



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA. 1/2
 REG. N° 112
 30 MAY 2012
 D. J. BULLÓN
 FEDATARIO - OSCE
 Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 134-2012 - OSCE/PRE

Jesús María, 30 MAYO 2012

SUMILLA:

El deber de revelación, implica una exigencia normativa y ética al árbitro para que en consideración a la buena fe y la confianza que las partes han depositado en él, informe con amplitud y precisión cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

Conforme informa la doctrina, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación quiebra la necesaria confianza que inspira la relación partes/árbitro en un proceso arbitral

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por el Gobierno Regional de Cajamarca el 15 de agosto de 2011, complementada por escrito del 02 de setiembre del 2011 (Expediente de Recusación N° 047-2011); el escrito presentado por el árbitro recusado, Mario Manuel Silva López; y el Informe N° 40-2012-OSCE/DAA de fecha 03 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 12 de febrero de 2007, el Gobierno Regional de Cajamarca, en adelante el "Gobierno Regional" y la empresa AZAF CONTRATISTAS GENERALES S.R.L., en adelante "AZAF", suscribieron el Contrato de Construcción a Precios Unitarios N° 002-2007-GR.CAJ, para la ejecución de la obra: "Mejoramiento Carretera Miravalles-Niepos", derivado de la Licitación Pública LP N° 008-2006-GR.CAJ;

Que, surgida la controversia - derivada de la ejecución del citado Contrato - y ante la solicitud de arbitraje formulada por el Gobierno Regional, mediante Carta N° 156-2011-AZAF del 27 de julio de 2011, AZAF designa como árbitro de parte al ingeniero Mario Manuel Silva López, para integrar el respectivo Tribunal Arbitral Ad Hoc;

Que, mediante Carta N° 406-2011-MMSL-DJ-AC del 08 de agosto de 2011, el citado ingeniero, comunica al Gobierno Regional su aceptación a la designación como árbitro, el que a su vez, mediante escrito del 15 de agosto de 2011 (complementado con escrito 2 de setiembre de 2011), formula, ante el OSCE, una recusación contra el árbitro;

Que, el 19 de octubre del 2011, el árbitro recusado, absuelve el traslado de la recusación, manifestando su decisión de renunciar a su cargo (Carta N° 406-A-2011-MMSL);

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





- i. Mediante Resolución N° 341-2009-OSCE/PRE del 22 de setiembre de 2009, se declaró fundada una recusación contra el árbitro, en el contexto de una controversia surgida entre el Gobierno Regional y AZAF, derivada de la ejecución del Contrato N° 002-2007-GR.CAJ.
- ii. En una nueva controversia derivada del mismo Contrato N° 002-2007-GR.CAJ, AZAF designó nuevamente como árbitro de parte al ingeniero Mario Manuel Silva López quién, a consecuencia de su designación, envió una carta dirigida al Procurador Público del Gobierno Regional, cuestionando la recusación señalada en el párrafo precedente, indicando que: "no resulta razonable para ningún ciudadano de nuestro país que un árbitro sea afectado de esa manera habiendo sorprendido al Presidente del OSCE aprovechando que no era abogado". En ese sentido, la Entidad señala que, la terminología usada por el árbitro tiene implicancias subjetivas que afectan el deber de imparcialidad y que influirá en la decisión a adoptarse en el proceso arbitral.
- iii. El árbitro recusado con motivo de efectuar su deber de declaración señaló que en la totalidad de procesos en los que ha participado como árbitro de AZAF o en algún consorcio donde ésta formaba parte, son ocho (8) en su totalidad; sin embargo, ello es contradictorio con lo resuelto en la Resolución N° 341-2009-OSCE/PRE donde el árbitro recusado habría declarado que participó con el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares (en su condición de representante de AZAF) en no menos de treinta y dos (32) procesos arbitrales.

Asimismo, la declaración es contradictoria con lo probado por la Resolución N° 098-2009-OSCE/PRE que resolvió declarar fundada una recusación en su contra por haber omitido declarar treinta y dos (32) procesos arbitrales en los que habría intervenido junto con Eduardo Ronald Villalobos Linares como árbitro de AZAF o del consorcio que formaba parte. También es contradictoria con lo probado en la Resolución N° 365-2009-OSCE/PRE que declaró fundada una recusación en su contra por haber omitido declarar setenta (70) procesos arbitrales en los que habría intervenido junto con el citado señor Villalobos.

Que, el marco normativo vinculado al arbitraje del cual deriva la presente recusación, corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante el "TUO"), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante "el Reglamento"), la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, (en adelante "LGA"), 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");

Que, los aspectos relevantes identificados con los siguientes:

- i. **Determinar si el árbitro Mario Manuel Silva López cumplió con revelar en forma amplia y rigurosa su relación con AZAF y con el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares de manera que no se generen dudas justificadas que puedan afectar su independencia e imparcialidad.**

- 1 Considerando que la recusación se ha sustentado en la existencia de dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro recusado, así como el incumplimiento del deber de revelación, previamente cabe delimitar los alcances de



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 134-2012 - OSCE/PRE

dichos conceptos en el marco de la doctrina autorizada y el marco normativo aplicable. JOSE MARIA ALONSO¹ ha señalado lo siguiente:

"(...)Frecuentemente se ha entendido que la 'independencia' es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la 'imparcialidad' apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea".

- 2 JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS², refiriéndose a la imparcialidad e independencia expresa:

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

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

- 3 El deber de revelación, por su lado, implica, antes que nada, una exigencia ética al árbitro para que en consideración a la buena fe y a la confianza que han depositado las partes en su persona, informe de: "(...) todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia"³. En ese contexto, las directrices de la International Bar Association-IBA, nos informan que dicha obligación tiene como propósito que las partes puedan juzgar favorable o desfavorablemente la información brindada, y en virtud a ello adoptar las medidas pertinentes, entre ellas efectuar una mayor indagación⁴.

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

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

³JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG: "El deber de revelación del árbitro"; publicado en el Libro El Arbitraje en el Perú y el Mundo - Instituto Peruano de Arbitraje - 2008 - Pág. 323.

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



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

"El deber de revelación es el más importante de cuantos tiene el árbitro y por ello debe ser interpretado por él mismo de forma amplia. El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación quiebra la necesaria confianza que forzosamente ha de inspirar la relación partes/árbitro en un proceso arbitral"⁵.

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

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

- 6 Por otro lado, el Reglamento establece la obligación de los árbitros de revelar cualquier circunstancia (anterior o sobrevenida a la aceptación del cargo) que pueda afectar su independencia o imparcialidad, precisando además que cualquier duda sobre una circunstancia a revelar, se resolverá a favor de la revelación⁷. Por su parte, el Código de Ética señala como deber del árbitro el informar todos los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas que pueden afectar la integridad del arbitraje⁸. En esa misma línea, la LGA también impone a los árbitros la obligación de revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación⁹.

- 7 Conforme a los criterios señalados, es necesario analizar en este extremo si los hechos que ha revelado el árbitro Mario Manuel Silva López (sobre su relación con AZAF y el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares), han sido efectuados de la forma más amplia y rigurosa para no generar dudas sobre su imparcialidad e independencia en el proceso arbitral, a saber:

- a) El árbitro Mario Manuel Silva López, el 8 de agosto del 2011, mediante Carta N° 406-2011-MMSL-DJ-AC reveló, entre otros puntos, los siguientes:

- ❖ Que desde su actividad en el año 2002 ha tenido conocimiento que el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares ha actuado en diversas oportunidades como coordinador de la instalación de Tribunales Arbitrales, contratado por las diferentes empresas y/o Entidades por las que ha sido designado árbitro y en varios procesos en los que ha formado parte de Tribunales Arbitrales.

⁵ JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG: "El deber de revelación del árbitro"; publicado en el Libro *El Arbitraje en el Perú y el Mundo* - Instituto Peruano de Arbitraje - 2008 - Pág. 324.

⁶ 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>.

⁷ Artículo 282.- (...) Todo árbitro debe cumplir, al momento de aceptar el cargo, con el deber de informar sobre cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad e independencia (...) Cualquier duda respecto a si determinadas circunstancias deben o no revelarse, se resolverá a favor de la revelación (...)

⁸ Artículo 3.- (...) Numeral 3.8. (...) El árbitro deberá informar respecto de todos los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas que afecten la integridad del arbitraje (...)

⁹ Artículo 29.- (...) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes (...)



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 134-2012 - OSCE/PRE

- ❖ Declara bajo juramento que no ha mantenido, ni mantiene relación de carácter amical, mercantil, comercial o laboral con el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares ni tampoco con las Empresas o Entidades que a lo largo de los últimos ocho (8) años lo han designado como árbitro.
- ❖ En tres oportunidades ha sido recusado, resoluciones que se pueden visualizar en la página web del OSCE, como las Resoluciones N° 497 y 498-2008-CONSUCODE/PRE y en otras cinco resoluciones, ninguna relacionada con el proceso arbitral de donde se deriva la recusación.
- ❖ En una oportunidad se ha declarado fundada una recusación como consecuencia de un proceso arbitral seguido entre la Entidad y el Contratista.

b) Al respecto, debe tenerse en cuenta que mediante Resolución N° 365-2009-OSCE/PRE del 5 de octubre del 2009, el OSCE declaró fundada una recusación formulada por la Municipalidad Distrital Nuevo Imperial contra el ingeniero Mario Manuel Silva López, fundamentándose en que dicho profesional con el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares participaron en setenta (70) procesos arbitrales¹⁰.

c) Asimismo, mediante Resolución N° 98-2009-OSCE/PRE del 30 de marzo del 2009, el OSCE declaró fundada una recusación formulada contra el ingeniero Mario Manuel Silva López, por no revelar hechos comprendidos en Resoluciones anteriores del OSCE que evidenciaban que tal profesional había estado llevando treinta y dos (32) procesos arbitrales donde participaba también el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares. En dicha Resolución N° 98-2009-OSCE/PRE, también se evidenció que el señor Villalobos Linares actuó como representante del Consorcio Vasmer Cads S.A. - AZAF Contratista Generales S.R.L.¹¹ (Esta última empresa participa en el arbitraje de donde se deriva la presente recusación).

d) Por último, en un proceso arbitral donde intervinieron el Gobierno Regional y AZAF, el OSCE mediante Resolución N° 341-2009-OSCE/PRE de fecha 22 de setiembre del 2009, declaró fundada otra recusación contra el ingeniero Mario Manuel Silva López, evidenciándose en este caso que el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares actuó como representante de AZAF en la instalación del Tribunal Arbitral y en sucesivas actuaciones arbitrales¹².

e) Resulta evidente por los hechos expuestos, que existe una vinculación relevante entre el árbitro recusado y el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares, y a la vez una relación entre éste último con AZAF, que incluso ha motivado que el OSCE haya amparado recusaciones contra el mencionado árbitro. En ese contexto, resulta razonable que en un nuevo proceso arbitral donde intervienen

¹⁰<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/47.pdf>

¹¹<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/-98-mmsl%20pro.pdf>

¹²<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/23.pdf>

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 112 6/8

30 MAY 2012

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

el árbitro recusado, AZAF y el Gobierno Regional, dicho profesional revele con amplitud y rigurosidad su vinculación con el señor Eduardo Ronald Villalobos Linares, lo que no ha ocurrido en el presente caso, pues de modo general ha señalado tener conocimiento que dicha persona ha participado en "varios" procesos donde él fue designado como árbitro, sin precisar número y/o el detalle de tales procesos, como sí lo hiciera expresamente en otros procesos arbitrales donde él mismo revelara que fue designado en más de setenta (70) Tribunales Arbitrales por empresas o Entidades respecto de las cuales tuvo alguna intervención el señor Villalobos Linares.¹³

f) Asimismo, según se observa de su Carta N° 406-2011-MMSL-DJ-AC, el árbitro recusado no ha revelado explícitamente la existencia de la Resolución N° 98-2009-OSCE/PRE del 30 de marzo del 2009, por la cual el OSCE declaró fundada una recusación formulada en su contra en un proceso arbitral seguido entre el Ministerio de Educación –Unidad Ejecutora 108 y el Consorcio Vasmer Cads S.A. – AZAF Contratista Generales S.R.L.; máxime cuando uno de los integrantes del Consorcio es AZAF y que en los fundamentos de dicho resolutivo nuevamente se evidencia la relación con el señor Villalobos Linares.

g) En ese orden de ideas, debe señalarse que el deber de revelación importa una declaración amplia y precisa que libere a las partes de cualquier duda que pueda afectar la idoneidad y neutralidad de un árbitro en un proceso arbitral; situación que no se cumple en el presente caso, por cuya razón existen fundamentos para amparar la recusación en este extremo.

ii. Determinar si las expresiones del árbitro Mario Manuel Silva López respecto de un procedimiento de recusación seguido en su contra en un arbitraje con las mismas partes, generan dudas justificadas sobre su imparcialidad.

1. Mediante Carta N° 406B-2011-MMSL del 26 de junio del 2011, dirigido al Procurador Público del Gobierno Regional, el árbitro recusado, hace referencia a un procedimiento de recusación en su contra que siguiera el Gobierno Regional con AZAF y fuera declarado fundado por el OSCE¹⁴; emitiendo al respecto las expresiones que transcribimos a continuación:

❖ "(...) Si usted revisa la resolución donde se me recusa en el caso de AZAF, ahí mismo va a encontrar la respuesta de lo ilegal de las afirmaciones que se vierten sin ninguna prueba (...) le podré decir que ésta y otras resoluciones las redactó una persona que estudió derecho en la Universidad Católica, pero que no es abogado. Lo que puedo decirle que esta persona ya no trabaja en el OSCE, que era y seguramente es muy amigo del doctor Pairazaman quien era el abogado a quien el Gobierno Regional le encargó el caso para que sea defendido (...)".

2. Conforme se observa, cuando el árbitro recusado, cuestiona la resolución administrativa del OSCE que declaró fundada una recusación en su contra, pone en entredicho la actuación de los representantes del Gobierno Regional que interpusieron la recusación, pues señala que obraron motivados por otro tipo de intereses y que

¹³ Resolución N° 341-2009-OSCE/PRE - <http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/23.pdf>

¹⁴ Se hace referencia a la Resolución N° 341-2009-OSCE/PRE del 22 de setiembre del 2009, que declaró fundada una recusación contra el árbitro Mario Manuel Silva López, en el marco de una controversia seguida entre AZAF y el Gobierno Regional



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 134-2012 - OSCE/PRE

incluso, según alega, habrían tenido vínculos cercanos con un ex personal del OSCE que habría elaborado dicha resolución.

3. Las expresiones vertidas por el recusado denotan cierta inclinación subjetiva a cuestionar la actuación de los funcionarios del Gobierno Regional que en su momento lo recusaron. Tal circunstancia, en un nuevo arbitraje donde participan las mismas partes y el mismo árbitro (como lo es el proceso arbitral de donde deriva la presente recusación) de hecho es un elemento que justifica que se genere desconfianza en la Entidad, respecto de la actuación del mencionado profesional y de que se lleve a cabo un arbitraje con absoluta imparcialidad.

Que, si bien una de las finalidades que procura la recusación es el apartamiento del árbitro al haberse descalificado su idoneidad para el proceso; ello no podrá efectivizarse en tanto el árbitro recusado ha formulado su renuncia, de modo que en este supuesto, aun cuando existirían fundamentos objetivos que hubieran permitido amparar la presente recusación, al existir una causa sobrevenida con posterioridad al inicio del procedimiento, corresponde dar por concluido el mismo, al amparo de lo señalado en el numeral 186.2 del artículo 186° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁵;

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

Que, de acuerdo con el literal q) del artículo 11° del citado Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, es atribución de su Presidente Ejecutivo, resolver las recusaciones interpuestas contra conciliadores o árbitros, de conformidad con la normativa de contrataciones con el Estado;

Estando a lo expuesto, y de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUMODE/PRE; y con el visado de la Dirección de Arbitraje Administrativo y la Oficina de Asesoría Jurídica;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DAR POR CONCLUIDO el procedimiento de recusación iniciado a solicitud del Gobierno Regional de Cajamarca contra el Ingeniero Mario Manuel Silva López, en atención a la renuncia al cargo de árbitro formulada por dicho profesional, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

¹⁵Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General - Artículo 186°.- Fin del Procedimiento: 186.2.- También pondrán fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 112 878

30 MAY 2012

Patricia Bullón

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



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
MAGAL ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva

