



# Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

## Resolución N° 136 - 2012 - OSCE/PRE

Jesús María, 30 MAYO 2012

**SUMILLA:** Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después del nombramiento.

La imparcialidad e independencia en el arbitraje, conlleva el deber de revelar a las partes aquellos hechos o circunstancias que surjan durante su tramitación, y puedan afectar dichos conceptos, lo que lleva a examinar hasta donde se extiende el deber de información o revelación del árbitro, debiendo proceder en su caso a comunicar todas aquellas circunstancias que puedan surgir no sólo desde un punto de vista subjetivo (en el árbitro), sino también desde un punto de vista objetivo; lo que pueda llevar a las partes a poner en duda la imparcialidad o independencia.

Las incompatibilidades previstas para los empleados públicos deben ser expresas. Así, de la revisión del marco legal vigente aplicable a la función pública, se colige que no existe una prohibición, incompatibilidad o impedimento específico con relación a que un empleado público desempeñe labores arbitrales "per se". La única disposición relacionada con este supuesto se encuentra contenida en el literal f) del artículo 2° de la Ley N° 27588, el cual no resulta aplicable al supuesto del presente caso. Bajo la regulación en materia de contrataciones del Estado, el empleado público estaría impedido de ejercer la función arbitral siempre que la Entidad donde labore tenga relación directa con el caso arbitral; dicho supuesto no se configura en el presente caso.

No procede una recusación contra los Secretarios Arbitrales, en tanto no es una figura regulada por el ordenamiento jurídico vigente, siendo que la naturaleza de la recusación corresponde a un mecanismo procesal que el ordenamiento otorga a las partes a fin de que el árbitro designado por cualquiera de ellas - cuando no cumple con sus deberes y obligaciones - sea apartado del cargo, siendo que los Secretarios Arbitrales son designados por los árbitros.

### VISTOS:

La solicitud de recusación contra elabogado César Alberto Mosqueira Prado, formulada por la Municipalidad Distrital de Echarateel 03 de noviembre de 2011 (Expediente de Recusación N° R060-2011), los escritos presentados por el citado profesional y el Consorcio Echarate, así como el Informe N° 035-2012- DAA de fecha 12 de abril del 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 24 de abril de 2008, la Municipalidad Distrital de Echarate (en adelante la "Entidad") y el Consorcio Echarati, conformado por las empresas EIVI S.A.C., JL Ingeniería y Servicios S.A.C., y Jack López Ingenieros S.A.C., (en adelante el "Consorcio"), suscribieron el Contrato N° 170-2008-MDE-UL/LC, para la "Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de Obra: Construcción Puente Echarate" (en adelante "el Contrato");

Que, surgida la controversia entre la Entidad y el Consorcio, el 10 de diciembre de 2010 se instaló el Tribunal Arbitral Ad Hoc, integrado por los árbitros Patrick Hurtado Tueros (Presidente), Edwin Giraldo Machado (árbitro designado por el Consorcio) y César Alberto Mosqueira Prado (árbitro designado por la Entidad);

Que, posteriormente, la Entidad formuló ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), una recusación contra el árbitro César Alberto Mosqueira Prado, presentada el 03 de noviembre de 2011;



Que, el 12 y 19 de diciembre de 2011 respectivamente, el Consorcio y el abogado César Alberto Mosqueira Prado absolvieron el traslado de la recusación, solicitando que la misma se declare infundada;

**a) POSICIÓN DE LA PARTE RECUSANTE (ENTIDAD):**

Que, la recusación formulada por la Entidad se sustenta en que, según señala, existen dudas justificadas respecto a la imparcialidad e independencia del árbitro recusado, según los siguientes fundamentos:

- i) El abogado César Alberto Mosqueira Prado, propuesto como árbitro por el ex Procurador Público de la Entidad, se encontraría impedido de ejercer la labor arbitral, en tanto viene ocupando el cargo de Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, (Provincia y Departamento del Cusco), habiéndose configurado la causal sobreviniente de impedimento para ser árbitro.
- ii) Al ser funcionario público, el abogado César Alberto Mosqueira Prado, no solo se encuentra impedido de ejercer la función arbitral a la luz del marco legal en materia de contrataciones con el Estado, sino también estaría impedido de percibir un pago por parte de la Entidad, en atención a la prohibición de la doble percepción de ingresos por parte del Estado, conforme a las disposiciones que regulan la carrera administrativa pública.
- iii) El árbitro recusado ha intervenido en anteriores arbitrajes promovidos en contra de la Entidad, emitiendo laudos que han sido cuestionados en sede judicial.

Que, la Entidad también formula una "recusación" contra la Secretaria Arbitral del proceso (abogada Nataly Elizabeth Pinto Pérez), por supuestas irregularidades en su desarrollo;

Que, cabe precisar que la Entidad sustenta su recusación en lo dispuesto en el inciso 7) del artículo 279° y en el inciso 1) del artículo 283° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, en el artículo 27° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público;

**b) POSICIÓN DE LA PARTE RECUSADA - DESCARGOS:**

El árbitro manifiesta su rechazo a la recusación, de acuerdo con los siguientes argumentos:

- i) La existencia de una supuesta falta de autorización del Procurador Público de la Municipalidad Distrital de Echarate (por parte del Consejo Municipal de la Entidad), lo que viciaría el accionar de la Entidad.
- ii) Ha ejercido el cargo de Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de San Sebastián entre el 02 de enero y el 24 de octubre de 2011. El arbitraje ad hoc, por cuya actuación se lo recusa, ha sido promovido en el año 2010 e instalado el tribunal el 10 de diciembre del mismo año, cuando aún no ejercía el cargo antes mencionado, razón por la que, sin consentir dicha circunstancia como causal de recusación, no es posible cuestionar su actuación por dicha razón.
- iii) La Entidad ha invocado normas que aparentemente imposibilitarían su actuación como árbitro por haber ejercido el cargo de Gerente Municipal. Sin embargo, éstas posibilitarían que se observe el ejercicio de cargo de gerente, mas no el de árbitro, siendo evidente, más



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,  
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO  
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL  
QUE HE TENIDO A LA VISTA. 3/13  
REG. N° 113

30 MAY 2012

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

## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 136 - 2012 - OSCE/PRE

iv) aún cuando no se ha invocado norma expresa que imposibilite a una persona que ejerce la función de árbitro, ser designada posteriormente Gerente Municipal.

v) En cuanto a la supuesta doble remuneración, dicho concepto corresponde única y exclusivamente a los ingresos obtenidos por el trabajo personal obtenido en relación de dependencia, calificación que no comprende a los árbitros quienes perciben, por sus servicios, honorarios profesionales que califican –a diferencia de las remuneraciones que constituyen rentas de quinta categoría– como rentas de cuarta categoría por el ejercicio individual de la profesión sin la relación de dependencia.

#### c) POSICIÓN DE LA CONTRAPARTE EN EL ARBITRAJE (EL CONSORCIO):

Que, el Consorcio absuelve el traslado de la recusación de acuerdo con lo siguiente:

- i) Que la Entidad recuse al árbitro que ella designó, es una figura que no se encuentra prevista en la norma de contratación estatal ni en la de arbitraje.
- ii) Basándose en que el árbitro fue designado por la Entidad en la gestión del Alcalde anterior, no se puede pretender recusarlo, más aún, considerando que se ha pagado parte de los honorarios arbitrales y que el proceso arbitral viene desarrollándose desde hace veintidós (22) meses.
- iii) El nombramiento del abogado César Alberto Mosqueira Prado como Gerente Municipal en la Municipalidad Distrital de San Sebastián, es posterior a su designación como parte del Tribunal Arbitral, hecho que según el Procurador de la Entidad es causal sobreviniente de impedimento para ser árbitro, pero que en todo caso debería haber sido analizado como causal de impedimento para ser nombrado Gerente Municipal, asunto que corresponderá resolver a la Municipalidad Distrital de San Sebastián.

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 la normativa de contrataciones y adquisiciones con el Estado, así como las normas de derecho público y las demás de derecho privado, manteniendo este orden de preferencia en la aplicación del derecho.
2. De acuerdo con su cláusula segunda, el Contrato se regula por las disposiciones contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM. Asimismo, de acuerdo con su cláusula vigésimo novena, las controversias derivadas de su ejecución e interpretación, se resolverán mediante arbitraje de derecho (remitiéndose a las normas de contrataciones antes mencionadas).
3. Asimismo, de conformidad con el numeral 4) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 05 de febrero de 2010, se deja constancia que el arbitraje se rige por las reglas.



establecidas en dicha Acta, y supletoriamente por la Ley, el Reglamento, y el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante la "LA").

4. En tal sentido, debemos señalar que el marco normativo vinculado a la presente recusación corresponde a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento, 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 de fecha 05 de junio de 2008 (en adelante el "Código de Ética").
5. La materia controvertida identificada en la presente recusación se resumen en las siguientes interrogantes:
  - (i) ¿El Procurador Público de la Entidad se encuentra legitimado para formular la presente recusación?

- i.1. El árbitro recusado ha señalado que el Procurador Público de la Entidad no contaría con la autorización del Concejo Municipal para accionar en este fuero y, por tanto, no podría formular la presente recusación, según lo dispuesto por el inciso 23) del artículo 9° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, que dispone:

"Corresponde al Concejo Municipal: (...) Autorizar al procurador público municipal, para que, en defensa de los intereses y derechos de la municipalidad y bajo responsabilidad, inicie o impulse procesos judiciales contra los funcionarios, servidores o terceros respecto de los cuales el órgano de control interno haya encontrado responsabilidad civil o penal; así como en los demás procesos judiciales interpuestos contra el gobierno local o sus representantes (...)"

- i.2. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29° de la citada Ley Orgánica de Municipalidades, la representación y defensa de los intereses y derechos de las municipalidades en juicio, se ejercitan a través del órgano de defensa judicial conforme a ley, el cual está a cargo de procuradores públicos municipales. En ese orden, el numeral 1 del artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1068, Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, dispone que los Procuradores Públicos Municipales ejercen la defensa jurídica del Estado y el artículo 36° del Reglamento del citado Decreto Legislativo (aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-2008-JUS), dispone expresamente que:

"(...) el Procurador Público ejerce la defensa jurídica del Estado en el ámbito nacional, en sede jurisdiccional y no jurisdiccional, al amparo de la Constitución y las Leyes con el fin de cautelar los intereses del Estado (...)"

- i.3. Finalmente, el artículo 37° del citado Reglamento, dispone que, el Procurador Público tiene la atribución de representar al Estado y defender los intereses de la Entidad a la que representa ante los órganos jurisdiccionales y administrativos, así como ante el Ministerio Público, Policía Nacional, Tribunal Arbitral, Centro de Conciliación y otros de similar naturaleza en los que el Estado es parte.
- i.4. Es suma, de la lectura conjunta de las normas citadas, se tiene que no se establecen requisitos adicionales para que los Procuradores Públicos Municipales puedan actuar ante un ente administrativo o, como en el presente caso, formular una recusación, cuando ejercen, de acuerdo a Ley, la representación y defensa de los intereses y derechos del Municipio.

- (ii) ¿La Entidad puede recusar al abogado César Alberto Mosqueira Prado, árbitro designado por ésta misma?



## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 136-2012 - OSCE/PRE

- 1.1. El hecho de que una parte recuse el árbitro que ella misma designó, ha sido regulado por el inciso 5) del artículo 28° del Decreto Legislativo N° 1071 de la siguiente manera:

*"(...) una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento (...)" (el resaltado es nuestro)*

A modo ilustrativo, cabe señalar que el artículo antes citado acoge un esquema regulativo inspirado en el artículo 12° de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>1</sup>, el cual al igual que en el caso peruano, ha inspirado otros ordenamientos en este tema en particular, tal como sucede con el artículo 17° de la Ley Española de Arbitraje<sup>2</sup>.



- 1.2. La doctrina nacional también es firme en este sentido, señalando que sólo se puede recusar a un árbitro nombrado por la parte, si ésta ha participado en su nombramiento, pero por causas de las que no haya tenido conocimiento sino después de su designación, porque si tuvo conocimiento antes, entonces no debió nombrarlo<sup>3</sup>.



- 1.3. La presente recusación se basa en que el abogado César Alberto Mosqueira Prado fue designado Gerente Municipal de la Municipalidad de San Sebastián con posterioridad al nombramiento como árbitro, lo cual constituiría una causal sobreviniente y, como tal, estaría regulada por el artículo 28° de la "LA" antes citado. En tal sentido, siendo que la causal invocada por la Entidad en la presente recusación se basa en un hecho sobreviniente al nombramiento del árbitro recusado, procede efectuar el análisis de la causa invocada por la Entidad para recusar, conforme a lo desarrollado en el acápite iii) y iv) siguientes.



- (iii) ¿El hecho de que el abogado César Alberto Mosqueira Prado desempeñara el cargo de Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de San Sebastián, posteriormente a su designación como árbitro, constituye un impedimento para el ejercicio de la función arbitral, así como una incompatibilidad para percibir los honorarios arbitrales pagados por la Entidad, y por ende, una causal de recusación?

- iii.1. Son causales de recusación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 283° del Reglamento, las siguientes:

"Artículo 283° del Reglamento

Causales de recusación.- Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas:

<sup>1</sup> Artículo 12, Ley Modelo CNUDMI. Motivos de recusación

1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

<sup>2</sup> Cfr. Informe del Grupo de Trabajo del Club Español de Arbitraje sobre la independencia de los árbitros (Ver: [http://www.clubarbitraje.com/files/docs/Documento\\_Independencia.pdf](http://www.clubarbitraje.com/files/docs/Documento_Independencia.pdf))

<sup>3</sup> Cfr. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Independencia, Imparcialidad y Recusación". En: "Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009". Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra, Lima, 2010. Pág. 42.



- 1) Cuando se encuentren impedidos conforme el Artículo 279° o no cumplen con lo dispuesto en el Artículo 278° de este Reglamento.(...)
- 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.” (el resaltado es nuestro).

iii.2. El sustento legal de la recusación formulada por la Entidad contra el Tribunal Arbitral se basa en los citados numerales 1) y 3), en cuanto alega que el hecho de que el árbitro fuera nombrado como Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, constituye un supuesto de impedimento para el ejercicio de la función arbitral, de acuerdo con el inciso 7) del artículo 279° del Reglamento; así como un supuesto de incompatibilidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, al considerar que el árbitro en cuestión habría recibido doble ingreso por parte del Estado (por un lado, los honorarios arbitrales cancelados por la Municipalidad Distrital de Echarate, y por otro lado, su remuneración como Gerente Municipal en la Municipalidad Distrital de San Sebastián). Señala, además, que los hechos descritos le generan dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro recusado, en tanto no comunicó a las partes la situación antes descrita.

iii.3. Con relación a la causal 1) del artículo 283° del Reglamento, como primer aspecto a abordarse en el análisis, se encuentra el determinar si el árbitro recusado se encuentra impedido de ejercer la función arbitral por el hecho de haber sido designado posteriormente como funcionario público en otra Entidad. Para tal efecto, corresponde remitirnos al marco legal en materia arbitral que regula los impedimentos en cuestión.

En el artículo 21° del Decreto Legislativo N° 1071 se establece que tienen incompatibilidad para actuar como árbitros, los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad. Comentando el artículo, la doctrina nacional señala que:

“(…) la nueva norma [Decreto Legislativo N° 1071] es deliberadamente más elástica y no es necesario que la incompatibilidad esté establecida en dispositivo con rango de Ley. Por eso, es que la parte final del artículo menciona “los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectiva”, dando así a entender que esta norma podría ser, por ejemplo, el estatuto de una institución de derecho público, aunque no haya sido aprobado por disposición legal propiamente dicha. (...)”<sup>4</sup>

En ese sentido, corresponde remitirnos al marco legal especial previsto por el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Así, el inciso 7) del artículo 279° del Reglamento dispone lo siguiente:

“Artículo 279° del Reglamento

Impedimentos.- Se encuentran impedidos para actuar como árbitros:

(...)

7) Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.

(...)” (el resaltado es nuestro).

<sup>4</sup> Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Comentario al artículo 21° del Decreto Legislativo N° 1071. En: SOTO COÁGUILA, Carlos y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”, Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011. pp 294-296.



## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 136 - 2012 - OSCE/PRE

Conforme se aprecia del artículo citado, existen dos (2) supuestos que deben configurarse de forma concurrente para que un funcionario o servidor público este impedido de ejercer la función arbitral:

1) Que el funcionario o servidor público labore en una Entidad que tenga relación directa con el caso que arbitraría; en el presente caso, podría afirmarse, en primera instancia, que el árbitro recusado, estando en pleno ejercicio de las funciones arbitrales, aceptó desempeñar el cargo de Gerente Municipal de una Entidad que no tiene relación directa con el arbitraje que lo convocó.

2) No obstante, dicho supuesto tiene que ser entendido considerando el segundo; es decir, no basta verificar si la Entidad en la que el árbitro recusado desempeña función pública tiene relación directa con el caso arbitral, sino también corresponde analizar si el sólo hecho de ejercer un cargo público como funcionario, servidor o cualquiera sea la modalidad contractual que lo vincula con el Estado, constituye un supuesto de incompatibilidad que compromete por extensión el ejercicio de la función arbitral y que, por ende, se configuraría como un impedimento que puede ser invocado vía recusación.

iii.4. El aspecto abordado en el numeral 2) anterior, implica determinar los alcances de las incompatibilidades previstas en el marco legal que regula la función pública y si resultan extensivas a efectos de delimitar la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 279° del Reglamento. En ese orden, el marco legal sobre incompatibilidad vigente comprende:

- La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 40°, prohíbe el desempeño de más de un empleo o cargo público remunerado.
- La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, preceptúa en su artículo 3° que ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso.
- El Decreto de Urgencia N° 007-2007, en su Única Disposición Complementaria Final, dispone que en el Sector Público no se podrá percibir simultáneamente remuneración y pensión, incluidos honorarios por servicios no personales, asesorías o consultorías.
- La Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, establece de modo general que se encuentra prohibido realizar más de una actividad remunerada y subordinada para el Estado, entendido éste en su máxima expresión; así como tampoco recibir contraprestación, independientemente de la denominación (remuneración, honorarios, retribución, emolumento).
- La Ley N° 27588, Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> "Artículo 2.- Impedimentos

Las personas a que se refiere el Artículo 1 de la presente Ley, respecto de las empresas o instituciones privadas comprendidas en el ámbito específico de su función pública, tienen los siguientes impedimentos:

(...)

f. Intervenir como abogados, apoderados, asesores, patrocinadores, peritos o árbitros de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma repartición del Estado en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo o cumplen el encargo



- iii.5. De la revisión integral de las normas antes citadas, se puede concluir en primer lugar que ningún empleado público se encontraría habilitado para recibir contraprestación adicional de otra Entidad Pública o empresa de derecho público, en tanto mantenga un vínculo con una Entidad de la Administración Pública, excepto las que se encuentren expresamente permitidas (docencia y participación en Directorios de Entidades y empresas estatales), y que, bajo esa lógica jurídica plasmada en la Ley N° 28175, dicha restricción remunerativa sería extensiva a aquellos funcionarios públicos que ejerzan función arbitral, siempre que en el arbitraje una de las partes sea una Entidad Pública o una empresa de derecho público.
- iii.6. Sobre este aspecto, en el Informe Legal N° 200-2009-ANSC/OAJ de fecha 26 de noviembre de 2009, emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR)<sup>6</sup>, se concluye que los empleados públicos no podrán participar como árbitros en procesos arbitrales en los que una parte sea una Entidad o Empresa del Estado, siempre que perciban de dicha parte un pago o ingreso como contraprestación por su participación en el proceso arbitral Ad Hoc.

Sobre el alcance de esta opinión, debe referirse que SERVIR es la autoridad competente para emitir opiniones en materia de servicio civil, absolviendo consultas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema de Gestión de Recursos Humanos, planteados en temas genéricos y vinculados entre sí. Conforme con el literal h) del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1023, SERVIR cuenta con la función de emitir opinión técnica vinculante en las materias de su competencia.

En conclusión, de verificarse que el abogado César Alberto Mosqueira Prado habría percibido simultáneamente sus honorarios como árbitro (en relación a la proporción pagada por la Municipalidad Distrital de Echarate) y su remuneración como Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, corresponderá analizarse y resolverse esta supuesta infracción en el fuero competente y no por vía de recusación.

- iii.7. En segundo lugar, se puede concluir que aquellos funcionarios o servidores públicos que decidan ejercer la función arbitral o aquellos árbitros que son designados posteriormente funcionarios o servidores públicos en una Entidad Pública, se encuentran sujetos a los límites previstos por las normas vigentes de incompatibilidad funcional y de impedimentos para el ejercicio del cargo de árbitro, las mismas que se aplican sistemáticamente y respetando los alcances de cada una, según el rango normativo y el ámbito de especialidad.

En el caso bajo análisis, el supuesto de hecho consiste en que un árbitro, que posteriormente a su designación como tal, asumió el cargo de Gerente Municipal de una Entidad distinta a la que participa como parte en el arbitraje y que no tiene relación directa con el asunto del proceso. Tomando en cuenta ello y teniendo presente que las incompatibilidades previstas para los empleados públicos deben ser expresas, se concluye lo siguiente:

- 1) De la revisión del marco legal vigente sobre incompatibilidad para la función pública se colige que no existe una prohibición, incompatibilidad o impedimento específico con relación a que un empleado público desempeñe labores arbitrales "per se"; la única

conferido; salvo en causa propia, de su cónyuge, padres o hijos menores. Los impedimentos subsistirán permanentemente respecto de aquellas causas o asuntos específicos en los que hubieren participado directamente.

Los impedimentos se extienden hasta un año posterior al cese o a la culminación de los servicios prestados bajo cualquier modalidad contractual, sea por renuncia, cese, destitución o despido, vencimiento del plazo del contrato o resolución contractual."

<sup>6</sup> Cfr. Informe Legal N° 200-2009-ANSC/OAJ de fecha 26 de noviembre de 2009, Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) (Ver en: [http://www.servir.gob.pe/files/Informes%20Legales/InfoLegal\\_200-2009-ANSC-OAJ.pdf](http://www.servir.gob.pe/files/Informes%20Legales/InfoLegal_200-2009-ANSC-OAJ.pdf))



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO  
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO  
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL  
QUE HE TENIDO A LA VISTA. 9/13  
REG. N° 113

30 MAY 2012

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

## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 136 - 2012 - OSCE/PRE

disposición relacionada con este supuesto se encuentra contenida en el literal f) del artículo 2° de la Ley N° 27588<sup>7</sup>, el cual no resulta aplicable al supuesto del presente caso.

- 2) Bajo la regulación en materia de contrataciones del Estado, el empleado público estaría impedido de ejercer la función arbitral siempre que la Entidad donde labore tenga relación directa con el caso arbitral<sup>8</sup>; dicho supuesto no se configura en el presente caso.

Así, se concluye que el árbitro no se encuentra incurso en algún supuesto de incompatibilidad expresamente regulada por las normas que rigen la función pública y tampoco se encuentra incurso en el impedimento para el ejercicio de la función arbitral, previsto en el numeral 7) del artículo 283° del Reglamento, en tanto prestó labores a una Entidad que no se encontraba relacionada directamente con el caso arbitral.

- (iv) ¿El hecho de que la designación del abogado César Alberto Mosqueira Prado como Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de San Sebastián haya sido un hecho sobreviniente a su aceptación y no haya sido revelada por éste a las partes, así como su anterior participación en arbitrajes promovidos en contra de la Entidad, constituyen elementos que generan dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad y, por ende, constituyen una causal de recusación?

iv.1. La Entidad ha manifestado también que la situación en cuestión, al haber sido conocida con posterioridad a la aceptación del árbitro recusado - a través de una indagación de parte -, se configura como un hecho sobreviniente a su nombramiento, que genera dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, que también se manifiestan en torno al hecho de que el árbitro habría participado en anteriores procesos arbitrales promovidos en contra de la Entidad y cuyos laudos han sido cuestionados por esta parte en la vía judicial.

iv.2. Al respecto, el árbitro recusado, ha señalado que desempeñó el cargo de Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de San Sebastián desde el 02 de enero hasta el 24 de octubre de 2011 y, al haberse planteado la recusación con fecha 03 de noviembre de ese año, la supuesta causal de recusación ya no existía.

iv.3. Al cuestionarse el cumplimiento del deber de revelación del árbitro y, su independencia e imparcialidad, resulta pertinente delimitar los alcances de estas nociones, en atención a la normativa aplicable y al desarrollo doctrinario en la materia.

<sup>7</sup> "Artículo 2.- Impedimentos

Las personas a que se refiere el Artículo 1 de la presente Ley, respecto de las empresas o instituciones privadas comprendidas en el ámbito específico de su función pública, tienen los siguientes impedimentos:

(...)

f. Intervenir como abogados, apoderados, asesores, patrocinadores, peritos o árbitros de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma repartición del Estado en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo o cumplen el encargo conferido; salvo en causa propia, de su cónyuge, padres o hijos menores. Los impedimentos subsistirán permanentemente respecto de aquellas causas o asuntos específicos en los que hubieren participado directamente. Los impedimentos se extienden hasta un año posterior al cese o a la culminación de los servicios prestados bajo cualquier modalidad contractual, sea por renuncia, cese, destitución o despido, vencimiento del plazo del contrato o resolución contractual."

<sup>8</sup> "Artículo 279° del Reglamento

Impedimentos.- Se encuentran impedidos para actuar como árbitros:

(...)

7) Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes. (...) (el resaltado es nuestro)



iv.4. Sobre el deber de revelación, se tiene que, por un lado, el artículo 282° del Reglamento es claro al referirse que su cumplimiento no se circunscribe sólo al momento de la aceptación; por el contrario, es un deber de cumplimiento constante durante todo el proceso arbitral. En ese sentido, es expreso en disponer que este deber de información comprende además la obligación de informar respecto de la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a la aceptación y que cualquier duda respecto a si determinadas circunstancias deben o no revelarse, se resolverá a favor de la revelación que supone el cumplimiento del deber de información para con las partes. La doctrina desarrolla una serie de consideraciones que permiten comprender mejor los alcances del cumplimiento del citado deber durante todo el arbitraje. Así, REDFERN explica lo siguiente:

"(...) la persona que es contactada por una de las partes para desempeñarse como árbitro designado por ésta habitualmente le revelará los hechos pertinentes a la partes en cuestión en primera instancia y de manera informal. Si las circunstancias reveladas no generan motivo de inquietud ya sea para el posible árbitro o la parte que vaya a designarlo, el candidato acepta la nominación y les comunica formalmente y por escrito a ambas partes los hechos pertinentes cuando por su naturaleza corresponda revelarlos por considerarse que "a los ojos" de la otra parte podrían generar dudas respecto de la independencia e imparcialidad del futuro árbitro. Por ende en este contexto existe una diferencia sutil entre el criterio objetivo que consiste en determinar si los hechos pertinentes generarían dudas a los ojos de un tercero razonable, y el criterio subjetivo, que busca establecer si generarían dudas a los ojos de las partes enfrentadas en la controversia específica..."<sup>9</sup>

iv.5. Por otro lado, con relación a la imparcialidad e independencia de los árbitros, autores como GONZÁLES DE COSSÍO recogen a modo de resumen la posición de la doctrina mayoritaria, señalando lo siguiente:

"(...) es un requisito fundamental del arbitraje (...) el que los árbitros sean y permanezcan tanto "independientes" como "imparciales" (...) A primera vista, ambos términos podrían parecer intercambiables y, por ende, tautológicos. Podría pensarse que se refieren a un mismo tema: neutralidad. Sin embargo, tienen significados jurídicos distintos.

La doctrina y la jurisprudencia arbitral, si bien no en forma unánime, les ha dado un contenido que resumiría de la siguiente manera:

- **Independencia:** Es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. Se calificará de independiente a un árbitro que carezca de vínculos "próximos, sustanciales, recientes y probados" Claro que el *quid* reside precisamente en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un árbitros sea considerado como carente de independencia.
- **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. (...)

El tema de la independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros es de gran importancia en el arbitraje por la siguiente sencilla razón: el arbitraje se basa en la confianza. (...)"<sup>10</sup>

Por su parte, JIJÓN LETORT hace referencia a los deberes y obligaciones entorno a la independencia e imparcialidad en el arbitraje; comenta que, para asegurar que los árbitros actúen con independencia e imparcialidad y que las partes puedan percibir ello, las leyes y

<sup>9</sup> REDFERN, Alan y otros. En: "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional". 4ta. Edición. Ed. Thomson Aranzadi. Navarra, España. Año 2006. P. 309.

<sup>10</sup> Cfr. GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco, "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros", en [www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx). pp. 2-3.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,  
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO  
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL  
QUE HE TENIDO A LA VISTA. 11/13  
REG. N° 113

30 MAY 2012

PATRICIA LANDI BULLÓN  
FEDATARIO - OSCE

Reg. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 136-2012 - OSCE/PRE

reglas de arbitraje imponen una serie de obligaciones a los árbitros, entre las cuales destaca como la más importante el deber de información y revelación a favor de las partes. Al respecto, señala lo siguiente:

*"(...) Estas imposiciones se deben a que (...) no es suficiente que el árbitro sea independiente e imparcial, sino que esa sea la percepción que de él tengan las partes y la comunidad arbitral. (...) la revelación de un hecho por parte de un árbitro lo inmuniza frente a posibles reclamos de las partes por falta de independencia e imparcialidad derivados de ese hecho.*

Tampoco se espera que el árbitro deba informar toda relación indirecta o irrelevante. La entrega de información irrelevante no solo demora el proceso arbitral sino que por irrelevante que sea la información, puede sembrar, en la otra parte, dudas innecesarias sobre la independencia del árbitro. (...)"<sup>11</sup> (el resaltado es nuestro)

iv.6. Considerando los conceptos antes delimitados y teniendo presente los hechos del caso en particular, se puede concluir lo siguiente:

- a) Con relación al deber de declaración, si bien queda en evidencia que el árbitro recusado no informó a las partes sobre su designación como Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, esta no constituye la omisión de información sobre un hecho o circunstancia que podría afectar la independencia e imparcialidad en el arbitraje, en tanto las funciones que desempeñó como Gerente Municipal, así como la misma Municipalidad Distrital de San Sebastián, no tienen relación directa ni indirecta con el caso arbitral ni con las partes intervinientes en el arbitraje.

En ese sentido, considerando que el deber de revelación tiene como "ratio" preservar la independencia e imparcialidad en el arbitraje, la no revelación de hechos que a todas luces no tienen relación directa con el caso arbitral y que, por ende, no tendrían incidencia en la independencia e imparcialidad del árbitro, no constituye una infracción de este deber. Por lo tanto, la recusación en este extremo carece de fundamento.

- b) Con relación a las dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, de la revisión de los antecedentes y el aporte documentario, se aprecia que la recusante no ha acreditado a través de prueba fehaciente o indicio razonable sobre la existencia de un riesgo en la neutralidad del fallo arbitral que se emita, en tanto dicha parte asume de plano que el árbitro recusado emitirá un laudo desfavorable a sus intereses, teniendo en cuenta los cuestionamientos efectuados por dicha parte a laudos emitidos por dicho profesional en otros procesos arbitrales, no siendo ello suficiente para evidenciar una potencial afectación a su independencia e imparcialidad. Por lo tanto, la recusación en este extremo carece de fundamento suficiente.

(v) ¿Es posible recusar al Secretario Arbitral del proceso, la abogada Nataly Elizabeth Pinto Pérez, a la luz de marco de legal de arbitraje y contrataciones del Estado?

v.1. La Entidad también formula recusación contra el Secretario Arbitral del proceso, por supuestas irregularidades en su desarrollo, por lo que corresponde precisar la naturaleza de

<sup>11</sup> Cfr. JIJÓN LETORT, Rodrigo, "Independencia de los árbitros", en *El Arbitraje en el Perú y el Mundo 1*, Lima, 2008, Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 357-359.



la función del citado Secretario, así como los alcances del recurso de recusación al interior del proceso arbitral. Según CAVAINO, los Secretarios Arbitrales son colaboradores de los árbitros y cooperan con ellos en la dirección del procedimiento, coordinando las actuaciones y sirviendo de nexo entre los mismos árbitros o, inclusive, tomando a su cargo los intentos de conciliación que se realicen durante el arbitraje<sup>12</sup>.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI explica que los Secretarios Arbitrales son quienes prestan el apoyo administrativo que el tribunal arbitral puede necesitar para desempeñar sus funciones, bajo su dirección; sin embargo, también reconoce la posibilidad que las partes puedan consentir que los secretarios puedan realizar tareas que no sean puramente de organización, sino también de investigación jurídica y otras de asistencia profesional al tribunal<sup>13</sup>.

- v.2. En cuanto a los alcances del recurso de recusación de árbitros, el numeral 3 del artículo 28° de la "LA" establece que 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. En ese mismo sentido, el artículo 283° del Reglamento establece las causales para recusar solamente a árbitros en procesos arbitrales en materia de contrataciones del Estado.
- v.3. Considerando lo señalado en los puntos precedentes, se aprecia que no procede una recusación contra los Secretarios Arbitrales, en tanto dicho recurso está previsto como un mecanismo procesal que el ordenamiento dota a las partes a fin de que un árbitro que no cumple con sus deberes y obligaciones sea apartado de dicho cargo, por cuanto el árbitro es designado por las mismas, lo cual no ocurre con los Secretarios Arbitrales que son designados por los árbitros; sin dejar de lado que la recusación del Secretario Arbitral no es un mecanismo que se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico aplicable.

Por tanto, no se puede emitir pronunciamiento respecto a la recusación formulada por la Entidad en contra del Secretario Arbitral del proceso. Sin perjuicio de ello, resulta pertinente precisar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° del Código de Ética, las disposiciones de dicho instrumento resultan aplicables también a los secretarios arbitrales de procesos no administrados por el OSCE, por lo que ante la infracción de los principios y deberes contenidos en el Código de Ética por parte de un secretario arbitral, la parte interesada podrá denunciar dicha infracción, de conformidad con los requisitos y procedimientos previstos para tal fin;

Que, por lo señalado y tomando en consideración el análisis de fondo y forma efectuado, corresponde declarar **INFUNDADA** la recusación interpuesta por la Municipalidad Distrital de

<sup>12</sup> CAVAINO, Roque J. Arbitraje. Buenos Aires: Ad-hoc, 2da. ed., 2008, pp. 212-213.

<sup>13</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 29° período de sesiones - Arbitraje comercial internacional: Proyecto de Notas sobre organización del proceso arbitral (A/CN.9/423). En: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V96/814/81/PDF/V9681481.pdf?OpenElement>. (consulta efectuada el 21/01/2012). Al respecto, el numeral 27 de este documento señala:

"En la medida en que las tareas del secretario sean puramente de organización (por ejemplo, obtener salas de reunión o coordinar los servicios de secretaría), su misión no suscitará controversias. En cambio, pueden surgir divergencias si sus tareas se extienden a la investigación jurídica y alguna otra asistencia profesional al tribunal (por ejemplo, la recopilación de jurisprudencia o de comentarios publicados sobre cuestiones jurídicas especificadas por el tribunal, la preparación de resúmenes de jurisprudencia y publicaciones, y a veces también la preparación de borradores de ciertas decisiones procesales o de ciertas partes del laudo arbitral, en particular sobre los supuestos de hecho). Las opiniones o expectativas de las partes pueden diferir, especialmente si alguna de las tareas del secretario se asemeja a las funciones profesionales de los árbitros. En opinión de algunos comentaristas, asignar ese tipo de funciones al secretario no resulta apropiado o sólo lo sería en ciertas condiciones, por ejemplo, cuando las partes hayan dado su consentimiento. Ahora bien, todos reconocen la importancia de que el secretario no ejerza ninguna función decisoria en el tribunal arbitral."



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO  
 QUE EL PRESENTE DOCUMENTO  
 ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL  
 QUE HE TENIDO A LA VISTA. 13/13  
 REG. N° 113  
 30 MAY 2012  
 D. Landi B  
 PATRICIA LANDI BULLÓN  
 FEDATARIO - OSCE  
 Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 136 - 2012 - OSCE/PRE

Echarate contra al árbitro César Alberto Mosqueira Prado, miembro del Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias suscitadas entre dicha Entidad y el Consorcio Echarate;

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 el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, el Decreto Legislativo N° 1071 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 del OSCE;

#### SE RESUELVE:

**Artículo Primero.** Declarar **INFUNDADA** la recusación interpuesta por la Municipalidad Distrital de Echarate contra al árbitro César Alberto Mosqueira Prado, miembro del Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias suscitadas entre dicha Entidad y el Consorcio Echarate, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

**Artículo Segundo.** Notificar la presente Resolución a las partes, así como al árbitro recusado.

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

Regístrese, comuníquese y archívese.



MAGALI ROJÁS DELGADO  
 Presidenta Ejecutiva

