



HE COMPROBADO, PREVIO CO
QUE EL PRESENTE DOCUM
ES COPIA FIEL DEL ORIG
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 040

08 FEB 2013

PATRICIA LANDI BULLO
FEDATARIO - OSCE
RES N° 0012 - OSCE/P

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 065 - 2013 - OSCE/PRE

Jesús María,

08 FEB. 2013

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 formulada por la Municipalidad Provincial de Chumbivilcas del 18 de octubre de 2012 (Expediente de Recusación N° R63-2012); los escritos presentados por los árbitros Ángela María Cáceres Pacheco, Roberto Mario Durand Galindo y Peggy Patricia Barra Araujo; y el Informe N° 13-2013-OSCE/DAA del 28 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;



CONSIDERANDO:

Que, el 8 de noviembre de 2010, la Municipalidad Provincial de Chumbivilcas (en adelante la "Entidad") y el Consorcio Rivera (en adelante el "Contratista") suscribieron el Contrato para la adquisición a todo costo en su Primera Etapa de Cobertura de Techo de 03 naves para la obra "Construcción del Mercado de Productores de Santa Anita" derivada de la Licitación Pública N° 003-2010-MPCH (Primera Convocatoria), por el monto de S/.1,666,200.00 (Un Millón Seiscientos Sesenta y Seis Mil Doscientos y 00/100 Nuevos Soles);

Que, surgida la controversia, entre la Entidad y el Contratista, con fecha 06 de febrero de 2012 se procedió a instalar el Tribunal Arbitral Ad Hoc conformado por los siguientes profesionales:

Cuadro de Composición del Tribunal Arbitral Ad Hoc

Nombre	Cargo	Designación
Ángela María Cáceres Pacheco	Presidenta	Designada por ambos árbitros
Peggy Patricia Barra Araujo	Árbitra	Por la Entidad
Roberto Mario Durand Galindo	Árbitro	Por el Contratista

Que, con fecha 18 de octubre de 2012, la Entidad formuló solicitud de recusación ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE") contra todos los miembros del Tribunal Arbitral;



HE COMPROBADO PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 049

08 FEB 2013

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

Que, el 25 de octubre de 2012, a través de los Oficios N°s 5342, 5343, 5344 y 5346-2012-OSCE/SAA se efectuó el traslado de la recusación a los árbitros Ángela María Cáceres Pacheco, Peggy Patricia Barra Araujo y Roberto Mario Durand Galindo así como al Contratista, respectivamente, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles expresen lo que estimen conveniente a su derecho;

Que, el 5 y 6 de noviembre de 2012, los árbitros Roberto Mario Durand Galindo, Ángela María Cáceres Pacheco y Peggy Patricia Barra Araujo cumplieron con absolver la recusación formulada;

Que, el 5 de noviembre de 2012, el Contratista presentó su absolución a la recusación formulada, la cual complementa mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 2012;

Que, la recusación se sustenta en la causal de dudas justificadas de la imparcialidad e independencia de los árbitros recusados¹ atendiendo a los siguientes fundamentos:

1. Con fecha 12 de octubre de 2012, el Tribunal Arbitral notificó a la Entidad la Resolución N° 37 por la cual tiene por presentados los informes periciales contable y de ingeniería, los mismos que han sido manejados por los árbitros recusados y resumen las constantes acciones de parcialización a favor del Contratista.
2. En efecto, mediante Resolución N° 31 del 24 de setiembre de 2012, el Tribunal Arbitral declaró improcedente por extemporáneo el escrito de la Entidad sobre precisión y ampliación de peritaje contable, cuando el citado resolutivo en su sexto considerando indicaba que el proceso arbitral goza de amplitud y flexibilidad, lo que demuestra una auténtica parcialización a favor del Contratista.
3. No obstante que las pruebas periciales fueron ofrecidas por la Entidad, el Tribunal Arbitral a través de la Resolución N° 18 del 23 de julio de 2012, dispuso tener por aprobados los puntos sobre los cuales debían versar los dictámenes periciales, en razón de lo cual los peritos sólo se limitaron a analizar dichos puntos obviando los que fueron señalados por la Entidad. Además, señala que los informes periciales sólo justificaban las pretensiones del Contratista no haciendo referencia a las pretensiones de la Entidad.
4. Los miembros del Tribunal vienen orientando el futuro laudo a favor del Consorcio, puesto que los únicos medios de prueba materiales determinantes son las pericias, como es el caso de la pericia técnica de ingeniería que debe determinar el avance físico de obra conforme a las bases del proceso de selección y el contrato y la pericia contable que debió versar sobre la evaluación del proceso de contratación, a fin de determinar si la propuesta técnica y económica correspondían a las exigencias de las bases, (para lo cual es necesario que la Presidencia Ejecutiva del OSCE solicite los actuados pertinentes del proceso arbitral).

¹ En el primer fundamento del escrito de recusación del 18 de octubre de 2012, la recusante ha manifestado que los informes periciales han sido manejados por los señores árbitros indicando además lo siguiente: "(...) formulamos recusación contra los tres peritos (...)". Esta frase en realidad es un error puesto que según se desprende de la Resolución N° 37 del 11 de octubre de 2012 emitida por el Tribunal Arbitral los peritos que emiten los dictámenes son cuatro (4) profesionales (Dos Ingenieros y Dos Contadores Públicos). Además, en el petitorio, justificación, fundamentación jurídica y la conclusión del escrito de fecha 18 de octubre de 2012, la recusación se dirige inequívocamente contra los tres árbitros integrantes del Tribunal Arbitral.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 065-2013 - OSCE/PRE

5. Además, existen otras circunstancias que evidencian parcialización o manejo del proceso por parte del Tribunal Arbitral, como el hecho de que en un principio admitiera que la Sede se instale en la ciudad del Cusco, pero en el entendido de que el arbitraje tendría que desarrollarse en el local del OSCE Regional del Cusco y no en el mismo Centro de Conciliaciones del árbitro designado por el Contratista, señor Roberto Mario Durand Galindo. Ante tal situación con fecha 13 de abril de 2012, la Entidad solicitó el cambio de la Sede del Tribunal Arbitral a la ciudad de Lima, lo cual fue declarado improcedente por dicho órgano colegiado mediante Resolución N° 08 del 16 de mayo de 2012, transgrediendo el principio de imparcialidad.

6. Asimismo, señala que, durante el proceso tomaron conocimiento que la Presidenta del Tribunal Arbitral, Ángela María Cáceres Pacheco, era personal del Centro de Conciliaciones y Arbitraje conducido por el abogado Roberto Mario Durand Galindo, árbitro designado por el Contratista.

7. Adicionalmente, indica que la árbitra Peggy Patricia Barra Araujo también se ha aunado a la posible parcialización de los otros dos árbitros, lo que se demuestra con la emisión de las resoluciones enunciadas, donde no consta su intervención o su voto discordante.

8. Finalmente, señala que, en el transcurso de las diligencias así como en la inspección ocular sólo se nota la participación del árbitro Roberto Mario Durand Galindo más no de la Presidenta Ángela María Cáceres Pacheco; mucho menos, de la árbitra Peggy Patricia Barra Araujo, hechos que también generan dudas justificadas de su independencia e imparcialidad.

Que, el Contratista absuelve la recusación señalando lo siguiente:

1. En lo que se refiere al cuestionamiento de la decisión que declaró improcedente el pedido de ampliación del peritaje presentado por la Entidad, indica que el proceso arbitral ha sido bastante flexible.
2. Por otro lado, la recusante siempre tuvo conocimiento de los puntos sobre los cuales iban a versar las pericias, así como de los puntos controvertidos y de todas las resoluciones respecto de las cuales no efectuó reclamo alguno.
3. El establecimiento de la Sede arbitral en la ciudad del Cusco fue aceptada por la Entidad; sin embargo, posteriormente fue observada por la misma, siendo dicho reclamo declarado improcedente por el Tribunal. Por otro lado, corresponde a la Entidad presentar las pruebas que supuestamente acreditarían una colusión entre el Tribunal Arbitral y el Contratista.



08 FEB 2013

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

4. En lo que se refiere al argumento de que la Presidenta del Tribunal Arbitral, abogada Ángela María Cáceres Pacheco, era personal del Centro de Conciliaciones y Arbitraje conducido por su co árbitro, Roberto Mario Durand Galindo, corresponde a la recusante probar tal afirmación.
5. Si bien la árbitra Peggy Patricia Barra Araujo ha sido designada por la Entidad, ella no es su abogada patrocinante, razón por la cual no es prueba de imparcialidad el hecho de que emita votos discordantes o similares.
6. Respecto al hecho de que en las diligencias y en la inspección ocular sólo participe el abogado Roberto Mario Durand Galindo, se tratan de meras especulaciones, que no tienen relevancia jurídica.

Que, respecto a la recusación formulada, la Presidenta del Tribunal Arbitral Ángela María Cáceres Pacheco y la árbitra Peggy Patricia Barra Araujo, han absuelto la misma en términos similares, conforme se expone a continuación:

1. La actuación de la Entidad es maliciosa, que atenta contra la ética profesional de cada árbitro al manifestar la supuesta parcialización con el Contratista, no obstante, conforme se observa del expediente del proceso, el Tribunal Arbitral, otorgó a ambas partes un plazo prudente, flexible y sobre todo igualitario para que puedan hacer valer su derecho.
2. En el último párrafo del numeral 5 del Acta de Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos controvertidos y admisión de medios probatorios de fecha 8 de junio de 2012, se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que precisen con claridad los puntos sobre los cuales debían versar los dictámenes periciales y los hechos controvertidos que se pretendían esclarecer como resultado de la pericia; razón por la cual con fecha 22 de junio de 2012, la Entidad presentó su escrito N° 07 denominado "Precisa puntos para peritajes". Posteriormente, mediante Resolución N° 18 el Tribunal Arbitral aprobó los puntos sobre los cuales debían versar las pericias y se hicieron de conocimiento de la Entidad, a través de su Procuraduría Pública Ad Hoc el 26 de julio de 2012.
3. Dicha resolución nunca fue cuestionada por alguna de las partes ni tampoco fue objeto de recurso de reconsideración conforme señala la Regla 40 del Acta de Instalación del 6 de febrero de 2012, quedando consentida. Sin embargo, después de cuarenta y ocho (48) días calendario de notificado dicho resolutivo, la Entidad presentó su solicitud de precisión y ampliación de peritaje, la cual fue declarada improcedente por extemporánea mediante Resolución N° 31.
4. Del mismo modo, señalan que los peritos profesionales fueron elegidos de forma pública y por sorteo, conforme consta en el Acta de Audiencia Especial de fecha 20 de julio de 2012.





HE COMPROBADO, PREVIO COTE,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGEN
QUE HE TENIDO A LA VISTA. S
REG. N° 049
08 FEB 2013
PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PP

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 065-2013 - OSCE/PRE

5. Según consta de la Regla N° 5 del Acta de Instalación se estableció de manera voluntaria por ambas partes que la Sede del arbitraje sea en Av. Machupicchu Urb. Manuel Prado N° F-1 del Cercado, provincia y departamento del Cusco, lo cual no fue objetado por la Entidad. Además el hecho de que la Sede del arbitraje coincida con la oficina de unos de los árbitros, es algo circunstancial, que en todo caso, debió ser observado por la Entidad oportunamente y no sesenta y siete (67) días calendario después de realizada la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.
6. La árbitra Ángela María Cáceres Pacheco señala que fue conciliadora adscrita al Centro de Conciliaciones del Cusco, sin embargo, ello no genera una relación laboral o de subordinación con el árbitro Roberto Mario Durand Galindo. Además, los árbitros Ángela María Cáceres Pacheco y Roberto Mario Durand Galindo cumplieron con su deber de información, el cual no fue observado por alguna de las partes sino recién mediante el escrito de recusación.
7. La abogada Peggy Patricia Barra Araujo indica que su actuar durante la tramitación del proceso ha sido imparcial e independiente.
8. Respecto al argumento del recusante que sólo se nota la participación del árbitro Roberto Mario Durand Galindo en las diligencias y audiencias del árbitro Roberto Mario Durand Galindo, la abogada Ángela María Cáceres Pacheco indica que ningún árbitro está obligado de emitir opinión hasta la emisión del laudo, para evitar parcialidad con las partes (por lo que habría observado atentamente los hechos y acontecimientos que transcurren durante las actuaciones arbitrales). Por otro lado, a su turno, la árbitra Peggy Patricia Barra Araujo indica que durante las actuaciones arbitrales sí ha participado cuando lo ha considerado pertinente, indicando además que tal situación no constituye causal de recusación;

Que, respecto a la recusación formulada, el árbitro Roberto Mario Durand Galindo señala lo siguiente:

1. Es falso que los informes periciales hayan sido manejados por los árbitros, pues la Entidad en su escrito del 4 de mayo de 2012, ofreció los peritajes técnico y contable, los cuales fueron admitidos por el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios del 8 de junio de 2012, disponiendo se solicite al Colegio de Ingenieros del Perú (filial Cusco) y al Colegio de Contadores del Cusco, una terna de peritos. En una audiencia especial del 20 de julio de 2012 y con la presencia de ambas partes, se efectuó un sorteo, donde se designó a los peritos, lo cual no fue impugnado por las partes.



08 FEB 2013

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

2. *Es falso que no se haya tomado en cuenta los puntos señalados por la recusante sobre los cuales debían versar los peritajes, puesto que el Tribunal Arbitral le brindó oportunidad a la Entidad para que proponga los mismos emitiéndose la Resolución N° 18 del 23 de julio de 2012 por la que dicho Colegiado dispuso su aprobación, decisión que no fue impugnada habiendo quedado consentida. En ese contexto, cuando la Entidad el 12 de setiembre de 2012, solicitó una precisión y ampliación de puntos del peritaje contable, ésta resultó extemporánea y así fue declarada por el Tribunal mediante Resolución N° 31.*
3. *De la lectura de la Resolución N° 37 se aprecia que los dictámenes periciales de ingeniería y contable fueron presentados por los peritos haciéndose de conocimiento a las partes, de manera que si alguna de ellas no estuvo de acuerdo con los mismos tenía la posibilidad de observarlos, no siendo la recusación la vía idónea para cuestionarlos.*
4. *Conforme se observa del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral ambas partes expresamente acordaron el lugar de la sede del arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35° del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje². En ese sentido, cuando con posterioridad, la Entidad solicitó al Tribunal Arbitral el cambio de la sede del arbitraje, dicho pedido fue declarado improcedente mediante Resolución N° 8, que no fue objeto de impugnación habiendo quedado consentida.*
5. *Los miembros del Tribunal Arbitral han cumplido con informar detalladamente todos los arbitrajes (vigentes y archivados) en los que participaron conjuntamente como Presidentes, árbitros o secretarios, comunicando además que con la árbitra Ángela María Cáceres Pacheco han sido conciliadores del Centro de Conciliación del Cusco, aclarando que la referida abogada ya no es conciliadora de dicho Centro.*
6. *A la fecha en que formula sus descargos a la recusación (5 de noviembre de 2012) todas las resoluciones emitidas en el proceso arbitral han sido aprobadas por unanimidad lo que lejos de cuestionar la conducta del Tribunal Arbitral lo fortalece, por cuanto existe unidad de criterio en su actuación ética y ceñida a la normatividad vigente. Asimismo, indica que, sus dos co árbitras sí han participado activamente en el proceso arbitral conforme se aprecia de toda la documentación del proceso.*
7. *Todos los fundamentos de la recusación se han formulado en forma extemporánea fuera del plazo previsto en el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado pues se basan en las Resoluciones N°s 18, 31 y 37 emitidas con antelación al inicio del presente procedimiento de recusación. Asimismo, se cuestionan decisiones arbitrales contenidas en los citados resolutivos, lo que no resulta procedente en virtud al inciso 5) del artículo 29° del*

² Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje
"Artículo 35.- Lugar del arbitraje

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.
(...)"



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 049

08 FEB 2013

Patricia Landi Bullón

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 065-2013 - OSCE/PRE

Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje aprobado por Decreto Legislativo N° 1071³;

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 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 son los siguientes:

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

- a) El árbitro Roberto Mario Durand Galindo 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

En el caso que las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o cuando no hayan pactado sobre el particular, el trámite de recusación se llevará a cabo conforme las siguientes reglas:

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 sobrevenida.
(...)"

- c) En virtud a lo señalado, es necesario indicar, que el citado plazo de cinco (5) 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

³ Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje
"Artículo 29.- Procedimiento de recusación

(...)

5. (...) No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

(...)"





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 laudo.
- e) En razón a ello, concluimos que al haberse formulado la presente recusación sin que se verifique el inicio el cómputo del plazo para laudo, ésta no resulta extemporánea, por lo que debe desestimarse lo señalado por el árbitro Roberto Mario Durand Galindo, en este extremo⁴.
- ii) ¿Las decisiones y actuaciones arbitrales a cargo del Tribunal Arbitral respecto al trámite de pericias contable y de ingeniería, fijación de la Sede del arbitraje (que sería el domicilio del Centro de Conciliación al cual pertenecerían los árbitros Roberto Mario Durand Galindo y Ángela María Cáceres Pacheco), así como al grado de participación de los integrantes de dicho Colegiado en las decisiones y diligencias del proceso arbitral, constituyen circunstancias que generan dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad?
- a) Considerando que la recusación se sustenta en la causal de 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.
- 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)⁵

- 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

⁴ Al respecto, dicho criterio ha sido recogido en diversas resoluciones de recusación, tales como la N° 039-2012-OSCE/PRE, N° 146-2012-OSCE/PRE y N° 90-2012-OSCE/PRE.

⁵ JOSÉ MARÍA ALONSO - Revista Peruana de Arbitraje – Tomo 2-2006; pág. 98- Editorial Jurídica Grijley.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 040

08 FEB 2013

PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE

Res N° 049-2012-OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 065-2013 - OSCE/PRE

predilección significa favorecer a una persona sin perjudicar a la otra, mientras que la parcialidad implica 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 (...)."
(Fernández, 2010)⁶

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".

f) Conforme a los criterios doctrinarios y normativos señalados, es necesario analizar si los hechos que se le atribuyen a los árbitros Ángela María Cáceres Pacheco, Peggy Patricia Barra Araujo y Roberto Mario Durand Galindo generan dudas justificadas de su imparcialidad e independencia, para cuyo efecto, procedemos a graficar las principales actuaciones arbitrales vinculadas al trámite de pericias:

Tabla Nro. 01 Cuadro de Actos Relevantes "Actuaciones sobre el trámite de pericias"

FECHA	ACTO	COMENTARIO
8.06.2012	Audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios	Participaron el Tribunal Arbitral, la Entidad y el Contratista Se dio conformidad a los puntos controvertidos fijados por el Tribunal y se admitieron los medios probatorios de las partes. Respecto a peritaje ofrecido por la Entidad se dispuso remitir Oficios al Colegio de Ingenieros del Perú - Filial Cusco y al Colegio de Contadores de Cusco para que proporcionen una terna de profesionales. Se otorgó a las partes un plazo de 10 (diez) días hábiles para que precisen los puntos sobre los cuales versarán los dictámenes y los hechos controvertidos que se pretenden esclarecer con la pericia.
20.06.2012	Oficios N° 001 y 002-2012/CCAC-P	Presidenta de Tribunal Arbitral solicitó terna de ingenieros mecánicos y de contadores públicos al Colegio de Ingenieros del Perú - Consejo Departamental Cusco y el Colegio de Contadores Públicos del Cusco, para elaborar los

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>.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA. REG. N° 049 10/15

08 FEB 2013

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

		respectivos peritajes.
21.06.2012	Carta N° 266-2012-CIP-CDC-D y Oficio N° 126-2012-CCPC	Colegio de Ingenieros del Perú - Consejo Departamental Cusco y el Colegio de Contadores Públicos del Cusco remitieron al Tribunal Arbitral la terna de profesionales para la pericia.
21.06.2012	Escrito presentado por el Contratista	En virtud a lo dispuesto en la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios del 8 de junio de 2012, el Contratista señaló los puntos respecto de los cuales deben pronunciarse los peritos.
22.06.2012	Escrito presentado por la Entidad	En virtud a lo dispuesto en la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios del 8 de junio de 2012, la Entidad señala los puntos respecto de los cuales deben pronunciarse los peritos.
16.07.2012	Resolución N° 15	Tribunal Arbitral citó a las partes a Audiencia Especial para el 20 de julio de 2012, a realizarse en la sede arbitral donde se elegirá por sorteo a los peritos.
20.07.2012	Audiencia Especial	Participaron el Tribunal Arbitral, la Entidad y el Contratista. Se efectúa sorteo y se elige a dos (02) ingenieros mecánicos y dos (02) contadores públicos para efectuar pericias.
23.07.2012	Resolución N° 18	<p>El Tribunal Arbitral resolvió aprobar los puntos sobre los cuales debe versar el dictamen pericial conforme el segundo considerando de la citada Resolución N° 18, el cual textualmente señala lo siguiente:</p> <p>"Que, mediante los documentos de visto 1 y 2 las partes han cumplido con proponer los puntos sobre los cuales deben versar los peritajes, razón por la que corresponde aprobar dichos puntos, así como los hechos controvertidos que se pretenden esclarecer con el resultado de las pericias de la siguiente forma:</p> <p><u>Pericia en ingeniería</u></p> <p>a) Determinar si en el mercado de productores de Santa Anita (Chumbivilcas) existían las obras civiles (estructuras) necesarias para el montaje y colocación de la cobertura del techo por parte del demandante.</p> <p>b) Determinar si los materiales utilizados y la estructura fabricada por el demandante en la elaboración de la cobertura de techo, cumplía con las especificaciones técnicas señaladas en el Contrato y las Bases materia de la presente controversia.</p> <p>c) Determinar el porcentaje del avance físico que tenía el demandante en la elaboración de la cobertura de techo.</p> <p><u>Pericia Contable:</u></p> <p>a) Determinar el monto pagado al demandante por la elaboración de la cobertura de techo.</p> <p>b) Determinar el monto pendiente de pago al demandante por la elaboración de la cobertura de techo.</p> <p>c) Determinar el porcentaje de avance contable (pago) que tenía el demandado por la elaboración de la cobertura de techo".</p>
26.07.2012	Cédula de Notificación N° 18-2012/SA	Se notificó la Resolución N° 18 a la Entidad.
12.09.2012	Escrito presentado por la Entidad ante el Tribunal Arbitral	Solicitó ampliar los puntos referidos al peritaje contable referidos a expediente de contratación y expedientes de pago.
24.09.2012	Resolución N° 31	El Tribunal Arbitral declaró improcedente la solicitud de ampliación de puntos de peritaje contable formulada por la Entidad considerando que desde que se notificó a las partes la Resolución N° 18 que aprobó los puntos para las pericias no fue impugnada en el plazo de cinco (5) días que señala la regla 40 del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral.
27.09.2012	Cédula de Notificación N° 31-2012/SA	Se notificó a la Entidad la Resolución N° 31
11.10.2012	Resolución N° 37	El Tribunal Arbitral resolvió correr traslado a las partes de los dictámenes periciales elaborados por los peritos por un plazo de cinco (5) días hábiles.
17.10.2012	Escrito presentado por la Entidad ante el Tribunal Arbitral	La Entidad observó pericias contable y de ingeniería.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 065-2013 - OSCE/PRE

- Conforme se observa del cuadro precedente, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 18 del 23 de julio de 2012, fijó los puntos sobre los cuales debían desarrollarse las pericias contables y de ingeniería, considerando los escritos de las partes a través de los cuales propusieron los puntos que debían comprender los referidos peritajes; no habiendo impugnado alguna de las partes tal resolución.

Luego, con la Resolución N° 31 del 24 de setiembre de 2012, el Tribunal Arbitral desestimó un pedido de la Entidad para ampliar los puntos fijados a través de la Resolución N° 18. Finalmente, mediante Resolución N° 37 del 11 de octubre de 2012, dispuso correr traslado a las partes de los dictámenes periciales.

- Para la recusante, las citadas Resoluciones N°s 18, 31 y 37, demuestran parcialización por parte de los miembros del Tribunal Arbitral, puesto que a través de las mismas se ha posibilitado que los informes periciales no contemplen los puntos y pretensiones que fueron ofrecidos por la Entidad, habiéndose incluso declarado extemporáneo un pedido de ampliación de puntos de la pericia.
- Es evidente que la recusación se ha centrado en cuestionar directamente decisiones arbitrales contenidas en los citados resolutivos, los cuales han señalado sus propios fundamentos fácticos y jurídicos para fijar los puntos de los dictámenes periciales, la extemporaneidad de un pedido de ampliación respecto de estos puntos, así como el conocimiento a las partes de los resultados de las pericias en mención; hechos que no pueden ventilarse a través de un procedimiento de recusación como ocurre en el presente caso.
- Al respecto, el numeral 5) del artículo 29° de la LA señala lo siguiente:
"Artículo 29.- Procedimiento de recusación
(...)
5.(...) No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.
(...)"
- En efecto, 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.
- Siendo ello así, no constituye causal de recusación "per se" las decisiones del Tribunal Arbitral vinculadas a la actuación de las pericias que se han señalado líneas arriba; por tanto, no puede estimarse en este extremo la presente recusación, por cuanto no es la vía idónea para resolver los cuestionamientos que se formulen sobre decisiones arbitrales que eventualmente puedan afectar el debido proceso.



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

- *A mayor abundamiento, cabe señalar que el Tribunal Constitucional⁷ 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 proceso⁸".*
- *Del mismo modo, debe tenerse en cuenta la duodécima disposición complementaria de la LA que señala que para 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,*
- *A lo expuesto, cabe agregar que no se evidencian elementos probatorios concluyentes de una conducción parcializada del proceso por parte de los árbitros recusados en relación a la actuación de las pericias, si consideramos que la determinación de puntos sobre las que deberían versar las mismas la efectuó el Tribunal Arbitral considerando los escritos de las partes que propusieron sus puntos para los peritajes, sin que alguna de ellas haya impugnado tal decisión conforme a las reglas del proceso. Por otro lado, el hecho de que la pre selección de peritos se haya efectuado por Colegios Profesionales y que su selección final se haya realizado por sorteo con presencia de las partes, no contribuye a generar convicción respecto al argumento de que tales profesionales fueron manejados por los árbitros recusados, como sostiene la recusante.*
- g) *Por otro lado, la recusante también señala que le genera dudas justificadas de independencia e imparcialidad, el hecho de que se haya designado como Sede del Tribunal Arbitral el domicilio del Centro de Conciliaciones del árbitro designado por el Contratista, señor Roberto Mario Durand Galindo, del cual es personal la Presidenta del Tribunal Arbitral, Ángela María Cáceres Pacheco, aunado al hecho de que cuando la Entidad solicitó el cambio de la Sede el Tribunal declaró improcedente su pedido mediante Resolución N° 8 del 16 de mayo de 2012. Al respecto debe considerarse lo siguiente:*
 - *Sobre la fijación del lugar o sede arbitral, es importante hacer referencia a lo que comenta el profesor GUILLERMO PALAO MORENO, para quien tales nociones son prácticamente equiparables y pueden referirse no sólo a la localidad donde se desarrollará el arbitraje sino también a determinado domicilio:*



⁷ El Tribunal Constitucional estableció precedente de observancia obligatoria con relación al arbitraje, recaída en el expediente Nro. 00142-2011-PA-TC.
⁸ 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° 065-2013 - OSCE/PRE

“(…)

3 Como punto de partida cabe señalar que, por lugar de arbitraje hay que entender el sitio donde se va a desarrollar el mismo, o lo que es lo mismo, el emplazamiento concreto donde se llevará a cabo el procedimiento arbitral (...) No obstante, igualmente se debe subrayar que este lugar también incluirá el sitio donde con posterioridad se dictará el laudo (...) Junto a ello, habrá que tener presente que dicho lugar habrá de referirse no sólo a la localidad donde se desarrolle el arbitraje y donde más tarde se vaya a emitir el laudo, sino también el emplazamiento específico (como sería a modo de ejemplo, el caso de un determinado domicilio) donde éste se ubicará (...) -El subrayado es agregado- (Palao, 2011: 175).

“En otro orden de ideas, y por lo que hace a las diferencias existentes entre las nociones de “lugar” y de “sede” de arbitraje, se puede decir que, por un lado, el término “lugar” de arbitraje es un concepto utilizado comúnmente en los textos internacionales y que posee un marcado carácter fáctico. Y ello, a diferencia de la palabra “sede del arbitraje”, al poseer éste último una clara connotación jurídica. En cualquier caso, se trata de una distinción que no ha de ser sobredimensionada, pudiendo llegarse a entender que en la práctica arbitral se utilizan ambos como términos prácticamente equiparables (...) -El subrayado es agregado-. (Palao, 2011: 176)⁹.

- Del mismo modo, el numeral 1 del artículo 35 de la LA sobre el lugar del arbitraje señala que “(...) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes”.
- En ese orden de ideas, podemos observar que en la regla procesal 5. del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 6 de febrero de 2012, tanto la Entidad como el Contratista, con la participación de los árbitros, establecieron “(...) como lugar del arbitraje la ciudad de Cusco y como sede del Arbitraje la Av. Machupicchu N° F-1 de la Urb. Manuel Prado del cercado de la provincia y departamento del Cusco (...)”. Ello quiere decir, que su determinación, conforme a la norma de arbitraje antes señalada, obedeció fundamentalmente al libre acuerdo de las partes.
- Ahora bien, la recusación no ha aportado pruebas que evidencien que el Centro de Conciliación del Cusco, cuya dirección correspondería a la Sede del Arbitraje, sea conducido por el árbitro Roberto Mario Durand Galindo y que la Presidenta del Tribunal Arbitral, Ángela María Cáceres Pacheco, tenga una relación laboral o de subordinación con aquel. En defecto de ello, ambos profesionales, con fecha 6 de febrero de 2012, con motivo de cumplir con su deber de revelación, informaron a la Entidad que son conciliadores adscritos al mencionado Centro.

⁹ GUILLERMO PALAO MORENO: “El lugar de arbitraje y la deslocalización del arbitraje comercial internacional” – artículo incluido en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLIV, N° 130, enero-abril del 2011 que se encuentra publicado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/130/art/art6.pdf>.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 040 14/13

08 FEB 2013

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

- En ese contexto, la recusación no ha aportado elementos probatorios que evidencien que la adscripción de ambos profesionales a dicho Centro de Conciliación y su determinación como lugar o sede del arbitraje, genere vínculos, intereses, nexos o alguna actuación concreta que denote cierto desvío de preferencias a favor o en contra de una de las partes o de la controversia susceptible de afectar la imparcialidad e independencia de la función arbitral; no pudiendo admitir como motivo de recusación, por las razones que se expusieron en el literal g) del presente punto controvertido, lo resuelto por la Resolución N° 8 del 16 de mayo de 2012, que declaró la improcedencia del pedido de cambio de sede del arbitraje por tratarse de una decisión arbitral emitida por el Tribunal en ejercicio de sus funciones.
- h) Finalmente, respecto a que en las decisiones y diligencias arbitrales sólo se nota la participación del árbitro Roberto Mario Durand Galindo, se ha revisado los documentos aportados en el escrito de recusación, así como los presentados en sus descargos por los árbitros recusados y el Contratista, pudiendo evidenciar que prácticamente casi en la totalidad de resoluciones y audiencias han intervenido los tres miembros del Tribunal Arbitral, no siendo la recusación el mecanismo idóneo para analizar el proceso de formación, motivación y sentido de una resolución o diligencia arbitral efectuada por el Tribunal en el ejercicio de sus funciones.
- i) Por todas las consideraciones expuestas en el presente documento, la recusación respecto a este punto controvertido debe declararse 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 del 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 formulada por la Municipalidad Provincial de Chumbivilcas contra los árbitros Ángela María Cáceres Pacheco (Presidenta de



HE COMPROBADO, PREVIO COTE
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGEN
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 049.....

08 FEB 2013

Patricia Landi Bullón

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 065 - 2013 - OSCE/PRE

Tribunal Arbitral), Roberto Mario Durand Galindo (árbitro) y Peggy Patricia Barra Araujo (árbitra) 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.

Artículo Tercero.- Publicar la presente Resolución en el Portal Institucional del OSCE (www.osce.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y archívese.



Milagritos Pastor Paredes
MILAGRITOS PASTOR PAREDES
Presidenta Ejecutiva (i)

