consorcio"), suscribieron el Contrato de Empresa Constructora para la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: "Ampliación y Equipamiento de la Infraestructura del Estadio Municipal Joel Gutiérrez", derivado de la Licitación Pública N° 003-2009-MDCGAL;

Que, con fecha 14 de marzo de 2011, surgida la controversia, se instaló el Tribunal Arbitral conformado por los siguientes profesionales:

Composición del Tribunal Arbitral

Nombre	Tribunal Arbitral	Designación	Profesión
Rodolfo Castellanos Salazar	Presidente		Abogado
Claudia Cristina Reyes Juscamaita	Árbitro de Parte	Designado por el Consorcio Tacna	Abogada
Luis Cornejo Navarretty ¹	Árbitro de Parte	Designado por la Municipalidad Distrital Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa	Ingeniero

¹ Árbitro recusado.



Que, el 25 de abril de 2011, la Municipalidad formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el ingeniero Luis Cornejo Navarretty, árbitro designado por dicha parte;

Que, notificado de la recusación, el árbitro la absuelve con fecha 17 de junio de 2011, mientras que el Consorcio absuelve el traslado, mediante escrito de fecha 01 de junio de 2011;

Que, la Municipalidad motiva su recusación invocando el numeral 2) del artículo 225° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; el literal c) del numeral 1) del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071 y; la cláusula vigésimo séptima del contrato objeto de controversia; toda vez que a su juicio, al no tener el árbitro recusado, título de abogado, no cumple con las condiciones que requieren las partes para el arbitraje de derecho;

Que, en su absolución del traslado de la recusación, el Consorcio solicita que se declare infundada la recusación, señalando que esta ha sido formulada por la Entidad ante el Tribunal Arbitral y no ante el OSCE, y además de que ésta tuvo conocimiento de la supuesta causal de recusación, con la designación del árbitro, pues sabía que era ingeniero y no abogado desde el 17 de diciembre de 2010, como consta en la carta de aceptación del árbitro, por lo que el plazo para formular la supuesta recusación había vencido. Asimismo agrega que, no es requisito que los árbitros que conforman el Tribunal Arbitral sean abogados, a excepción del presidente o árbitro único, conforme a lo dispuesto en el artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017;

Que, en su descargo, el árbitro recusado señala que su condición de profesional en ingeniería estuvo en conocimiento de las partes desde su designación (16 de diciembre de 2010), sin que haya sido motivo de observación al momento de instalación del Tribunal Arbitral, o procedido a realizar la recusación correspondiente ante el OSCE desde la fecha en que se conoció tal designación. Agrega - respecto al Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 14 de marzo de 2011 - que las partes expresamente declararon su conformidad con la designación de los árbitros, indicando que no tenían conocimiento de alguna causal que pudiera motivar una recusación;

Que, finalmente, precisa que no tiene sustento jurídico ni es procedente el recusar a un árbitro conformante de un Tribunal Arbitral que no sea abogado de profesión, máxime si ninguna de las partes ha objetado la designación de los árbitros ante el OSCE en los plazos establecidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y el Acta de Instalación;

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

1. El análisis legal de la presente recusación se realizará aplicando el marco normativo vinculado al arbitraje en cuestión y corresponde al Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante "la Ley"), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante "el Reglamento"), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto 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"), así como las normas de derecho público y demás de derecho privado, (manteniendo este orden de prelación en la aplicación del derecho).



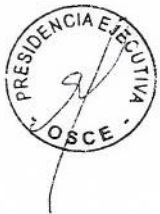
Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 035 - 2012 - OSCE/PRE

2. El arbitraje según el convenio arbitral contenido en la cláusula vigésimo séptima del contrato objeto de controversia, es de derecho, ad hoc, nacional; por lo que las partes determinan libremente las reglas a las que se debe someter el Tribunal Arbitral, las mismas que en detalle constan en el Acta de Instalación.
3. Los aspectos relevantes identificados en la presente recusación, que deben ser motivo de análisis son:

(i) ¿La recusación ha sido formulado de forma extemporánea ante el OSCE?:

1. El Consorcio y el árbitro han alegado una supuesta extemporaneidad de la recusación formulada por la Municipalidad, acorde con lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 226° del Reglamento, que refiere que las recusaciones deben interponerse ante el OSCE dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente.
2. En efecto, considerando que la principal motivación de la recusación radica en la condición profesional del árbitro, quien por ser ingeniero, no cumpliría, a decir de la recusante, con las exigencias establecidas por las partes y la ley; el plazo de cinco (05) días hábiles que establece el Reglamento, debió computarse a partir del día siguiente a la fecha en la que el árbitro recusado comunicó su aceptación a la Municipalidad, es decir, el 17 de diciembre de 2010, por lo que dicho plazo habría vencido el 27 de diciembre del mismo año.
3. Ahora bien, sin perjuicio de lo antes señalado, es necesario evidenciar que el citado plazo de cinco (05) días hábiles que establece el artículo 226° del Reglamento para la interposición de la recusación, no ha sido calificado tanto por la Ley de Contrataciones del Estado como por su Reglamento como un plazo de caducidad. Asimismo, es pertinente remitirse a lo dispuesto en el numeral 3) del artículo 29° de la LA, cuando dispone que, salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación.
4. En consecuencia, de la aplicación e interpretación sistemática de la citada normativa se colige que, en los arbitrajes en materia de contrataciones con el Estado, cualquier parte afectada podrá interponer recusación contra un árbitro dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado, o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente, siempre que no haya iniciado el cómputo del plazo para laudo, en cuyo caso sería improcedente.
5. En ese orden de ideas, al haberse formulado la presente recusación antes de iniciar el cómputo del plazo para laudo, podemos concluir que ésta no es extemporánea, por lo que debe desestimarse lo señalado por el árbitro recusado y el Consorcio, en este extremo.





(ii) ¿El no ser profesional en derecho, implica el incumplimiento de las condiciones y exigencias establecidas por las partes y la ley, para ser “árbitro de parte” en un Tribunal Arbitral?:

1. De acuerdo a lo señalado en los antecedentes, a criterio de la Municipalidad, el ingeniero Luis Cornejo Navarretty no cumpliría con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias, pues al tratarse de un arbitraje de derecho, dicho profesional debería ser abogado, conforme lo establece el artículo 22° de la LA. Al respecto, corresponde determinar si la profesión del árbitro, que es distinta a la de abogado, constituye una causal para su recusación.

2. Es preciso recordar que en materia de arbitraje en contratación pública, la prelación de las normas permite interpretar sus alcances, siendo el orden a seguir, el siguiente:

- 1) Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo N° 1017.
- 2) Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
- 3) Decreto que Norma el Arbitraje - Decreto Legislativo N° 1071.
- 4) Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444.
- 5) Otros.

3. En ese sentido, es pertinente destacar que el artículo 52° de la Ley, dispone claramente que:

“(…) El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias. La designación de los árbitros y demás aspectos de la composición del tribunal arbitral serán regulados en el Reglamento (...).”

4. En ese orden de ideas, resulta jurídicamente posible que un “árbitro de parte” sea ingeniero, tal como sucede en el presente caso. En consecuencia, considerando que la Municipalidad ha basado únicamente su solicitud de recusación en una interpretación errada de la normatividad vigente, para lo cual nos remitimos a los fundamentos antes expuestos; corresponde desestimar dicha alegación.

5. Sin perjuicio de lo antes señalado, y habiéndose demostrado objetivamente que la Municipalidad conocía la profesión del ingeniero Luis Cornejo Navarretty desde el mismo momento de su designación², declarando incluso, en el Acta de Instalación de fecha 14 de marzo de 2011, su conformidad con la designación realizada, manifestando que no tenía conocimiento de alguna causa que motive una recusación; llama la atención el actuar de

² Conforme a la Carta Notarial N°169 de fecha 16 de diciembre de 2010.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 035-2012 - OSCE/PRE

la parte recusante, quién estaría vulnerando la teoría de los actos propios³, que debe estar presente en todos los contratos, incurriendo en contradicción al designar al árbitro, ratificarlo y posteriormente cuestionarlo (recusarlo);

Que, en ese sentido, tomando en cuenta lo expresado en los párrafos precedentes y considerando el análisis de fondo y forma efectuado, corresponde declarar INFUNDADA la recusación interpuesta por la Municipalidad Distrital Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa contra el ingeniero Luis Cornejo Navarretty, en atención a que en los arbitrajes de derecho provenientes de contratos derivados de procesos de selección, regulados por el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, la profesión de un "árbitro de parte" en un Tribunal Arbitral distinta a abogado, no constituye causal de recusación del árbitro;

Que, el inciso h) del artículo 58° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, concordante con el literal h) del artículo 5° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, señala como una función del OSCE designar árbitros y resolver recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento de la citada Ley;

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

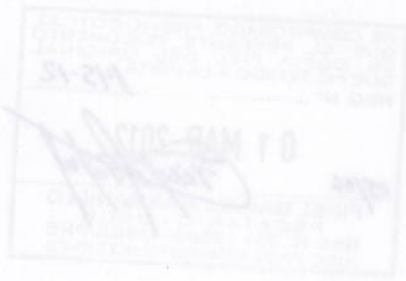
Estando a lo expuesto, y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el Decreto Legislativo N° 1071 y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE;

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

SE RESUELVE:

Artículo Primero. Declarar INFUNDADA la recusación interpuesta por la Municipalidad Distrital Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa contra el ingeniero Luis Cornejo Navarretty, "árbitro de parte" del Tribunal Arbitral constituido para resolver las controversias surgidas entre el recusante y el Consorcio Tacna; por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

³ Cfr. DROMI, Roberto. "Las ecuaciones de los contratos públicos". Argentina, Buenos Aires, 2001, P. 182. Referencia a Borda, Alejandro. La teoría de los actos propios. Buenos aires, Abeledo Perrot, 1987, pp. 68-69: "No es lícito a un sujeto entrar en contradicción con la conducta válida anteriormente mantenida dentro de la misma relación contractual, por la necesidad de guardar una conducta coherente."



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
Resolución N° 082-2012 - OSCE/PRE



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.



[Signature]
MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva

