



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 365 - 2012 - OSCE/PRE

Jesús María, 23 NOV. 2012

SUMILLA: Al ser la recusación un mecanismo arbitral excepcional mediante el que se pretende separar al árbitro del proceso ante la configuración de uno de los supuestos específicos determinados por ley, no puede dejarse al mero arbitrio de las partes la valoración o calificación respecto de la configuración de tales supuestos.

La determinación de la fuerza probatoria de un medio probatorio como la declaración de testigos, debe valorarse teniendo en cuenta la competencia y objetividad de éste.

VISTOS:

La solicitud de recusación del 15 de marzo de 2012, formulada por el Gobierno Regional de Ayacucho contra el abogado Vladimir Amilkar Giles Mendoza (Árbitro Único) (Expediente de Recusación N° R010-2012), los escritos de absolución presentados por el citado profesional y el Informe N° 111-2012-OSCE/DAA del 10 de octubre 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 28 de octubre de 2010, el Gobierno Regional de Ayacucho - Sede Central (en adelante la "Entidad") y el Consorcio Quinua (en adelante el "Consorcio") suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 664-2010 derivado de la Licitación Pública N° 007-2010-GRA-SEDE CENTRAL, para la "Ampliación y Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Saneamiento en la Zona Rural del Distrito de Quinua, Huamanga - Ayacucho";

Que, surgida una controversia derivada de la ejecución del citado contrato y en aplicación de lo señalado en su cláusula décimo octava, se designó como árbitro único al abogado Vladimir Amilkar Giles Mendoza;

Que, mediante escrito presentado el 15 de marzo de 2012, la Entidad formuló ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el citado árbitro;

Que, notificado con la recusación, el árbitro absolvió su traslado, mediante Carta N° 0049-2012-G&L "C.E.SAC"-VAGM-AU-ADHOC del 11 de abril del 2012;

Que, el Consorcio no absolvió el traslado de la recusación, pese a encontrarse debidamente notificado;

Que, el 25 de mayo de 2012, la Entidad complementó su solicitud de recusación, ofreciendo medios probatorios adicionales;

Que, mediante Resolución N° 05 del 28 de junio de 2012, notificada a la Entidad y al Consorcio con fechas 02 y 05 de julio de 2012, respectivamente, el árbitro único dispuso archivar





definitivamente el proceso seguido entre las citadas partes, debido a que no cumplieron con efectuar el pago de los gastos arbitrales;

Que, notificado con el escrito complementario de la recusación, el árbitro absolvió su traslado, mediante Carta N° 0082-2012-G&L "C.E.SAC"-VAGM-AU-ADHOC del 03 de setiembre de 2012;

a) Posición de la recusante (Entidad):

1. Sustenta la recusación señalando que el árbitro habría incumplido con el deber de revelación, al no informar con la aceptación de su cargo, que participó en la audiencia llevada a cabo el 15 de diciembre de 2011 en el Centro de Conciliación "Conga Soto Soluciones"; oportunidad en la que la Entidad y el Consorcio intentaron conciliar las controversias que son materia del proceso arbitral del cual deriva la presente recusación. En ese sentido, precisa que si bien el árbitro recusado no suscribió el acta correspondiente, intervino activamente en su desarrollo, acompañando y asesorando al representante legal del Consorcio, señor Ronald Mejía Escajadillo, circunstancia que genera dudas justificadas respecto de su independencia e imparcialidad.
2. Señala que existen circunstancias que generan dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, refiriendo que conjuntamente con el representante del Consorcio, señor Ronald Mejía Escajadillo, habría sostenido una reunión con los representantes de la Entidad a fin de analizar algunas alternativas para evitar la resolución del Contrato de Ejecución de Obra N° 664-2010.

b) Posición de la Parte Recusada (descargos presentados por el árbitro):

1. El árbitro absolvió la recusación, señalando que las imputaciones realizadas por la Entidad no sólo son falaces, en tanto no han sido demostradas ni corroboradas con medio de prueba idóneo; sino que además están destinadas a dilatar de mala fe y con temeridad, el desarrollo del proceso arbitral.
2. Frente al escrito presentado por la Entidad con fecha 25 de mayo de 2012, el abogado Vladimir Amilkar Giles Mendoza ratifica en todos sus extremos lo señalado al formular sus descargos a la recusación. Sin perjuicio de ello, precisa que mediante Resolución N° 05 de fecha 28 de junio de 2012, ha dispuesto el archivo definitivo del proceso arbitral seguido entre la Entidad y El Consorcio, debido a que dichas partes no han cumplido con efectuar el pago de los honorarios correspondientes;

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 arbitraje, según el convenio arbitral contenido en la cláusula décimo octava¹ del contrato

¹ La cláusula décimo octava del Contrato de Ejecución de Obra N° 664-2010, señala:
"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177°, 199°, 201°, 209, 210° y 211° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.
Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
(...)"



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA. 3/2
REG. N° 486

23 NOV 2012
PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res N° 091/2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 365-2012 - OSCE/PRE

objeto de controversia, es de derecho y ad hoc²; por lo que las partes determinan libremente las reglas a las que debe someterse el tribunal arbitral, siempre que éstas no contravengan normas de orden público.

2. En ese sentido, el marco normativo vinculado al arbitraje del cual 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 y, el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE (en adelante el "Código de Ética").

3. El aspecto relevante identificado en la recusación, que deben ser motivo de análisis es:

- i) ¿La presunta participación del árbitro en la Audiencia de Conciliación de fecha 15 de diciembre de 2011 y/o en la reunión sostenida en la oficina de la Gerencia Regional de Infraestructura de la Entidad, constituyen circunstancias susceptibles de generar dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia; y, de ser el caso, habría incumplido el deber arbitral de información, al no revelar tales circunstancias al momento de aceptar el cargo de árbitro único?

1. Considerando que el Consorcio alega la existencia de dudas justificadas que comprometen la imparcialidad e independencia del árbitro, las cuales no fueron reveladas por éste al aceptar el cargo; corresponde determinar objetivamente si existen elementos de juicio razonables y suficientes que fundamenten una recusación en este extremo.
2. Ahora bien, previo a tal análisis, es preciso determinar los alcances normativos y doctrinarios de los principios de imparcialidad e independencia. Así tenemos que, el numeral 3) del artículo 225° del Reglamento³, es claro al señalar que se podrá recusar a los árbitros cuando existan dudas justificadas respecto de su independencia o imparcialidad y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa.

3. Del mismo modo, la LA⁴ refiere en el inciso 3) del artículo 28°, que un árbitro sólo podrá ser

² Al no haberse consignado en el convenio arbitral, que la organización y administración del arbitraje estará a cargo de una institución arbitral determinada, corresponde que la controversia se resuelva mediante arbitraje ad hoc, de conformidad con lo señalado en el artículo 216° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

³ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
"Artículo 225° del Reglamento
Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas:

(...)
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".

⁴ Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje
"Artículo 28°.- Motivos de abstención y de recusación.

(...)
3. 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.
(...)"

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

REG. N° 496 9/8

23 NOV 2012

PATRICIA LANDI BULLÓN

FEDATARIO OSCE

Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

4. Por su parte, el artículo 3° del Código de Ética⁵ establece los principios que deben guiar el accionar de los árbitros, entre los que encontramos el de independencia e imparcialidad, señalando respecto del primero que el árbitro debe conducirse con libertad y autonomía en el ejercicio de sus funciones, sin aceptar presiones extrañas y/o interferencias de cualquier índole y, respecto del segundo, que el árbitro deberá evitar cualquier relación personal, profesional o comercial que pudiera afectar su imparcialidad o que razonablemente pudiera suscitar la apariencia de parcialidad respecto de las partes.
5. Como se puede evidenciar, a nivel normativo se ha destacado la importancia de los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros, ello, debido a que es la confianza que las partes depositan en éstos, la que permite motivar su voluntad hacia el uso de esta herramienta en la solución de controversias, constituyéndose por tanto, como su eje esencial.
6. En cuanto al desarrollo doctrinario que han alcanzado los principios de independencia e imparcialidad, resulta ilustrativa la referencia realizada por JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS⁶, cuando señala:

"(...) 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.

"(...) 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".

7. Asimismo, RODRIGO JIJÓN LETORT⁷ es claro al señalar que:

"En la práctica, la apreciación de la independencia, definida como queda dicho como la falta de una relación próxima entre el árbitro y las partes, se hace con criterio objetivo, es decir que se analizan los hechos en que se sustenta la relación de dependencia.

Por el contrario la imparcialidad debe ser apreciada con criterio subjetivo, se debe analizar si su forma de proceder durante el proceso ha sido intencionalmente favorable a una de las partes".

8. Como se puede apreciar, la doctrina es unánime en referir que la imparcialidad es un criterio subjetivo, que implica analizar el proceder del árbitro a fin de verificar si durante el iter arbitral existió algún afán intencional de éste para favorecer a una de las partes, mientras que la independencia es un criterio objetivo, que implica analizar las posibles vinculaciones o relaciones próximas entre los árbitros y las partes; lo que convierte a ambos principios, en requisitos fundamentales para que el arbitraje tenga aceptación social.

⁵ Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado

"Artículo 3°.- Principios

El árbitro deberá salvaguardar y guiar su accionar de conformidad con los siguientes principios:

3.1. Principio de Independencia. El árbitro deberá conducirse con libertad y autonomía en el ejercicio de sus funciones, sin aceptar presiones externas y/o interferencias de cualquier índole.

3.2. Principio de Imparcialidad. El árbitro deberá evitar cualquier relación personal, profesional o comercial que pudiera afectar su imparcialidad o que razonablemente pudiera suscitar la apariencia de parcialidad respecto a las partes. (...)"

⁶ Fernández Rozas, José Carlos (2010). Contenido Ético del Oficio de Árbitro. Congreso Arbitraje La Habana 2010, p. 14-15.

⁷ Jijón Letort, Rodrigo (2010). La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros, Ecuador, p. 28.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 365-2012 - OSCE/PRE

9. Ahora bien, atendiendo a que la recusación es un mecanismo arbitral excepcional a través del que se pretende separar al árbitro del proceso ante la configuración de uno de los supuestos específicos determinados por ley, como es el caso de la existencia de dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; es evidente que no puede dejarse al mero arbitrio de las partes la valoración o calificación de tales supuestos. De ahí que para resolver la presente recusación, corresponde verificar en principio, la veracidad de los hechos descritos por el recusante, a fin de analizar posteriormente, de ser el caso, si tales hechos son susceptibles de generar dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia del árbitro.
10. De este modo, a partir de la revisión de los documentos ofrecidos en calidad de medios probatorios por parte de la Entidad -parte sobre la que recae el onus probandi de la presente recusación-, podemos advertir lo siguiente:

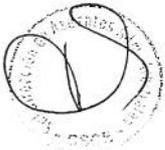
- Respecto de la Audiencia de Conciliación de fecha 15 de diciembre de 2012: La Entidad señala expresamente lo siguiente:

"(...) RESULTA QUE EN ESTA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EL REPRESENTANTE LEGAL DEL CONSORCIO QUINUA, ESTUVO ACOMPAÑADO Y ASESORADO POR EL ABOG. VLADIMIR AMILKAR GILES MENDOZA, MI PERSONA INCLUSO TUVO LA OPORTUNIDAD DE INTERCAMBIAR IDEAS SOBRE EL CASO MATERIA DE CONCILIACIÓN CON EL MENCIONADO ABOGADO EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DONDE EL SOSTUVO QUE SU REPRESENTADA TENÍA LA RAZÓN. Pongo de su conocimiento que el abogado no suscribió el acta; pero si participó activamente asesorando al Representante del Consorcio Quinua".

Sin embargo, ofrece en calidad de medios probatorios el Contrato de Ejecución de Obra N° 664-2010 y el Acta de Conciliación por Falta de Acuerdo N° 037-2011-JUS/CENCCOSS; documentos que no resultan idóneos, en tanto sólo permiten acreditar la realización de la citada Audiencia de Conciliación, mas no la participación del árbitro, pese a ser la circunstancia invocada por la Entidad para motivar la presente recusación.

- Respecto de la reunión que se habría sostenido en la oficina de la Gerencia Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de Ayacucho: La Entidad ofrece en calidad de medio probatorio el Informe N° 047-2012-GRA/GRA-GRI/SGO-CCN/PEMF emitido por el ingeniero Pabel Edmundo Molina Falconí, en su calidad de supervisor de la obra cuya ejecución es objeto del contrato materia de la controversia. En dicho documento el citado profesional señala expresamente:

"(...) a consecuencia de la notificación de la resolución al CONSORCIO QUINUA, se sostuvo una reunión en la Oficina de Gerencia Regional de Infraestructura en la que participamos el Ing. Gregorio Huayhualla Sauñe y el suscrito por el GRA, por el Contratista el Sr. Ronald Mejía representante legal del Consorcio en compañía del Dr. Vladimir Amilcar [sic] Giles Mendoza quien se presentó como representante de las empresas de la ciudad de Lima, integrantes del Consorcio. En dicha reunión se expuso de las alternativas que el GRA determinó con la finalidad de culminar la obra sin llegar al extremo de resolver el contrato, EN CONSECUENCIA, REITERO Y DECLARO QUE EL DR. VLADIMIR AMILCAR [sic] GILES





MENDOZA HA REPRESENTADO A LAS EMPRESAS QUE INTEGRAN EL CONSORCIO QUINUA".

De lo antes expuesto, considerando que el medio probatorio ofrecido por la Entidad para acreditar la participación del árbitro recusado en la reunión sostenida en la oficina de la Gerencia Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de Ayacucho es la declaración de un tercero -testigo-, corresponde valorar la competencia y objetividad de éste, a fin de determinar la fuerza probatoria de su declaración. Así tenemos que:

- La competencia: Queda acreditada en tanto el ingeniero Pabel Edmundo Molina Falconí habría intervenido directamente en la reunión que se habría realizado en la oficina de la Gerencia Regional de Infraestructura de Ayacucho.
- La objetividad: Al tener el ingeniero Pabel Edmundo Molina Falconí la condición de supervisor de obra, la cual supone la existencia de un vínculo contractual con la Entidad -que es precisamente la parte quién ofrece su testimonio en calidad de medio probatorio-, su declaración pierde fuerza probatoria, en tanto cabe la percepción que se encuentre afectada por algún interés o perjuicio que pueda devenir de su condición.

En consecuencia, teniendo en cuenta también que la Entidad no ha ofrecido algún medio probatorio adicional para acreditar la supuesta participación del árbitro recusado en la reunión sostenida en la oficina de la Gerencia Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de Ayacucho, pese a encontrarse en mejores condiciones para hacerlo, en tanto la supuesta reunión se habría producido en sus instalaciones; queda claro que la declaración del ingeniero Pabel Edmundo Molina Falconí no resulta determinante per se para acreditar ese hecho.

11. En ese orden de ideas, podemos concluir que tanto en el caso de la supuesta participación del árbitro recusado en la Audiencia de Conciliación de fecha 15 de diciembre de 2011, como en la reunión sostenida en la oficina de la Gerencia de Infraestructura del Gobierno Regional de Ayacucho -circunstancias en las que dicho profesional habría asistido al representante del Consorcio-, no existen elementos suficientes que permitan acreditar su veracidad.
12. En ese sentido, al no haberse acreditado la veracidad de los hechos que motivan la presente recusación, resulta innecesario proceder a analizar su relevancia; por lo que correspondería desestimar la presente recusación en este extremo.
13. No obstante ello, considerando que mediante Carta N° 0082-2010-G&L "C.E.SAC"-VAGM-AU-ADHOC presentada ante el OSCE con fecha 03 de setiembre de 2012, el árbitro único informó que mediante la Resolución N° 05 de fecha 28 de junio de 2012 -la cual adjunta-notificada a la Entidad y al Consorcio con fechas 02 y 05 de julio de 2012, respectivamente, resolvió archivar definitivamente el arbitraje seguido entre dichas partes; y, que el caso de autos es un procedimiento administrativo regulado prima facie por las normas de Contrataciones del Estado y, supletoriamente por las normas establecidas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante "LPAG"), corresponde declarar la conclusión del mismo por causa sobrevenida a su inicio, debido a la imposibilidad de continuarlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 186° de la LPAG.
14. Sin perjuicio de lo antes señalado, aunque no puede ser materia de análisis en la presente recusación, corresponde precisar lo siguiente:



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.
 REG. N° 746 718
 23 NOV 2012
 PATRICIA LANDI BULLÓN
 FEDATARIO - OSCE
 S. 150432012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 365-2012 - OSCE/PRE

De la revisión de los "Antecedentes" tenidos a la vista para resolver la recusación se verifica que:

- Con fecha 02 de abril de 2012, el OSCE puso en conocimiento del abogado Vladimir Amilkar Giles Mendoza, la recusación formulada en su contra por parte de la Entidad.
- Mediante Resolución N° 05 emitida el 28 de junio de 2012 – documento adjuntado a la Carta N° 0082-2012-G&L "C.E.SAC"-VAGM-AU-ADHOC- y notificada a la Entidad y al Consorcio con fechas 02 y 05 de julio de 2012, el abogado Vladimir Amilkar Giles Mendoza resolvió declarar el archivamiento definitivo del proceso arbitral del cual deriva la presente recusación.

Al respecto, los citados hechos evidencian la contravención por parte del árbitro del mandato legal establecido en el artículo 226° del Reglamento, al no cumplir con suspender el arbitraje pese a haber sido recusado; situación que corresponde a las partes evaluar, identificando las acciones legales que la normativa aplicable pudiera prever a su favor;



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



Estando a lo expuesto, y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el Decreto Legislativo N° 1071, 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. DAR POR CONCLUIDO el procedimiento de recusación iniciado a solicitud del Gobierno Regional de Ayacucho contra el abogado Vladimir Amilkar Giles Mendoza, árbitro único encargado de resolver las controversias surgidas entre la recusante y el Consorcio Quinua, por causa sobrevenida a su inicio, que imposibilita continuarlo; por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

REG. N° 194.6 878

23 NOV 2012

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 la página web del OSCE.

Regístrese, comuníquese y archívese.



M. Rojas Delgado
MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva

