



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 315-2012 - OSCE/PRE Jesús María, 05 OCT. 2012

SUMILLA:

Los límites para la valoración del incumplimiento de los deberes arbitrales de independencia e imparcialidad deben ser entendidos, a la luz de las restricciones establecidas por el marco normativo. En ese sentido, deberá tenerse presente que de acuerdo a la normatividad vigente no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

VISTOS:

La solicitud de recusación del 14 de mayo de 2012, formulada por el Gobierno Regional de Apurímac (Expediente de Recusación N° 28-2012); los escritos presentados por los árbitros recusados María Elena Bartens Oliveira y Javier Bauer Huerta; y el Informe N° 89-2012-OSCE/DAA del 9 de agosto 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 14 de setiembre de 2009, el Gobierno Regional de Apurímac (en adelante la "Entidad") y el Consorcio Ambulancias Perú S.A.C., y Conversiones San José LTDA (en adelante el "Consortio") suscribieron el contrato gerencial regional N° 834-2009-GR-APURIMAC/GG para la adquisición de unidades vehiculares (ambulancias, camionetas, motocicletas y cuatrimotos) para el equipamiento de microredes de Salud en la Región Apurímac;



Que, el 8 de abril del 2010, ante el surgimiento de controversias derivadas de la ejecución del citado contrato y con la participación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, a través del Acta N° 067-2010-AH/OSCE se efectuó la instalación del Tribunal Arbitral compuesto por los señores María Elena Bartens Oliveira (Presidenta del Tribunal Arbitral), Javier Bauer Huerta (árbitro designado por el Consortio) y José Manuel Villalobos Campana (árbitro designado por la Entidad); estableciéndose las reglas del proceso arbitral;



Que, mediante escrito del 14 de mayo del 2012 (subsanao el 04 de junio), la Entidad formuló ante el OSCE una recusación contra los árbitros María Elena Bartens Oliveira y Javier Bauer Huerta;



Que, notificados de la recusación en su contra, el 14 de junio de 2012, los árbitros María Elena Bartens Oliveira y Javier Bauer Huerta cumplieron con absolverla. Lo propio hizo el Consortio el 20 de junio de 2012;

Que, el 21 de junio de 2012, la Entidad presentó documentación complementaria a la recusación presentada;

HE COMPROBADO PREVIO COTEJO QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA. 2/9
REG. N° 372
05 OCT 2012
PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Que, la recusación se sustenta en los siguientes fundamentos:

- i) En el arbitraje (del cual deriva la presente recusación), el Consorcio formuló tacha contra una Orden de Compra - Guía de Internamiento presentada por la Entidad, alegando una presunta falsedad, siendo así que mediante Resolución N° 12 del 17 de enero de 2011, el Tribunal Arbitral (con el voto en discordia del árbitro José Manuel Villalobos Campana), dispuso la actuación de una pericia de oficio con el objeto de obtener una certificación técnica del procedimiento a seguir cuando se modifica una orden de compra y se emite una nueva.

Como consecuencia de haberse actuado la citada pericia, mediante Resolución N° 15 del 22 de julio de 2011, el Tribunal Arbitral corrió traslado del informe pericial a las partes para que manifiesten sus observaciones en un plazo de cinco (05) días hábiles.

- ii) La decisión y procedimiento adoptado por el Tribunal Arbitral, no resultaban los correctos para determinar la veracidad y falsedad de la Orden de Compra - Guía de Internamiento, pues en todo caso debió haber solicitado la respectiva información a la Entidad; razón por la que se presentó una tacha contra el informe pericial. Estas actuaciones han vulnerado el derecho al debido proceso de la Entidad.¹

- iii) De otro lado, el 11 de agosto de 2011, la Entidad solicitó al Tribunal Arbitral, un plazo ampliatorio para presentar una pericia de parte, la que fue denegada por el Tribunal mediante la Resolución N° 16 del 27 de setiembre de 2011, lo que implica que se pretendía evitar una confrontación de informes periciales, hecho que vulnera el derecho a la defensa.

- iv) Los hechos señalados, denotan un desconocimiento de las normas de contrataciones del Estado, así como la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros recusados, lo que ha favorecido al Consorcio.

- v) Finalmente, la Entidad alega que con la Resolución N° 18 de fecha 14 de mayo de 2012, el Tribunal Arbitral dispuso el inicio del plazo para laudar y con la Resolución N° 19 del 22 de mayo de 2012 denegó la suspensión del arbitraje, pese a que los árbitros ya se encontraban recusados;

Que, sobre la recusación formulada, los árbitros han formulado de manera conjunta sus descargos, cuyos argumentos se exponen a continuación:

- i) La decisión del Tribunal Arbitral para nombrar uno o más peritos con el objeto de dictaminar sobre materias concretas se encuentra enmarcada en el artículo 44° del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, aprobado por Decreto Legislativo N° 1071.

¹ Para sustentar la posición, se ha adjuntado CD que contiene un video de la audiencia de informes orales, donde se evidencia que no hay discrepancia alguna sobre la emisión de la orden de compra.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 315-2012 - OSCE/PRE

ii) La decisión de declarar la improcedencia del plazo que solicitó la Entidad, para presentar una pericia de parte está enmarcada en el inciso 3 del artículo 44° de la citada Ley, que le da la facultad a las partes para aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados. En el procedimiento que aprobaron las partes para someterse al Tribunal Arbitral, no se contempló que para la libre designación de peritos, el Colegiado debía otorgar un plazo, precisamente por la libertad que tienen las partes de hacerlo.

iii) La recusación debe declararse improcedente conforme a lo dispuesto en el inciso 3) del artículo 29° del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, aprobado por Decreto Legislativo N° 1071, toda vez que mediante Resolución N° 18 del 14 de mayo de 2012, el Tribunal Arbitral dispuso el inicio del plazo para laudar.

iv) La recusación se sustenta en dos (02) actos procesales emitidos por el Tribunal dentro del arbitraje, los cuales se han emitido sin afectar su imparcialidad e independencia;

Que, sobre la recusación formulada, el Consorcio ha expuesto los siguientes argumentos:

i) La recusación debe declararse improcedente por extemporánea, en concordancia con el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma Arbitraje, y las reglas procesales del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral del 8 de abril del 2010, toda vez que fue presentada el 14 de mayo de 2012, cuando el Tribunal había emitido la Resolución N° 18 (de la misma fecha), disponiendo el inicio del plazo para laudar.

ii) En el supuesto negado de que no se declare la improcedencia, debe considerarse que el inciso 5° del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, señala que no procede recusaciones basadas en decisiones del Tribunal Arbitral, como ocurre en el presente caso;

Que, el marco normativo aplicable para resolver la presente recusación, corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la "Ley"), su Reglamento, aprobado mediante el 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");

Que, los aspectos relevantes identificados son los siguientes:

i) ¿La recusación formulada por la Entidad contra los árbitros María Elena Bartens Oliveira y Javier Bauer Huerta es improcedente por haberse dispuesto el inicio del plazo para laudar por parte del Tribunal Arbitral?

a) Tanto los árbitros recusados como el Consorcio han alegado la improcedencia de la recusación señalando que ésta fue interpuesta el 14 de mayo de 2012, es decir, en la



misma fecha que el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 18 disponiendo el inicio del plazo de 30 días hábiles para laudar. Además, indican, que si bien la citada Resolución ha dispuesto que el plazo se computa a partir de su notificación, la regla procesal N° 31 del acta de instalación del Tribunal Arbitral establece que se computa desde la expedición del resolutivo indicado.

- b) Sobre particular, debemos transcribir lo que expresamente señala la parte pertinente del numeral 3 del artículo 29° de la "LA":

"Artículo 29.- Procedimiento de recusación

(...)

3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión del laudo es improcedente cualquier recusación (...)"

Conforme a la "LA", en tanto no exista acuerdo de las partes en contrario, el supuesto de improcedencia de la recusación se relaciona con el transcurso efectivo del tiempo para la emisión del laudo.

- c) En ese sentido, la Resolución N° 18 emitida el 14 de mayo de 2012 por el Tribunal Arbitral señala expresamente lo siguiente:

"SEXTO. Declarar que el Tribunal Arbitral laudará en el plazo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación a las partes con la resolución correspondiente". (subrayado nuestro)

- d) La citada Resolución N° 18 fue notificada a la Entidad con fecha 17 de mayo de 2012 y al Consorcio el 15 de mayo de 2012; esto quiere decir, que el inicio del plazo para laudar se dio efectivamente con posterioridad a la presentación de la solicitud de recusación ante el OSCE (esto es, el 14 de mayo de 2012); por tanto, no puede considerarse que dicho procedimiento sea extemporáneo e improcedente.

De otro lado, cabe señalar que si bien la regla procesal N° 31 del acta de instalación de Tribunal Arbitral, señala que el "(...) Tribunal Arbitral expedirá el laudo arbitral dentro del plazo de treinta (30) días hábiles computados desde la resolución que así lo disponga"; es la propia Resolución N° 18 la que ha condicionado el inicio del plazo para laudar a partir de su notificación, lo cual además resulta concordante con lo señalado en la parte pertinente de la regla procesal N° 7 de la citada acta de instalación cuando señala expresamente:

"(...) Para los fines del cómputo de los plazos del presente arbitraje, el término correspondiente comenzará a correr desde el día hábil siguiente a aquel en que se reciba una notificación (...)"

- e) Por las razones expuestas, al haberse formulado la recusación, antes del inicio del plazo para laudar, no puede considerarse que sea improcedente por extemporánea.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 315-2012-OSCE/PRE

ii) ¿Las decisiones del Tribunal Arbitral sobre la actuación de una pericia de oficio, ampliación de plazo para presentar pericia de parte, inicio del plazo para laudar y suspensión del arbitraje, constituyen una causal para la recusación de los árbitros, considerando que éstos no habrían actuado con imparcialidad e independencia y que no contarían con conocimiento de las normas de contrataciones del Estado?

a) Considerando que la recusación se ha sustentado en la existencia de dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros y el desconocimiento de las normas de contrataciones del Estado, previamente cabe delimitar los alcances de dichos conceptos en el marco de la doctrina autorizada y la normativa aplicable. Al respecto, José María Alonso² 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".

b) Del mismo modo, José Carlos Fernández Rozas³, 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 indole reciente que, bien entendido, deben ser acreditados convenientemente (...)"

c) De otro lado, el artículo 224° del Reglamento señala que: "Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales (...)". Del mismo modo, el citado artículo 224° exige a los árbitros idoneidad para ejercer el cargo, su capacidad profesional en lo que concierne a contar con conocimientos suficientes para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, así como la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria.

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

³ 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>.



- d) Asimismo, el artículo 225° del citado Reglamento prevé como causal de recusación el incumplimiento de lo señalado en el artículo 224° del Reglamento así como la existencia de "(...) 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".
- e) Del mismo modo, el inciso 5) del artículo 29° de la "LA" señala que "(...) No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales". El artículo 40° de la citada "LA" precisa que "El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de los mismos".
- f) Conforme a los criterios doctrinarios y normativos señalados, es necesario analizar si los hechos que se le atribuyen a los integrantes del Tribunal Arbitral, señores María Elena Bartens Oliveira y Javier Bauer Huerta, constituyen causal de recusación que generen dudas justificadas de su independencia e imparcialidad y evidencien desconocimiento de la normatividad de contrataciones del Estado, para cuyo efecto, procedemos a graficar las principales actuaciones que objeta la recusación:

TABLA N° 1 "ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCESO ARBITRAL"

N°	FECHA	ACTUACION ARBITRAL	CONTENIDO DE LA ACTUACION ARBITRAL	ASPECTO QUE CUESTIONA LA RECUSACION
1	17.01.2011	Resolución N° 12	Dispone pericia de oficio a actuarse respecto a la emisión de Orden de Compra-Guía de Internamiento y designa perito judicial	Estas decisiones del Tribunal Arbitral, no resultaban correctas para determinar la veracidad y falsedad de la Orden de Compra-Guía de Internamiento. Estas actuaciones han vulnerado su derecho al debido proceso. Además no ha existido discrepancia sobre la emisión de la Orden de Compra según consta en la Audiencia de Informes Orales, que en un CD han adjuntado.
2	22.07.2011	Resolución N° 15	Se tiene por presentado informe pericial y se dispone correr traslado a las partes por 5 días hábiles	Estas actuaciones evidencian la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros y de conocimiento de las normas de contrataciones del Estado
3	27.09.2011	Resolución N° 16	No ha lugar el pedido de la Entidad para otorgarle un plazo ampliatorio para que ofrezca una pericia de parte, por no ser procesal, teniendo en cuenta que pudo presentar su pericia con el escrito de tacha.	Con esta decisión se quiere evitar una confrontación de informes periciales lo cual vulnera su derecho a la defensa. Estas actuaciones evidencian la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros y de conocimiento de las normas de contrataciones del Estado.
4	14.05.2012	Resolución N° 18	Dispuso el inicio del plazo para laudar en treinta (30) días hábiles	Evidencia la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros y de conocimiento de las normas de contrataciones del Estado, pues en la fecha que expidieron tales resoluciones dichos profesionales se encontraban recusados.
5	22.05.2012	Resolución N° 19	Declarar improcedente el pedido de suspensión del proceso arbitral formulada por la Entidad el 17 de mayo de 2012.	



