



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 201 1/6

19 JUL 2012

Patricia B

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 196-2012 - OSCE/PRE

Jesús María,

19 JUL 2012

SUMILLA: El deber de información se constituye como una obligación "intuitu personae" que responde al contexto particular de cada designación, tomando en cuenta a los intervinientes en el arbitraje y todas aquellas circunstancias que puedan generar suspicacias sobre la imparcialidad o independencia del árbitro. No constituye por tanto una excepción al cumplimiento del deber, la publicidad de los hechos que sustentan la recusación y debido a esa causa, su conocimiento por las partes.

VISTOS:

La solicitud de recusación del 16 de febrero de 2011, formulada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación contra el árbitro Mario Manuel Silva López (Expediente de Recusación N° 009-2011); el escrito presentado por el árbitro recusado y la empresa SISTENET DATA S.A.C.; y el Informe N° 057-2012-OSCE/DAA de fecha 15 de junio de 2012, que contiene la opinión técnico - legal de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE;

CONSIDERANDO:

Que, el 16 de diciembre de 2009, el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora 026 (en adelante "el Ministerio") y la empresa SISTENET DATA S.A.C., (en adelante "el Contratista"), suscribieron el Contrato N° 0124-2009-ME/SG-OGA-APM, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0072-2009-ED-026 Primera Convocatoria, para "la Adquisición de Papelería para la Unidad Ejecutora 026";

Que, el 19 de enero de 2011, el Contratista solicitó al Ministerio el inicio del proceso arbitral, designando al ingeniero Mario Silva López como su árbitro, a fin que integre el Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias derivadas del Contrato;

Que, el 16 de febrero de 2011, el Ministerio formuló recusación contra el citado árbitro;

Que, el 08 y 12 de abril de 2011, el árbitro recusado y el Contratista, absuelven el traslado de la recusación. Adicionalmente, mediante escrito presentado el 11 de octubre de 2011, el árbitro comunicó su renuncia al cargo;

Que, el Ministerio ha sustentado su solicitud de recusación, señalando que el árbitro incumplió con informar que ha sido recusado por dicha parte en distintas oportunidades, motivo por el cual, en algunos casos, renunció a su designación como árbitro; siendo declaradas fundadas las solicitudes de recusación respecto de las cuales no presentó renuncia. El Ministerio alega que, el árbitro en su carta de aceptación¹ simplemente señala que tiene ocho (08) recusaciones, sin indicar ni identificar aquellas formuladas por el Ministerio; pese a ello, en la página Web del OSCE, se puede evidenciar un total de veinte (20) recusaciones formuladas en su contra en los años 2008 y 2009;

Que, el Ministerio ofrece como medio probatorio, el mérito de las Resoluciones N° 092, 093, 098, 184 y 340-2009-OSCE/PRE, que resuelven las solicitudes de recusación formuladas en contra del árbitro, precisando que dos (02) de ellas fueron declaradas fundadas;

¹ Carta N° 391-2011-MMSL-DJ de fecha 05 de enero de 2011.

Que, el 12 de abril de 2011, el Contratista absuelve la recusación señalando que las Resoluciones que resuelven las recusaciones presentadas contra el árbitro (que adjunta el Ministerio como medio probatorio) son de conocimiento público, al encontrarse publicadas en la página Web del OSCE desde el año 2009, por lo tanto, el Ministerio conocía de éstas al inicio del proceso arbitral, sin que exista objeción alguna a su designación. De esa forma, agrega que la recusación no se habría formulado dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de la aceptación del cargo de árbitro;

Que, en su escrito de absolución, el árbitro solicita que la recusación sea declarada infundada, precisando que ha cumplido con el deber de información a las partes sobre cualquier circunstancia que pudiera afectar su imparcialidad e independencia, indicando en su carta de aceptación que ha sido recusado en tres (3) procesos arbitrales conforme se aprecia en las Resoluciones N° 497 y 498-2008-CONSUCODE/PRE y en cinco (5) resoluciones más, ninguna de ellas relacionada con el proceso arbitral del cual deriva la presente recusación. Sobre las resoluciones que ofrece el Ministerio como medio probatorio, indica que todas fueron formuladas en su contra por dicha parte, siendo tres (03) de ellas declaradas improcedentes;

Que, con relación a las dos (02) resoluciones restantes que fueron declaradas fundadas (N° 093-2009-OSCE-PRE y 098-2009-OSCE-PRE), señala que se encuentran en la relación de las cinco (5) resoluciones que declaró en su carta de aceptación, las cuales no están relacionadas con el proceso del cual deriva la presente recusación, ya que en esas oportunidades fueron otros los Contratistas; y, que este hecho no constituye motivo suficiente para sostener que existen dudas sobre su imparcialidad e independencia;

Que, asimismo, afirma que si bien es deber del árbitro informar y declarar cualquier circunstancia que pueda causar dudas sobre su imparcialidad e independencia; en el presente caso, carece de sentido y resulta repetitivo mencionar estos hechos o circunstancias, ya que el Ministerio conocía la existencia de esas resoluciones, más aún cuando fue dicha parte quien formuló las solicitudes de recusación que las motivaron;

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 marco normativo vinculado al arbitraje de donde deriva la presente recusación, corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante "la Ley"), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante "el Reglamento"), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante "LA") 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").

2.- Los aspectos relevantes identificados en la presente recusación, que deben ser motivo de análisis son:

i) **El árbitro recusado ha incumplido con el deber de información, al omitir revelar las recusaciones que una de las partes le formuló en otros procesos arbitrales:**

1.- El árbitro recusado señala que no habría infringido el deber de información, pues considera que éste consiste en revelar hechos o circunstancias que puedan causar dudas justificadas sobre la imparcialidad y la independencia, careciendo de sentido revelar aquellos que son de conocimiento de las partes.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 201 2/6

19 JUL 2012

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



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA. 3/p.
 REG. N° 201
 19 JUL 2012
 Patricia Landi Bullón
 PATRICIA LANDI BULLÓN
 FEDATARIO OSCE
 Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 196-2012 - OSCE/PRE

Bien, para resolver el presente punto controvertido, es preciso que de modo preliminar se determinen los alcances del deber de revelación o información a las partes, en atención a lo dispuesto en el Reglamento, la "LA", el Código de Ética y la doctrina autorizada en el tema.

2.- El artículo 224° del Reglamento prescribe el deber que tienen los árbitros de informar sobre cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad e independencia al momento de aceptar el cargo. El numeral 5.2 del artículo 5° del Código de Ética señala una serie de supuestos que el árbitro debe declarar en su aceptación, entre los cuales se encuentra el de informar si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los árbitros; precisando además que la omisión en el cumplimiento del deber de información por parte del árbitro, da la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar a éste del caso y/o para la tramitación de la sanción respectiva.

Por su parte la "LA" es clara al referir en los numerales 1) y 3) de su artículo 28°, que la persona propuesta para árbitro debe revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, precisando además, que sólo podrá ser recusado si concurren en él dichas circunstancias.

3.- En doctrina existen una serie de consideraciones que permiten comprender mejor los alcances del cumplimiento del citado deber. JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG² señala que:

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

Ahora, respecto a las dudas que pueda tener un árbitro sobre revelar o no un hecho en particular, Fernando de Trazegnies explica la importancia de resolver a favor de la revelación³:

"(...) existen también una serie de situaciones que el árbitro puede sentir que no afectan su imparcialidad o independencia pero que alguna de las partes pudiera incomodarse con ellas.

En este caso, el árbitro no debe renunciar sino simplemente declarar esa situación. En estas circunstancias, el árbitro propuesto está obligado a revelar a las partes, a sus co-árbitros y a la institución arbitral, las vinculaciones que pudieran dar lugar a esa eventual duda antes de aceptar el cargo. Claro está que efectuar tal declaración implica que ese árbitro está convencido de que tales hechos no afectan su independencia de criterio, porque si no fuera así simplemente debería declinar el nombramiento. Si declara no es por una duda interna sino por consideración a lo que los demás actores arbitrales pudieran pensar al respecto, permitiéndoles una evaluación de la situación. Y ciertamente, toda duda del árbitro sobre si debe o no poner ciertos hechos en conocimiento del Tribunal y de las partes debe, en principio ser resuelta a favor de la divulgación del hecho (...)"

² Alonso Puig, José María (2008). El deber de revelación del árbitro. Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magma. El Arbitraje en el Perú y el Mundo-Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión (p. 323-332). Lima.

³ En: "Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el Arbitraje". Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje N° 1, 2006, p. 172.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 201

19 JUL 2012

PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049-2012-OSCE/001

Es preciso concluir que a nivel legislativo y doctrinario, se ha reconocido la importancia del deber de información en el arbitraje, no siendo su cumplimiento determinable por el árbitro, por tanto éste debe realizarse en atención a los términos establecidos en la normatividad aplicable y al espíritu que la inspira; siendo unánime la posición a favor de la revelación, frente a aquellos hechos que puedan generar dudas respecto a la imparcialidad e independencia de los árbitros.

De lo antes expuesto, queda claro que el hecho alegado por el Ministerio, sobre la existencia de procedimientos de recusación entre dicha parte y el ingeniero Mario Manuel Silva López, el cual motiva la presente recusación, debió ser declarado por el árbitro, más aún cuando esta circunstancia ha sido establecida expresamente en el numeral 5.4) del artículo 5° del Código de Ética, como supuesto de declaración⁴:

5.- Existen entonces los argumentos para sostener que el citado árbitro debió cumplir con una declaración amplia y precisa que libere a las partes de cualquier duda, y no sólo limitándose a enumerar las resoluciones de recusación de manera general, sin precisar quienes fueron las partes intervinientes y los resultados de la solicitud, por lo que la recusación en éste extremo devendría en fundada.

ii) **La recusación ha sido presentada de forma extemporánea?**

1.-El Contratista ha alegado la extemporaneidad de la presentación de la solicitud de recusación, debido a que el Ministerio tenía conocimiento de las resoluciones de recusación presentadas en calidad de prueba, al encontrarse éstas publicadas en la página Web del OSCE. Así, señala que la recusación no se habría formulado dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de aceptado el cargo de árbitro.

Al respecto, conviene indicar que el deber de información es "intuitio personae", adecuándose al contexto particular de cada proceso, tomando en consideración a las partes intervinientes en el arbitraje y todas aquellas circunstancias que puedan generar suspicacias sobre la imparcialidad o independencia del árbitro, en el proceso; no constituye una excepción a su cumplimiento, la publicidad de los hechos que la sustentan, y debido a esa causa, su conocimiento por las partes.

2.- Ahora, respecto de los plazos para la presentación de una solicitud de recusación, es importante señalar lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 226° del Reglamento: "Artículo 226.- Procedimiento de recusación

(...) 1. La recusación debe formularse ante el OSCE dentro de los cinco (5) 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 (...)"

El citado plazo, no ha sido calificado por la Ley ni por su Reglamento como un plazo de caducidad y en ese entendido, conviene remitirse a lo dispuesto en el numeral 3) del artículo 29 de la "LA", cuando establece que salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. 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, siempre y cuando se haya formulado la recusación antes de iniciar el cómputo del plazo para laudar.

⁴ Código de Ética

"Artículo 5°.- Deber de información

En la aceptación al cargo de árbitro, este debe informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias:

(...)

5.4. Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros".



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA. 5/6
REG. N° ...201...

19 JUL 2012

Patricia B

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 196-2012-OSCE/PRE

En consecuencia, al haberse formulado la presente recusación antes de iniciar el cómputo del plazo para laudar, ésta no resulta extemporánea, por lo que debe desestimarse lo señalado por el Contratista en este extremo;

Que, atendiendo a la valoración objetiva de las alegaciones y medios probatorios presentados por las partes en el presente caso, se concluye que el ingeniero Mario Manuel Silva López no cumplió con el deber de declaración, omisión que conforme a lo establecido en el artículo 5° del Código de Ética, da la apariencia de parcialidad y por tanto, debe servir de base para separar al árbitro; motivo por el cual, correspondería declarar fundada la recusación;

Que, si bien es cierto que una de las finalidades que procura la recusación es el apartamiento del árbitro al haberse descalificado su idoneidad para el proceso; ello no podría efectivizarse en tanto el recusado haya formulado su renuncia, de modo que en este supuesto, aun cuando existan fundamentos para amparar la 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 General;

Que, considerando el análisis efectuado, corresponde dar por concluido el trámite de recusación seguido en contra del ingeniero Mario Manuel Silva López, en atención a que dicho profesional ha manifestado su renuncia al cargo de árbitro, previamente a la resolución de la presente recusación;

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;

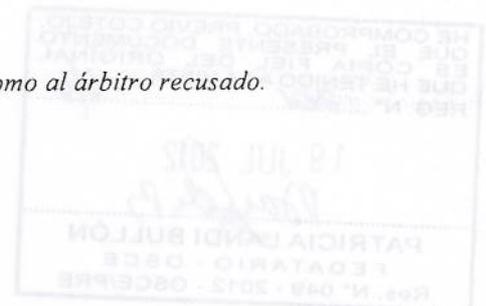
Que, de acuerdo con el literal q) del artículo 11° del citado Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, es atribución de su Presidente Ejecutivo, resolver las recusaciones interpuestas contra conciliadores o árbitros, de conformidad con la normativa de contrataciones con el Estado;

Estando a lo expuesto, y de conformidad con 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-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 de la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación contra el ingeniero Mario Manuel Silva López, en atención a que dicho profesional ha manifestado su renuncia al cargo de árbitro, previamente a la resolución de la presente recusación.

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.



[Handwritten Signature]
MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA. 6/6
REG. N° 201
19 JUL 2012
Patricia Landi Bullón
PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE