



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.
 REG. N° 009
 09 ENE 2013
 PATRICIO ANDI BULLÓN
 FEDATARIO - OSCE
 Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 010 - 2013 - OSCE/PRE

Jesús María,

08 ENE. 2013

SUMILLA: El acto de designar no evidencia per se una vinculación relevante entre la parte que realiza la designación y el profesional designado como árbitro.

El cumplimiento del deber de revelación implica una descripción extensa de aquellas circunstancias relevantes o directamente vinculadas al proceso, hechos que de no revelarse oportunamente, podrían afectar la independencia e imparcialidad del árbitro y, por ende, motivarían una recusación formulada en su contra.

VISTOS:

La solicitud de recusación del 29 de setiembre de 2011, formulada por Maquinarias Jaamsa S.A. contra el abogado Richard James Martin Tirado (Presidente)(Expediente de Recusación N° R054-2011), los escritos de absolución presentados por el citado profesional y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado y, el Informe N° 107-2012-OSCE/DAA del 21 de setiembre de 2012, que contiene la opinión técnico-legal de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE;

CONSIDERANDO:

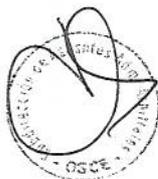
Que, con fecha 31 de enero de 2011, el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado (en adelante "PROVIAS DESCENTRALIZADO") y Maquinarias Jaamsa S.A. (en adelante "JAAMSA"), suscribieron el Contrato N° 030-2011-MTC/21 para la "Adquisición de 24 Equipos para Impresión de Planos y/o Mapas (Plotters) para los Gobiernos Regionales" en virtud de la Licitación Pública Nacional N° 19-2010-MTC/21-LPN;

Que, surgida la controversia, en aplicación de lo señalado en el literal CGC 7.2, de la Sección VIII denominada "Cláusulas Especiales del Contrato", con fecha 19 de agosto de 2011 JAAMSA solicita a PROVIAS DESCENTRALIZADO el inicio del proceso arbitral; quedando conformado el Tribunal Arbitral por los señores Richard James Martin Tirado (Presidente designado por las partes), Hugo Bauer Bueno (árbitro designado por el procurador público del MTC) y Víctor Enrique Toro Llanos (árbitro designado por JAAMSA);

Que, el 29 de setiembre de 2011, JAAMSA formula recusación contra el abogado Richard James Martin Tirado ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE");

Que, notificados con la recusación, el abogado Richard James Martin Tirado y PROVIAS DESCENTRALIZADO absolvieron el traslado conferido mediante escritos del 20 y 19 de octubre de 2011, respectivamente;

Que, con fecha 29 de diciembre de 2011, JAAMSA complementa su solicitud de recusación, adjuntando medios probatorios adicionales;





Que, notificado con el escrito complementario de la recusación, el abogado Richard James Martin Tirado absuelve el traslado conferido mediante escrito del 17 de febrero de 2012;

Que, el 09 de marzo de 2012, PROVIAS DESCENTRALIZADO presenta ante el OSCE la carta s/n de fecha 06 de marzo del mismo año remitida por el abogado Richard James Martin Tirado, mediante la cual el referido profesional informa a las partes del proceso arbitral del cual deriva la presente recusación, que el MTC ha solicitado la elaboración de un Informe Legal al Estudio Martin Consultores Abogados S.C.R.L.;

Que, en atención a la carta antes referida, mediante escrito presentado el 19 de marzo de 2012, JAAMSA manifiesta lo conveniente a su derecho;

Que, con fecha 30 de marzo de 2012, el abogado Richard James Martin Tirado presenta ante el OSCE, un Informe Legal elaborado por el abogado Fernando Cantuarias Salaverry sobre la recusación formulada por JAAMSA;

Que, mediante escrito presentado con fecha 19 de setiembre de 2012, el árbitro recusado comunicó su renuncia irrevocable al cargo;

a) Posición de la recusante (JAAMSA):

1. JAAMSA sustenta la recusación formulada en contra del abogado Richard James Martin Tirado, en las declaraciones que éste brindó en la carta en la que comunica su aceptación al cargo de presidente del Tribunal Arbitral; toda vez que a decir de la recusante, dichas declaraciones evidencian la existencia de dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del referido profesional. Así señala lo siguiente:
 - Lo revelado por el abogado Richard James Martin Tirado sobre las oportunidades en las que ha sido designado como árbitro por parte del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provias Nacional, permitiría evidenciar que dicho profesional sostiene una relación de cercanía y afinidad con el referido Proyecto; circunstancia que adquiere relevancia en el presente caso, ya que éste se encuentra vinculado a PROVIAS DESCENTRALIZADO, en tanto ambos están adscritos al MTC.
 - Las numerosas intervenciones del abogado Richard James Martin Tirado como árbitro encargado de presidir tribunales arbitrales de los procesos en los que una de las partes es el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provias Nacional, evidenciaría que dicho Proyecto es quién propone al referido profesional para desempeñar tal cargo.
2. De otro lado, en el escrito ampliatorio a la recusación presentado por JAAMSA con fecha 29 de diciembre de 2011, dicha parte alega adicionalmente, el incumplimiento del deber arbitral de información por parte del abogado Richard James Martin Tirado, señalando que de la lectura del Acta de Sesión N° 14 del Concurso Público N° 01-2011-MTC/28 de fecha 26 de setiembre de 2011, convocado por la Dirección General de Autorizaciones en Telecomunicaciones del MTC; se evidencia la existencia de una relación contractual (servicios de asesoría) entre el referido Ministerio y la empresa Martin Consultores Abogados S.C.R.L.¹, vinculación que el árbitro recusado habría omitido informar, pese a encontrarse obligado a hacerlo en tanto PROVIAS DESCENTRALIZADO es una Entidad adscrita al MTC.

¹ Empresa que según la información publicada en la Web de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria-SUNAT, tiene como gerente general al abogado Richard James Martin Tirado desde el 21 de agosto de 2006.



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

REG. N° 049 3/13

09 ENE 2013

PATRICIA LINDI BULLÓN

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 010-2013 - OSCE/PRE

3. Finalmente, en el escrito presentado con fecha 19 de marzo de 2012, JAMMSA refuerza su formulación respecto de la existencia de dudas justificadas que comprometen la imparcialidad e independencia del árbitro recusado, señalando que el hecho que mediante carta de fecha 06 de marzo de 2012, el abogado Richard James Martin Tirado haya informado -a las partes del proceso arbitral del cual deriva la presente recusación- que el MTC ha solicitado la elaboración de un Informe Legal al Estudio Martin Consultores Abogados S.C.R.L., no hace más que reafirmar la existencia de vínculos contractuales continuos e incluso vigentes entre dicho profesional y el referido Ministerio; circunstancia que resultaría determinante en el presente procedimiento, en tanto a decir de la recusante, incidiría en el hecho que las entidades adscritas al MTC -como es el caso de PROVIAS DESCENTRALIZADO-, lo designen como árbitro de parte en numerosas oportunidades.

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

1. El abogado Richard James Martin Tirado absolvió la recusación formulada en su contra, solicitando que ésta sea desestimada, en atención a los siguientes fundamentos:

- La designación de árbitros es un acto discrecional en el que no interviene ni puede intervenir el profesional que posteriormente será designado como árbitro, excepto en lo concerniente a su aceptación.
- El hecho que en nuestro ordenamiento se haya determinado que para el caso de tribunales arbitrales, sean las partes del arbitraje quienes efectúen la designación del primer y segundo árbitro; no presupone que los profesionales designados como tales, deban responder a los intereses de éstas, como erróneamente afirma la recusante.
- La designación de un árbitro en el cargo de Presidente de Tribunal Arbitral es una determinación que corresponde en estricto a los árbitros previamente designados por las partes, de modo tal que la recusante se equivoca al deslizar la posibilidad que el profesional designado para ejercer dicho cargo, pueda deber su elección a las partes en conflicto.
- El hecho de haber revelado información de acuerdo a lo señalado en la normativa de contrataciones y la Ley de Arbitraje, no puede servir de excusa injustificada para que las partes puedan formular recusaciones.
- Finalmente, refiere que no existe algún tipo de relación, ya sea amical, comercial, profesional o de cualquier otra índole que lo vincule con PROVIAS DESCENTRALIZADO o con el Proyecto Especial de Infraestructura de Transportes Nacional – Proviás Nacional.

2. De otro lado, respecto al escrito ampliatorio de la recusación presentado por JAAMSA, el árbitro recusado señala que no es abogado y/o asesor de las partes del proceso arbitral del cual deriva la presente recusación, ni tiene algún tipo de vinculación con éstas. Así alega que:

- El hecho que el Estudio Martin Consultores Abogados S.C.R.L.² elabore uno o más

² Lugar donde laboraría el abogado Richard James Martin Tirado, conforme señala dicho profesional en su escrito presentado con fecha 17 de febrero de 2012.



informes legales para el MTC, no invalida su participación en el proceso arbitral, pues de conformidad con lo señalado en la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General y el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, el referido Ministerio es una entidad distinta a PROVIAS DESCENTRALIZADO.

- PROVIAS DESCENTRALIZADO es una organización distinta al MTC, toda vez que la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General y el Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado, otorgan a los Proyectos la condición de entidades públicas.
- La adscripción sectorial³ a la que alude la recusante, es una figura de sujeción de dirección política, mas no de dirección funcional o administrativa, pues para ello las entidades del Poder Ejecutivo cuentan con autonomía funcional y administrativa para poder desarrollar sus funciones.
- La persona que ejerce la función arbitral en los procesos que vinculan a PROVIAS DESCENTRALIZADO no se encuentra obligada a declarar circunstancias relativas al MTC, puesto que la adscripción no está tipificada en alguna ley general o específica como causal de recusación.
- Con carta s/n de fecha 26 de setiembre de 2011 cumplió con el deber de declaración, al señalar el conjunto de actuaciones en las que participó en relación a PROVIAS DESCENTRALIZADO, revelando incluso pese a no estar obligado, información referida al Proyecto Especial de Infraestructura Nacional - Provias Nacional; de modo tal que no puede colegirse en forma tan ligera que la información declarada sea atentatoria contra el deber de imparcialidad e independencia.
- Finalmente refiere que si bien la existencia de dudas justificadas en relación a la independencia e imparcialidad del árbitro, dan ocasión al cumplimiento del deber de revelación y, en su defecto, a promover la recusación; la duda justificada debe consistir en un criterio determinado en base a sustentos objetivos y no meramente arbitrarios.

c) **Posición de la contraparte en el arbitraje (PROVIAS DESCENTRALIZADO)**

1. PROVIAS DESCENTRALIZADO absuelve el traslado de la recusación rechazando lo referido por JAAMSA, ya que dicha parte alega la existencia de dudas razonables respecto de la imparcialidad e independencia del abogado Richard James Martin Tirado, en tanto afirma que la intervención de este profesional como presidente de varios tribunales arbitrales en los que PROVIAS DESCENTRALIZADO participó en calidad de parte, haría suponer que PROVIAS DESCENTRALIZADO recomendó su designación; proposición que deviene en imposible, en la medida que de conformidad con lo señalado en la normativa aplicable al presente caso, ello es competencia exclusiva de los árbitros designados por las partes.
2. Por otro lado, respecto de la carta de fecha 06 de marzo de 2012, mediante la cual el abogado Richard James Martin Tirado comunica que el MTC ha solicitado la elaboración de un Informe Legal al Estudio Martin Consultores Abogados S.C.R.L., PROVIAS refiere que este hecho genera confianza respecto a la imparcialidad e independencia del citado profesional en su desempeño como Presidente del Tribunal Arbitral.

³ Principio de organización administrativa de las entidades que forman parte de la estructura del Estado.



HE COMPROBADO, PREVIO COTE
 QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
 ES COPIA FIEL DEL ORIGEN
 QUE HE TENIDO A LA VISTA.
 REG. N° 509

09 ENE 2013

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 010-2013 - OSCE/PRE

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 atendiendo lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como en las normas de derecho público y las demás de derecho privado que le sean aplicables, manteniendo este orden de preferencia en la aplicación del derecho.
2. En ese sentido, el arbitraje según el convenio arbitral contenido en la Sección VIII "Cláusulas Especiales del Contrato", literal CGC 7.2 del contrato objeto de controversia, es de derecho y ad hoc⁴; 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.
3. El marco normativo vinculado al arbitraje en razón de la temporalidad, 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").
4. Los aspectos relevantes identificados en la recusación, que deben ser motivo de análisis son:

i) ¿El desempeño del abogado Richard James Martin Tirado como árbitro en otros procesos en los que una de las partes ha sido el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Proviás Nacional, genera dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia?

1. El elemento fáctico de esta recusación es la actuación del árbitro recusado en procesos arbitrales en los que el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Proviás Nacional intervino como parte, siendo a partir de este hecho que JAAMSA alude la existencia de una relación de cercanía y afinidad entre el abogado Richard James Martin Tirado y el citado Proyecto; circunstancia que generaría dudas respecto de la imparcialidad e independencia del citado profesional, en tanto dicho Proyecto estaría vinculado a PROVIAS DESCENTRALIZADO.

2. Dicho esto, es preciso advertir que no será materia de análisis determinar la veracidad del hecho que constituye el elemento fáctico del presente aspecto relevante, toda vez que éste ha sido reconocido por el árbitro al momento de aceptar el cargo; de ahí que procederemos a analizar su relevancia de acuerdo con el marco legal aplicable.

3. En ese sentido, corresponde indicar que el numeral 3) del artículo 225° del Reglamento⁵,

⁴ La Cláusula CGC 7.2. del Contrato N° 030-2011-MTC/21, establece: "El mecanismo formal de resolución de conflictos será: mediante Convenio Arbitral para Arbitraje Ad hoc, incluidos los que se refieran incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado y en la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje Ad hoc es aquel en el que son las propias partes las que regulan el arbitraje y, en su defecto, los árbitros. (...)"

⁵ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado





señala 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.

4. Del mismo modo, la LA⁶ es clara en señalar en el inciso 3) del artículo 28°, que un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.
5. Por su parte, el artículo 3° del Código de Ética⁷ 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.
6. De lo expuesto, queda claro que a nivel legislativo se ha reconocido la importancia de los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros en el proceso arbitral, ya que sobre ellos descansa la confiabilidad del arbitraje; de modo tal que la norma es clara al referir que incluso una duda respecto de estos principios es suficiente para habilitar el inicio del procedimiento de recusación.
7. No obstante ello, las normas jurídicas antes referidas no brindan mayores especificaciones sobre tales conceptos, evitando así constreñir la valoración de tales supuestos a criterios fijos o determinados, los que con el transcurso de tiempo pueden verse superados por la realidad, permitiendo el amparo de conductas contrarias a los principios arbitrales.
8. Así las cosas, es evidente que la labor de los operadores jurídicos al resolver cuestiones como la recusación arbitral, no se agota únicamente en la aplicación del marco legal aplicable, por lo que a fin de determinar la relevancia del hecho alegado por JAAMSA para motivar este extremo de su recusación, corresponde remitirnos a las consideraciones doctrinarias que se tienen sobre el particular.
9. En ese orden de ideas, en líneas generales, podemos citar a JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, cuando señala:

"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".

⁶ 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.

(...)"

⁷ 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.

(...)"



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 010-2013 - OSCE/PRE

(...) 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. (Fernández, Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso Arbitraje La Habana, 2010: 14-15).

10. Asimismo, RODRIGO JIJÓN LETORT 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. (Jijón, La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros, 2010:28)

11. Teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas, podemos referir que la doctrina es unánime al indicar que la imparcialidad es un criterio subjetivo que implica analizar el proceder del árbitro a fin de verificar si durante el íter arbitral, existió algún afán intencional de éste para favorecer a una de las partes en perjuicio de la otra; mientras que la independencia es un criterio objetivo, que implica analizar las posibles vinculaciones o relaciones próximas entre los árbitros y las partes.

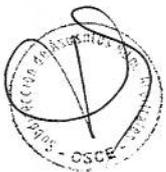


12. Dicho esto, resulta pertinente citar la doctrina nacional, de la que se extraen comentarios sobre las implicancias del supuesto de designación frecuente de los árbitros:

(...) para poder recusar a un árbitro que declare que ha sido nombrado en otros procesos arbitrales por la misma parte que lo ha nombrado en un determinado proceso, creemos que no bastará la reiteración en el nombramiento sino una serie de otros elementos que sean, precisamente aquéllos que puedan dar lugar a la existencia de dudas justificadas con relación a las aptitudes de imparcialidad y de idoneidad del árbitro en tales procesos. (Castillo y Sabroso, El Arbitraje en la Contratación Pública, 2009 – 7: 181)



13. En consecuencia, si bien en el presente punto controvertido JAAMSA cuestiona la imparcialidad e independencia del abogado Richard James Martin Tirado, aduciendo que este profesional tendría una relación de cercanía con el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provias Nacional (el cual estaría vinculado a PROVIAS DESCENTRALIZADO), toda vez que actuó como árbitro en procesos en los que dicho Proyecto intervino en calidad de parte; es evidente que conforme a lo expresado en el párrafo precedente, esta circunstancia no resulta suficiente para acreditar la supuesta relación de cercanía alegada por la recusante, ya que el acto de designar no evidencia per se una vinculación relevante entre la parte que realiza la designación y el profesional designado como árbitro.



14. Asimismo, es preciso tener en cuenta también que conforme se verifica de la carta s/n de fecha 26 de setiembre de 2011, remitida por el abogado Richard James Martin Tirado al aceptar el cargo de árbitro; seis (06) de las once (11) intervenciones de dicho profesional en los procesos

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.
 REG. N° 049 8/13
 09 ENE 2013
 PATRICIA LANDI BULLÓN
 FEDATARIO - OSCE
 Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

en los que el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provias Nacional tuvo la calidad de parte, se realizaron en el cargo de Presidente de Tribunal Arbitral, circunstancia que evidencia que la participación del citado profesional en tales procesos no tuvo como origen la voluntad de las partes en controversia.

15. En ese orden de ideas, al haberse desvirtuado la existencia de una relación entre el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provias Nacional y el árbitro recusado, que es la circunstancia a partir de la que JAAMSA estructura los fundamentos de su recusación; corresponde desestimar la misma en este extremo.

ii) ¿El hecho que el abogado Richard James Martin Tirado tenga la condición de socio de la empresa Martin Consultores Abogados S.C.R.L., la cual sostiene relaciones contractuales con el MTC, genera dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia?

1. Siguiendo las consideraciones antes expuestas, teniendo en cuenta que si bien nuestro ordenamiento no brinda mayores especificaciones respecto de los alcances de los principios arbitrales de imparcialidad e independencia; el Código de Ética a propósito de desarrollar el deber de información en su artículo 5°, señala una serie de circunstancias que necesariamente deben ser reveladas por los árbitros al momento de comunicar su aceptación al cargo, toda vez que el hecho de omitirlas no sólo conlleva el incumplimiento de dicho deber, sino que además da la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del caso y/o para la tramitación de la sanción respectiva.

2. Así, de la revisión de los supuestos desarrollados en el citado artículo, podemos advertir que en el numeral 5.2)⁸, se señala uno aplicable al caso de autos, referido al hecho en el que el árbitro ha mantenido o mantiene alguna relación comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje.

3. Dicho esto, es preciso indicar que en tanto las partes de la relación comercial aludida por la recusante, son la empresa Martin Consultores Abogados S.C.R.L., y el MTC, las cuales difieren de las partes intervinientes en el presente procedimiento de recusación; corresponde analizar y determinar si la referida relación tendría alguna incidencia o algún tipo de vinculación con las partes intervinientes en el citado procedimiento.

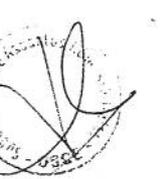
4. En ese sentido, respecto de Martin Consultores Abogados S.C.R.L., debemos indicar que, el abogado Richard James Martin Tirado no sólo tiene la condición de socio de la citada empresa, conforme éste mismo ha reconocido en el escrito presentado ante el OSCE con fecha 17 de febrero de 2012, así como en la carta s/n de fecha 06 de marzo del mismo año; sino que además, dicho profesional ejerce el cargo de gerente general desde el 21 de agosto de 2006, conforme se constata de la información registrada ante la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria – SUNAT⁹ (publicada en su Web a través del link “Consulta RUC”).

⁸ Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado
 *Artículo 5°.- Deber de información

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

5.2. Se ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje de conformidad con lo establecido en este Código*.

⁹ Recuperado el 06 de agosto de 2012, de la Web de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria:
<http://www.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/jcrS00AIIas>





HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA. 9/13
REG. N° 009

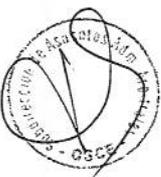
09 ENE 2013

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 010-2013 - OSCE/PRE

5. En consecuencia, si bien es la empresa Martin Consultores Abogados S.C.R.L. quién mantiene relaciones comerciales con el MTC, el ejercicio del cargo de gerente general genera una serie de implicancias jurídicas, en tanto confiere facultades de administración y representación, las cuales han sido claramente establecidas en la Ley N° 26887 – Ley General de Sociedades¹⁰.
6. Sobre este punto, resulta pertinente tener en cuenta lo señalado en las RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS DEL CLUB ESPAÑOL DE ARBITRAJE¹¹, que al desarrollar los alcances de la actuación directa o indirecta del árbitro, señala expresamente que cualquier actuación de un candidato o árbitro, o cualquier situación a él referida, incluirá también las realizadas o mantenidas a través de persona interpuesta o de persona jurídica bajo su control.
7. Así las cosas, queda claro que, atendiendo a que la empresa Martin Consultores Abogados S.C.R.L., tiene una vinculación comercial directa con el MTC, conforme se verifica del Acta de Sesión N° 14 del Concurso Público N° 01-2011-MTC/28 de fecha 26 de setiembre de 2011 y, de la carta s/n de fecha 06 de marzo de 2012; no es posible desconocer que esta vinculación alcanza también –indirectamente– al abogado Richard James Martin Tirado, en su condición de gerente general de la empresa Martin Consultores Abogados S.C.R.L.
8. Por otro lado, respecto del MTC es preciso indicar que, en tanto JAAMSA afirma que PROVIAS DESCENTRALIZADO es una dependencia adscrita a dicho Ministerio, corresponde analizar la veracidad de esta alegación y, de ser el caso, cuáles serían sus implicancias jurídicas.
9. Al respecto, se tiene que el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2007-MTC, establece en el Capítulo X denominado "Proyectos Especiales"¹², que el Ministerio cuenta con el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – PROVIAS DESCENTRALIZADO, el cual está adscrito al Subsector Transportes y se regula por sus



¹⁰ Ley General de Sociedades – Ley N° 26887

"Artículo 287°.- Administración: gerentes

La administración de la sociedad se encarga a uno o más gerentes, socios o no, quienes la representan en todos los asuntos relativos a su objeto.

(...)"

¹¹ Recomendaciones Relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros del Club Español de Arbitraje

"5. Actuación directa o indirecta del árbitro

Cualquier actuación de un candidato o árbitro, o cualquier situación a él referida, incluirá también las realizadas o mantenidas a través de persona interpuesta o persona jurídica bajo su control".

¹² Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

" De los Proyectos Especiales

Artículo 95°.- El Ministerio cuenta con los siguientes Proyectos Especiales:

- a) Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.- Tiene a su cargo actividades de preparación, gestión, administración y ejecución de proyectos de infraestructura de transporte relacionada a la Red Vial Nacional, así como de la gestión y control de actividades y recursos económicos que se emplean para el mantenimiento y seguridad de las carreteras y puentes de la Red Vial Nacional.
- b) Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – PROVIAS DESCENTRALIZADO.- Tiene a su cargo actividades de preparación, gestión, administración y de ser el caso la ejecución de proyectos y programas de infraestructura de transporte departamental y rural en sus distintos modos; así como el desarrollo y fortalecimiento de capacidades institucionales para la gestión descentralizada del transporte departamental y rural.

Del Funcionamiento de los Proyectos Especiales

Artículo 96°.- Los Proyectos Especiales están adscritos al Subsector Transporte y se regularán por sus normas de creación y sus Manuales de Operación".



normas de creación y manuales de operación.

10. En ese entendido, para efectos de la resolución de la recusación planteada, es importante que se analice y determine la naturaleza del PROYECTO PROVIAS DESCENTRALIZADO como organización adscrita al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, considerando el marco legal que regula la actuación administrativa, establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley del Procedimiento Administrativo General.

La Ley de Contrataciones del Estado establece en el artículo 3° inciso j)¹³, cuando delimita el ámbito de aplicación subjetivo de su normativa, que los Proyectos se encuentran comprendidos bajo el término genérico de "Entidades".

11. De la misma forma, la Ley de Procedimiento Administrativo General aprobada mediante Ley N° 27444, al definir su ámbito de aplicación, señala expresamente en el numeral 7)¹⁴ del artículo 1° que para sus fines, debe entenderse como "Entidades de la Administración Pública" a los organismos, proyectos y programas del Estado, entre otros. Respecto de las primeras de las citadas normas, debe señalarse su carácter especial en la regulación de las contrataciones del Estado y su consecuente aplicación para la resolución de controversias surgidas entre las partes o en procedimientos contemplados por dicha norma, como es el caso de la recusación planteada.¹⁵

12. Se entiende que la adscripción de PROVIAS DESCENTRALIZADO al Ministerio respondería a un criterio de organización del Estado, a través del cual se le alinea en atención a políticas gubernamentales comunes al Sector, que a través del Ministerio ejerce funciones de tutela, siendo que los proyectos adscritos, de acuerdo a su propia organización, ejercitan diferenciadamente las atribuciones y funciones contempladas en sus normas de creación o Manuales de Operación, para lo cual realizan actuaciones administrativas (por ejemplo cuando emiten actos administrativos o celebran contratos) teniendo representación¹⁶.

Así las cosas, la relación comercial entre Martin Consultores Abogados S.C.R.L. y el MTC, no resulta relevante en el análisis del presente punto controvertido, en la medida que no se ha determinado sobre la base de la legislación que regula la materia, que exista una misma correspondencia entre el MTC y PROVIAS DESCENTRALIZADO, es decir que ambas constituyan para los efectos una misma entidad; por lo que corresponde desestimar lo alegado por la recusante en este extremo.

Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo N° 1017

"Artículo 3.- Ámbito de Aplicación"

3.1. Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente norma, bajo el término genérico de Entidad(es):

(...)

j) Los proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, organismos públicos del Poder Ejecutivo, instituciones y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/o operativas de los Poderes del Estado; así como los organismos a los que alude la Constitución Política del Perú y demás que sean creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional.

(...)"

14 Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444

"Artículo 1.- Ámbito de aplicación de la ley"

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública:

(...)

7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas (...)"

15 Artículo 5.- Especialidad de la norma y delegación

"El presente Decreto y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables (...)"

- 16 Como referencia es pertinente considerar que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley N° 29158) establece los principios y normas básicas de organización, competencias y funciones de este poder del Estado, cuyo Título IV sobre "Las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo" contiene disposiciones sobre los Organismos Públicos, Programas y Proyectos entre otros.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

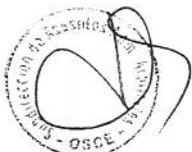
Resolución N° 010-2013 - OSCE/PRE

iii) ¿El abogado Richard James Martin Tirado incumplió con el deber de revelación, al no informar a las partes que tenía una relación contractual con el MTC?

1. Cabe delimitar previamente los alcances del cumplimiento del deber de revelación, a la luz de las disposiciones normativas vigentes y de los aportes doctrinarios.
2. En ese sentido, en la doctrina nacional¹⁷ se señala que:

El deber de declaración, también llamado deber de revelación, es el deber ético de informar, de revelar o declarar cualquier hecho o circunstancia que pueda provocar duda justificada sobre la independencia e imparcialidad del árbitro en relación con las partes; es decir, dudas fundadas sobre la idoneidad del árbitro para el cargo. (Castillo y Sabroso, El Arbitraje en la Contratación Pública, 2009-7: 155)

3. Asimismo, se señala que es claro que el árbitro designado debe declarar toda vinculación duradera, esporádica o eventual de orden profesional o laboral que lo haya relacionado con la parte que lo designa, sus representantes o sus abogados". (Castillo, El Deber de Declaración, s.a.: 634)
4. Asimismo, resulta ilustrativa la referencia que realiza JOSE MARIA ALONSO PUIG cuando 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. (Alonso, Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión – El Deber de Revelación del Árbitro, 2008: 324)
5. De lo expuesto, podemos concluir que a nivel doctrinario se reconoce unánimemente la vital importancia que adquiere el deber de revelación en el arbitraje, toda vez que permite fortalecer la confianza de las partes sobre la independencia e imparcialidad de la persona designada como árbitro. En ese sentido, el cumplimiento del deber de revelación implica una descripción extensa de aquellas circunstancias relevantes o directamente vinculadas al proceso, hechos que de no revelarse oportunamente, podrían afectar la independencia e imparcialidad del árbitro y, por ende, motivarían una recusación formulada en su contra, en tanto la ratio essendi de dicho mecanismo radica en la sospecha de las partes sobre la ausencia de objetividad con la que la persona designada como árbitro desempeñará tal función.
6. Ahora bien, respecto al marco jurídico vigente, podemos resaltar que el artículo 224¹⁸ del Reglamento refiere que todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, tiene el deber de informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (05) años anteriores a su nombramiento, que pueda afectar su imparcialidad e independencia.



¹⁷ Castillo M., y Sabroso R. (2009). El Arbitraje en la Contratación Pública, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 7, Palestra, p. 155.

¹⁸ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
"Artículo 224.- Independencia, imparcialidad y deber de información
(...)"

Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia (...)"

COPIA FIEL DEL ORIGINAL
SE TENIDO A LA VISTA. 12/13
009
09 ENE 2013
PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

7. Asimismo, el Código de Ética en su artículo 3º, numeral 3.8), a propósito de desarrollar el Principio de Transparencia, señala que el árbitro deberá informar respecto de todos los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas que afecten la integridad del arbitraje, identificando además en el artículo 5º, bajo el sistema de numerus apertus, aquellas circunstancias que necesariamente deben ser reveladas, toda vez que su omisión conlleva el incumplimiento del deber de información, dando la apariencia de parcialidad y sirviendo de base para separarlo del caso y/o para la tramitación de la sanción respectiva.
8. Así las cosas, de la revisión de los supuestos desarrollados en el artículo 5º del citado cuerpo legal, podemos advertir que en el numeral 5.2)¹⁹, se señala un supuesto similar al caso de autos, referido al hecho en el que el árbitro ha mantenido o mantiene alguna relación comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje.
9. Ahora bien, considerando los alcances brindados por la doctrina respecto del rol trascendente que asume el deber de declaración en el arbitraje y, atendiendo a que la recusante señala que el abogado Richard James Martin Tirado no cumplió con revelar que tenía una relación contractual con el MTC, en tanto PROVÍAS DESCENTRALIZADO es una dependencia adscrita a dicho Ministerio; corresponde determinar si objetivamente el citado profesional se encontraba obligado a revelar tal circunstancia.
10. En ese orden de ideas, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el segundo de los aspectos relevantes de la presente recusación, podemos señalar que conforme con el ordenamiento previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley N° 27444, no se determina la existencia de una correspondencia entre PROVÍAS DESCENTRALIZADO y EL MTC la misma que sería necesaria para hacer extensiva a este último, la calidad de parte que ostenta PROVÍAS en el proceso arbitral del cual deriva la presente recusación. Por ello, si bien en el caso de autos se ha constatado que efectivamente el Estudio Martin Consultores Abogados S.C.R.L., ha mantenido una relación contractual con el MTC; queda claro que no se configura el supuesto de incumplimiento del deber arbitral de informar regulado en el Reglamento y el Código de Ética.
11. En consecuencia, correspondería desestimar la presente recusación en este extremo; no obstante, debe tenerse en cuenta que mediante escrito presentado con fecha 19 de setiembre de 2012, el abogado Richard James Martin Tirado comunica su renuncia irrevocable al cargo de árbitro.

Así las cosas, considerando que la recusación de árbitros formulada por JAAMSA ante el OSCE, constituye 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; corresponde declarar la conclusión del mismo, por causa sobrevenida -la renuncia del árbitro recusado-, debido a la imposibilidad de su continuación, conforme a lo señalado en el artículo 186º de la citada Ley;

Que, el inciso i) del artículo 58º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante

¹⁹ Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado
"Artículo 5º.- Deber de información
En la aceptación al cargo de árbitro, este debe informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias:
(...)
5.3. Se ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje de conformidad con lo establecido en este Código".



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 010-2013 - OSCE/PRE

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 de Maquinarias Jaamsa S.A. contra el abogado Richard James Martin Tirado, árbitro encargado de presidir el Tribunal Arbitral constituido para resolver las controversias surgidas entre la recusante y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – PROVIAS DESCENTRALIZADO; 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 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° 009	13/13
09 ENE 2013	
PATRICIA LANDI BULLÓN FEDATARIO - OSCE Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE	