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 315-2012 - OSCE/PRE

- g) Conforme a lo expuesto, la recusación se ha centrado en cuestionar directamente decisiones arbitrales contenidas en las Resoluciones del Tribunal Arbitral emitidas durante el desarrollo del arbitraje; deduciendo de tales actuaciones, una conducta carente de imparcialidad e independencia, así como el desconocimiento de las normas de contrataciones del Estado.

Sin embargo, de lo verificado, no se evidencian elementos de juicio objetivos que infieran una orientación en la conducción del proceso a favor del Consorcio y que demuestren una carencia de la capacidad profesional de los árbitros recusados respecto a sus conocimientos de la normativa de contrataciones del Estado, en tanto la supuesta afectación de derechos alegada por la Entidad (debido proceso y a la defensa) está vinculada a decisiones de competencia arbitral. A ello cabe añadir, que en el caso de las Resoluciones N° 18 y 19, si bien la solicitud de recusación se presentó el 14 de mayo del 2012 ante el OSCE, la misma fue notificada con los Oficios N° 2940 y 2938-2012-OSCE/DAA a los árbitros María Elena Bartens Oliveira y Javier Bauer Huerta el 07 y 08 de junio de 2012 respectivamente, a fin que pudieran efectuar sus descargos; de manera que no habría elementos objetivos que evidencien que antes de la emisión de dichos actos resolutivos los árbitros recusados conocieron formalmente el procedimiento de recusación.

- h) Considerando los hechos expuestos por la recusante, los cuales motivan la recusación bajo análisis, queda claro que se está ante un supuesto en el que debe analizarse el correcto ejercicio de la función arbitral, en cuanto a la competencia para resolver las cuestiones controvertidas que se le sometan, la legitimidad de las decisiones adoptadas por los árbitros en ejercicio de sus funciones y la incidencia de éstas en los derechos e intereses de las partes, en el marco del debido proceso; por lo que, el pedido de recusación, no es la vía idónea para tal fin.

- i) Así, es preciso considerar que los límites para la valoración del incumplimiento de los deberes arbitrales de independencia e imparcialidad deben ser entendidos, a luz de las restricciones establecidas por el marco normativo. En ese sentido, deberá tenerse presente lo dispuesto por el inciso 5) del artículo 29° de la "LA" aplicable al presente caso, el cual establece que no procede recusación basada en decisiones del Tribunal Arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

- j) Siendo ello así, no constituye causal de recusación "per se" las decisiones del Tribunal Arbitral vinculadas a la actuación de una pericia de oficio, la ampliación de plazo para presentar pericia de parte, el inicio del plazo para laudar y la suspensión del arbitraje, en tanto constituyen decisiones arbitrales realizadas en el ámbito de la competencia del árbitro; por tanto, debe desestimarse la presente recusación, por cuanto no es el mecanismo apropiado para resolver los cuestionamientos que se formulen sobre decisiones arbitrales que eventualmente puedan afectar el debido proceso.



A mayor abundamiento, cabe señalar que el Tribunal Constitucional⁴ ha dispuesto que el recurso de anulación constituye, por su propia finalidad, así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, "una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate, tales como el derecho al debido proceso."⁵

- k) *Del mismo modo, debe tenerse en cuenta la décimo segunda disposición complementaria de la "LA" que señala que para los efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo;*
- l) *Por lo antes señalado, la recusación formulada por la Entidad, carece de fundamento suficiente y, por lo tanto, corresponde declararla infundada;*

Que, el inciso i) 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, Decreto Legislativo 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;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- *Declarar INFUNDADA la recusación interpuesta por el Gobierno Regional de Apurímac contra los árbitros María Elena Bartens Oliveira y Javier Bauer Huerta, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.*

Artículo Segundo.- *Notificar la presente Resolución a las partes, así como a los árbitros recusados.*

⁴ El Tribunal Constitucional estableció precedente de observancia obligatoria con relación al arbitraje, recaída en el expediente Nro. 00142-2011-PA-TC.

⁵ Constitución Política del Perú, artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: .../ 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 315 - 2012 - OSCE/PRE

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. REG N° 372 9/9
05 OCT 2012 <i>[Handwritten signature]</i>
PATRICIA LANDI BULLÓN FEDATARIO - OSCE Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE



