



CERTIFICO QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO QUE HE
TENIDO A LA VISTA.
REG. N° -005-
22 ENE 2013
FELICITA VANESSA CASTRO HUANCA
FEDATARIA
Res. N° 048-2012-OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 029-2013 - OSCE/PRE

Jesús María, 21 ENE. 2013

SUMILLA:

La simple relación de amistad entre árbitros y abogados, así como su participación en distintos arbitrajes, por su sólo mérito no conlleva la descalificación automática de dichos profesionales, en tanto no se evidencie afectación de los principios de independencia e imparcialidad

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación del 22 de noviembre y subsanada el 26 de noviembre de 2012 (Expediente de Recusación N° R67-2012), el Informe N° 02-2013-OSCE/DAA del 4 de enero de 2013, que contiene la opinión técnico - legal de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE y la carta del árbitro Alejandro Aosta Alejos de fecha 4 de noviembre de 2012 absolviendo la recusación formulada;

CONSIDERANDO:

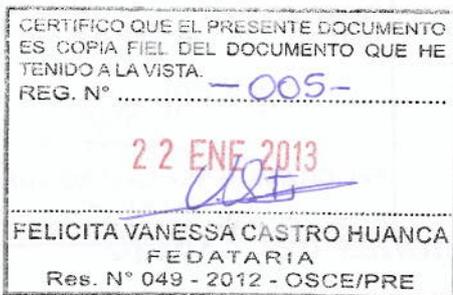
Que, el 7 de enero de 2011, el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora N° 108 (en adelante la “Entidad”) y el señor Fernando Rafael Lean (en adelante el “Contratista”) suscribieron el Contrato N° 009-2011-ME/SG-OGA-UA-APP para la supervisión de la obra adecuación, mejoramiento de la infraestructura educativa de la I.E. San Ramón (Chontapaccha-Cajamarca-Cajamarca) derivada del proceso especial N° 0181-2010-ED/U.E.108 por el monto de S/.1,002,048.92 (Un Millón Dos Mil Cuarenta y Ocho con 92/100 Nuevos Soles);

Que, con fecha 29 de octubre de 2012, el árbitro Alejandro Acosta Alejos cumple con efectuar su aceptación al cargo de Presidente de Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias derivadas del citado Contrato N° 009-2011-ME/SG-OGA-UA-APP, atendiendo a la designación efectuada por sus co árbitros, señores Óscar Ramírez Eraúsqin y Ricardo Espinoza Rimachi;

Que, con fecha 22 de noviembre de 2012, la Entidad formuló recusación ante el OSCE contra el Presidente de Tribunal Arbitral, señor Alejandro Acosta Alejos. Dicha solicitud fue subsanada el 26 de noviembre de 2012;

Que, luego de notificado el 4 de diciembre de 2012, el árbitro Alejandro Acosta Alejos absuelve el traslado de la recusación, mientras que el Contratista no lo hizo a pesar de estar debidamente notificado;

Que, la recusación se sustenta en dudas justificadas de la imparcialidad e independencia del árbitro recusado de conformidad con el numeral 3) del artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, atendiendo a los siguientes fundamentos:



- i. *Algunas circunstancias que generan dudas razonables de la actuación del árbitro se relacionan con el hecho de haber sido designado por diversos contratistas que siguieron y siguen procesos arbitrales contra la Entidad.*
- ii. *El árbitro recusado tiene una posición u opinión respecto de la actuación de los contratistas que lo designaron en anteriores oportunidades, que genera serias dudas respecto de su imparcialidad en su calidad de Presidente de Tribunal Arbitral.*
- iii. *El 30 de octubre de 2012, el señor Alejandro Acosta Alejos comunicó a la Entidad su aceptación de designación como Presidente del Tribunal Arbitral declarando que en siete (7) procesos arbitrales fue designado por diversos contratistas como árbitro de parte en procesos que se siguen contra la Entidad.*
- iv. *En virtud a ello, con Oficio N° 8510-2012-ME/DM-PP del 8 de noviembre de 2012, la Entidad solicitó al árbitro Alejandro Acosta Alejos abstenerse del cargo de Presidente de Tribunal Arbitral, ante lo cual con fecha 18 de noviembre de 2012, el citado profesional comunicó que actuará con independencia e imparcialidad.*
- v. *Atendiendo a lo expuesto y a lo previsto en el Código de Ética para el arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la Entidad es de la posición que durante el proceso arbitral la imparcialidad del árbitro recusado se verá afectada por su predisposición respecto de las controversias sometidas a arbitrajes por los contratistas;*

Que, respecto a la recusación formulada, el señor Alejandro Acosta Alejos ha absuelto la misma en los siguientes términos:

- i. *Debe declararse improcedente la recusación puesto que la Entidad no ha observado el plazo legal previsto en el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, habiendo formulado la recusación el décimo quinto día hábil de comunicada su aceptación al cargo de Presidente de Tribunal Arbitral.*
- ii. *En el presente caso no se configura algún supuesto de recusación según lo señalado en el artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*
- iii. *A través de la carta del 30 de octubre de 2012 informó que había sido nombrado árbitro en los procesos arbitrales con el Ministerio de Educación hasta en ocho (8) ocasiones, siete (7) de las cuales fueron realizadas por diversos contratistas y una de ellas por sus co-árbitros; con lo cual ha cumplido con su deber de revelación dejando constancia que no es abogado, asesor, ni tiene algún tipo de relación con las partes de la controversia. De la misma manera, señala que en el arbitraje del cual deriva la presente recusación no ha sido designado como árbitro de parte sino como propuesta de sus co-árbitros;*

Que, el marco normativo vinculado al arbitraje de donde deriva la presente recusación, corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo



CERTIFICO QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO QUE HE TENIDO A LA VISTA. REG. N° -005-
22 ENE 2013
FELICITA VANESSA CASTRO HUANCA
FEDATARIA
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 029 - 2013 - OSCE/PRE

N°1017 (en adelante la "Ley"), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante "el Reglamento"), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante "LA") y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE (en adelante el "Código de Ética");

Que, los aspectos relevantes identificados de la recusación son los siguientes:

i) ¿La solicitud de recusación fue presentada en forma extemporánea?

- a) El árbitro Alejandro Acosta Alejos ha señalado que la recusación se ha formulado en forma extemporánea fuera del plazo previsto en el artículo 226° del Reglamento.
- b) Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el numeral 1) del artículo 226° del Reglamento señala lo siguiente:

Artículo 226.- Procedimiento de recusación

(...) 1. La recusación debe formularse ante el OSCE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente (...)

- c) En virtud a lo señalado, es necesario indicar, que el citado plazo de cinco (05) días hábiles que establece el artículo 226° del Reglamento para la interposición de la recusación, no ha sido calificado por la Ley ni por su Reglamento como un plazo de caducidad. Sobre lo dicho, conviene remitirse a lo dispuesto en el numeral 3) del artículo 29° de la LA, cuando dispone que salvo, pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación.
- d) En consecuencia de la aplicación e interpretación sistemática de la citada normativa, se colige que en los arbitrajes en materia de contrataciones con el Estado, cualquier parte afectada podrá interponer recusación contra un árbitro, siempre y cuando se haya formulado recusación antes de iniciar el cómputo del plazo para laudar.
- e) En razón a ello, concluimos que al haberse formulado la presente recusación sin que se verifique el inicio del cómputo del plazo para laudar, ésta no resulta extemporánea, por lo que debe desestimarse lo señalado por el árbitro Alejandro Acosta Alejos, en este extremo¹.

ii) ¿La designación como árbitro del señor Alejandro Acosta Alejos por parte de diversas empresas en otros procesos arbitrales donde la Entidad actúa como contraparte de las mismas, genera dudas justificadas de su independencia e imparcialidad, en el arbitraje de donde deriva la presente recusación?

- a) Considerando que la recusación se sustenta en dudas justificadas de la independencia e imparcialidad, cabe delimitar los alcances de dichos conceptos en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.

¹ Al respecto, dicho criterio ha sido recogido en diversas resoluciones de recusación, tales como la N° 039-2012-OSCE/PRE.



- b) Sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, JOSE MARÍA ALONSO ha señalado lo siguiente:

Hay mucho escrito sobre el significado de cada uno de estos dos términos, 'independencia' e 'imparcialidad', en el contexto del arbitraje internacional. 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 (Alonso, 2006: 98)².

- c) Del mismo modo, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, 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 índole reciente que, bien entendido, deben ser acreditados convenientemente (...) (Fernández, 2010)³.

- d) Asimismo, el artículo 224° del Reglamento precisa que: "Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales (...)".
- e) Del mismo modo, el numeral 3) del artículo 225° del citado Reglamento prevé como causal de recusación 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".

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>.



CERTIFICO QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO QUE HE
TENIDO A LA VISTA. -005-
REG. N°
22 ENE 2013
FELICITA VANESSA CASTRO HUANCA
FEDATARIA
Res. N° 029 - 2013 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 029 - 2013 - OSCE/PRE

f) Conforme a los criterios doctrinarios y normativos señalados, es necesario analizar si los hechos que se le atribuyen al árbitro recusado, generan dudas justificadas de su independencia e imparcialidad, para lo cual debe considerarse lo siguiente:

f.1 Con fecha 30 de octubre de 2012, el árbitro Alejandro Acosta Alejos cumplió con efectuar su deber de revelación en el arbitraje de donde deriva la presente recusación, informando diversos procesos arbitrales donde ha participado en calidad de árbitro según se puede graficar a continuación:

Tabla N° 01 Procesos Arbitrales en los que participa el señor Alejandro Acosta Alejos como árbitro

PROCESO ARBITRAL	CONTRATISTA	ENTIDAD	DESIGNACION DEL SEÑOR ALEJANDRO ACOSTA ALEJOS COMO ÁRBITRO	
			Tipo de árbitro	Parte que efectuó designación
Primer proceso	Consortio Istria	Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108	Árbitro de parte	Contratista
Segundo proceso	Consortio Omega	Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108	Presidente de Tribunal	Designación por co árbitros
Tercer proceso	Alpamayo Data Network SAC	Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108	Árbitro de parte	Contratista
Cuarto proceso	Proyect Consulting S.A.	Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108	Árbitro de parte	Contratista
Quinto proceso	Consortio Cedosac	Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108	Árbitro de parte	Contratista
Sexto proceso	Consortio Guadalupe	Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108	Árbitro de parte	Contratista
Séptimo proceso	Consortio Iturregui	Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108	Árbitro de parte	Contratista
Octavo proceso	Consortio Grau	Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108	Árbitro de parte	Contratista
Noveno Proceso (Del cual deriva la presente recusación)	Fernando Rafael Lean	Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108	Presidente de Tribunal	Designación por co árbitros



f.2 Del gráfico señalado en el literal precedente se pueden establecer dos aspectos relevantes: a) En siete (7) procesos arbitrales, el señor Alejandro Acosta Alejos ha sido designado como árbitro por parte de diversos contratistas; y, b) En nueve (9) procesos arbitrales la contraparte de los citados contratistas ha sido la Entidad.

f.3 Para el recusante, la imparcialidad del árbitro recusado se verá afectada por su predisposición respecto de las controversias sometidas a arbitrajes pues siempre ha sido designado por los contratistas, en procesos contra la Entidad.

f.4 Al respecto, cabe señalar que, los elementos aportados por la recusante no son concluyentes para evidenciar una afectación a los principios de independencia e imparcialidad por parte del árbitro recusado, por las siguientes razones:

- El árbitro no representa los intereses de las partes⁴, salvo que la recusación evidencie lo contrario.



⁴ JOSE CARLOS FERNANDEZ ROZAS ha señalado "(...) Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes(...)" 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>.



- Según se observa de la Tabla N° 01, si bien en los procesos arbitrales la mayoría de veces el señor Alejandro Acosta Alejos, ha sido designado por contratistas que son contraparte de la Entidad, es notorio que cada una de las empresas contratistas presenta una razón social distinta no habiendo aportado la recusación elementos que las vinculen entre sí o con el Contratista que participa en el arbitraje del cual deriva la presente recusación, añadiendo que tampoco se ha probado que el objeto de las controversias de tales procesos tengan relación directa con el arbitraje del cual deriva la presente recusación.
- Del mismo modo, la recusación no ha aportado pruebas de cómo la participación del señor Alejandro Acosta Alejos en cada uno de los procesos arbitrales señalados, ha generado o genera situaciones susceptibles de afectar la imparcialidad e independencia de la función arbitral, en tanto que el fundamento relevante de la recusación se centra exclusivamente en cuestionar su designación como árbitro por distintas empresas que son contraparte de la Entidad, sin evidenciar en el arbitraje del cual deriva la presente recusación, alguna actuación concreta que denote cierto desvío de preferencias a favor o en contra de una de las partes o de la controversia.
- Debe considerarse además que en el proceso arbitral del cual deriva la presente recusación, el señor Alejandro Acosta Alejos no ha sido designado por el Contratista, sino por sus dos co-árbitros, respecto de los cuales la recusación no ha expuesto alguna situación que comprometa su independencia e imparcialidad.
- Según expone la doctrina, la simple relación de amistad entre árbitros y abogados, así como su participación en distintos arbitrajes, por su sólo mérito no conlleva la descalificación automática de dichos profesionales, en tanto no se evidencie afectación de los principios de independencia e imparcialidad (Castillo y Sabroso, 2011: 53-54) (Fernández, 2010) (Victoria-Andréu, 2010)^{5 6}
- Finalmente, acorde con lo establecido en el Código de Ética⁸, el árbitro recusado ha cumplido con efectuar su deber de revelación al informar de los procesos arbitrales donde una de las partes (la Entidad) participa en el arbitraje del cual se deriva la presente recusación.

⁵ MARIO CASTILLO FREYRE y RITA SABROSO MINAYA: El Deber de declaración en el Código de Ética del OSCE: Publicado en Revista de Arbitraje Jurisdicción Arbitral Año I N° 4 – Agosto 2011 – págs. 53-54.

⁶ 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>.

⁷ FRANCISCO VICTORIA-ANDREU "La independencia del árbitro: ¿Realidad o quimera?" (Comentario sobre el caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal S.A c. República de Argentina); Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional, La Habana, 24-26 Junio 2010; artículo publicado en <http://www.ohadac.com/lubores-congreso/items/la-independencia-del-arbitro-realidad-o-quimera.html>.

⁸ Numeral 5.4 y 5.7, artículo 5° del Código de Ética: "(...)En la aceptación al cargo de árbitro, éste debe informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias: (...)5.4. Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes(...)5.7 Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto de imparcialidad o independencia (...)"

