



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 244-2017 - OSCE/PRE

Jesús María,

27 JUN. 2017

SUMILLA:



En el deber de revelación cobra especial importancia la existencia de circunstancias que pueden afectar o incidir en la independencia e imparcialidad del juzgador, pero fundamentalmente, que las mismas sean conocidas por las partes, porque sólo en este último escenario el deber de revelación puede cumplir a cabalidad con su finalidad. Siendo ello así, nos encontramos con una obligación de contenido sustancial y no meramente formal, que busca evitar el ocultamiento o la omisión de información relevante para las partes, precisamente porque dichas circunstancias se encuentran en el ámbito personal del árbitro a quien corresponde informarlas para dotar de transparencia al arbitraje.

VISTOS:



La recusación formulada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación del 23 de enero de 2017 (Expediente de Recusación N° R004-2017) y el Informe N° 075-2017-OSCE/DAR, que contiene la opinión técnico - legal de la Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE;

CONSIDERANDO:



Que, el 29 de marzo de 2016, la Unidad Ejecutora 120: Programa Nacional de Dotación de Materiales Educativos¹ (en adelante, la "Entidad") y la empresa Bafor Seguridad Total S.A.C. (en adelante, el "Contratista") suscribieron el Contrato N° 025-2016-MINEDU/VMGP/UE 120 para el Servicio de Seguridad para el Almacén de la Dirección de Gestión de Recursos Educativos", derivado de la Adjudicación Simplificada N° 003-2016-MINEDU/VMGP/UE 120;

Que, surgida la controversia derivada de la ejecución del citado Contrato, con fecha 2 de enero de 2017 el señor Carlos Alberto Fonseca Sarmiento comunicó a la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales (SDAA) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE su aceptación al cargo de árbitro único². Dicha carta de aceptación fue remitida a la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación mediante Oficio N° 302-2017-OSCE/DAR-SDAA, recibido con fecha 11 de enero de 2017;

¹ La Unidad Ejecutora 120: Programa Nacional de Dotación de Materiales Educativos es la parte que suscribió el Contrato. Sin embargo, la defensa jurídica es asumida por la Procuraduría Pública encargada de los asuntos del Ministerio de Educación.

² En atención a la designación residual realizada mediante Resolución de Presidencia N° 486-2016-OSCE/PRE del 15 de diciembre de 2016 (Exp. N° D00641-2016).

Que, con fecha 23 de enero de 2017, la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación formuló recusación ante el OSCE contra el árbitro único Carlos Alberto Fonseca Sarmiento;

Que, con fecha 29 y 30 de marzo de 2017, el Contratista y al árbitro recusado, respectivamente, absolvieron el traslado de la recusación formulada;

Que, la recusación presentada por la Entidad contra el árbitro único Carlos Alberto Fonseca Sarmiento se sustenta en el presunto incumplimiento del deber de revelación, lo cual genera dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, de acuerdo con los siguientes argumentos:

- 
- 1) Indican que con fecha 11 de enero de 2017 la SDAA les remitió la carta de aceptación³ del señor Carlos Alberto Fonseca Sarmiento al cargo de árbitro único. Refieren, que en dicha carta el citado profesional señaló que no contaba con ningún impedimento para ejercer dicho cargo y además que no existían circunstancias que originaran dudas justificadas acerca de su independencia e imparcialidad.
 - 2) Sin embargo, refieren que el señor Carlos Alberto Fonseca Sarmiento no ha cumplido con declarar su renuncia al cargo de árbitro designado por el OSCE -en defecto del contratista- en otro proceso arbitral seguido entre el Ministerio de Educación: Unidad Ejecutora 108 y Building S.A.C., hecho que es sobreveniente a su aceptación al cargo en el arbitraje del cual deriva la presente recusación, y del que tomaron conocimiento el 16 de enero de 2017³, cuando se les notificó la Resolución N° 8 emitida en el proceso con dicha empresa.
 - 3) Asimismo, señalan que conforme se aprecia del voto singular de la Resolución N° 8, dicho profesional renunció "por no estar de acuerdo con las actuaciones por parte de la Entidad al momento de la designación residual de árbitro en defecto del contratista; en consecuencia (sic) dicha situación ocasionaría que el citado profesional tenga una predisposición en contra de la Entidad respecto del presente proceso arbitral", lo que les genera desconfianza de imparcialidad al momento de laudar.
 - 4) En ese sentido, manifiestan que el hecho antes descrito les genera dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro recusado puesto que habría actuado en contra del principio de integridad e imparcialidad al no haber declarado que presentó su renuncia como árbitro en otro proceso donde el Ministerio de Educación también era parte.



Que, el árbitro recusado absolvió el traslado de la recusación formulada en su contra, solicitando se declare improcedente y/o infundada, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- 
- 1) Indica que conforme a las reglas de conducta de los árbitros establecidas en el artículo 4º del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, el árbitro tiene que observar ciertas pautas en forma previa a su designación a fin de aceptar el cargo como árbitro y durante el ejercicio como tal, por lo que considera haber cumplido con dichas reglas de conducta, dejando constancia de que aún no se ha realizado la audiencia de instalación respectiva.

³ A través de la Resolución N° 8 emitida por el Tribunal Arbitral encargado de resolver el arbitraje que el recusado no habría revelado (fs. 22-24).



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 244-2017 - OSCE/PRE

- 2) Señala, además, que antes de aceptar el cargo de árbitro con relación al arbitraje que motiva la presente recusación, revisó la documentación que le envió el OSCE para evaluar si existía algún conflicto de interés o alguna duda justificada de su independencia e imparcialidad. En tal sentido, refiere que con la Entidad, el Contratista y los representantes de ambas partes no ha mantenido o mantiene relación laboral, comercial y/o amical alguna, razón por la que aceptó el cargo.
- 3) Asimismo, indica que en su declaración jurada del 2 de enero de 2017 reveló que fue designado por el OSCE como árbitro de parte en defecto del Contratista en la controversia seguida entre la Unidad Ejecutora 108: Programa Nacional de Infraestructura Educativa y Building S.A.C. Agrega que si bien dicha entidad tiene domicilio y RUC distintos a los de la Unidad Ejecutora 120 -parte en el presente caso; no obstante, como también depende del Ministerio de Educación consideró necesario revelar que fue designado como árbitro por el OSCE en tal caso.
- 4) Agrega que durante toda su trayectoria en arbitrajes en contrataciones del Estado y en el sector privado es la primera vez en que es objeto de una recusación. Al respecto, señala que es muy cuidadoso en cada caso al aceptar el cargo de árbitro, lo cual realiza luego de una razonable evaluación donde considera no tener conflictos de interés ni situaciones que puedan afectar su independencia e imparcialidad, rigurosidad que traslada a su deber de revelación.
- 5) Precisa también que en la declaración jurada que efectuó en el arbitraje que origina la presente recusación aplicó la siguiente regla –contenida en el artículo 5 del Código de Ética– para optar por revelar el proceso seguido entre dos partes distintas a la Entidad y el Contratista: “En caso de duda sobre revelar determinada circunstancia, el posible árbitro o el árbitro, según el caso, deberá optar por la revelación”.
- 6) No obstante, se pregunta si tenía la obligación de seguir revelando incidencias de ese arbitraje a las partes en el presente caso, como por ejemplo si emitió una resolución de renuncia, considerando que dicho proceso no se había instalado y que en el presente caso ninguna de las partes le había solicitado mayor información al respecto.
- 7) Por otra parte, con relación al caso señalado por la Entidad -tal como consta en el documento que adjunta a esta recusación- se mostró incompetente para conocer un arbitraje por las consideraciones señaladas en su voto singular a la Resolución N° 08 – respecto del arbitraje con Building S.A.C.- y por ello renunció y devolvió los honorarios arbitrales. Sin embargo, se pregunta si la decisión que adoptó en otro arbitraje con partes distintas puede considerarse un motivo para afectar su independencia e imparcialidad en el proceso que motiva la presente recusación.



Que, el Contratista absolvió el traslado de la recusación formulada por la Entidad, según los siguientes argumentos:

1) Señalan que la presente recusación es improcedente por extemporánea puesto que la propia Entidad manifiesta que la carta de aceptación del árbitro único Carlos Alberto Fonseca Sarmiento les fue notificada el 11 de enero de 2017; sin embargo, la recusación fue interpuesta con fecha 23 de enero de 2017, por lo que estaría fuera del plazo de cinco días hábiles previsto en la ley para su presentación.

2) Sin perjuicio de lo expuesto refieren que el árbitro recusado reveló lo siguiente en la declaración jurada adjunta a su carta de aceptación:

"Dentro de mi deber de revelación, quiero manifestar que, mediante Resolución N° 325-2015-OSCE/PRE, fui designado por el OSCE como Árbitro de parte en defecto de la designación del contratista, para una controversia surgida entre el contratista Building SAC y la Unidad Ejecutora 108 del Ministerio de Educación" (sic)

3) Al respecto, precisan que el señor Carlos Alberto Fonseca Sarmiento reveló a las partes acerca de su designación en otra controversia, por lo que no pueden haber dudas justificadas respecto de su independencia e imparcialidad. Agregan que si bien en la recusación se alega que el profesional cuestionado debió informar acerca de su renuncia en el otro proceso arbitral, consideran que la revelación de un árbitro se debe dar cuando éste participa en un arbitraje, por lo que no tenía la obligación de informar acerca de su renuncia ya que no participó en dicho proceso.

4) Asimismo, señalan que de la revisión del voto singular emitido por el recusado en el proceso al cual renunció se evidencia que su renuncia está motivada porque advirtió una "ilegítima designación" que vulneraría el derecho de defensa y el debido proceso de las partes en su manifestación de voluntad, por lo que renunció y efectuó la respectiva devolución de honorarios arbitrales, lo que acreditaría su independencia e imparcialidad como árbitro.

5) Consideran que con su declaración jurada del 2 de enero de 2017 se corroboraría que el árbitro habría cumplido con su deber de revelación, por lo cual informar de su posterior renuncia respecto del arbitraje que es causal de recusación carecería de objeto, toda vez que no participó en dicho arbitraje, máxime si su renuncia no estuvo motivada por cuestionamientos a su independencia e imparcialidad.

6) Por tales razones solicita que se declare infundada la recusación y pide que se sancione al Procurador Público del Ministerio de Educación por su mala praxis al tener actuaciones dilatorias que perjudican el arbitraje.

Que, debemos señalar que el marco normativo vinculado al arbitraje de donde deriva la presente recusación corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N° 30225 (en adelante, la "Ley"); su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el "Reglamento"); el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, aprobado mediante Decreto



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 244-2017 - OSCE/PRE

Legislativo N° 1071 (en adelante, la "Ley de Arbitraje"), y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 028-2016-OSCE/PRE (en adelante, el "Código de Ética");

Que, los aspectos relevantes identificados en la recusación son los siguientes;

1. **Si la solicitud de recusación contra el árbitro único Carlos Alberto Fonseca Sarmiento habría sido formulada extemporáneamente.**

1.1. De la oportunidad para formular recusaciones

1.1.1. El Contratista ha alegado en sus descargos la extemporaneidad de la recusación formulada amparándose en el artículo 226 del anterior Reglamento⁴.

1.1.2. Sobre el particular, en lo referente a la oportunidad para formular recusaciones contra árbitros debe considerarse que si bien el Reglamento aplicable al presente caso no prevé una regulación específica sobre el procedimiento ni del plazo para interponer las recusaciones contra árbitros, resulta necesario recurrir a la normativa de arbitraje para suplir el vacío normativo indicado.

1.1.3. En tal sentido, se advierte que el artículo 29 de la Ley de Arbitraje señala lo siguiente:

"Artículo 29.- Procedimiento de recusación

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.

2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:

a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.

(...)"

(Las letras en negritas son agregadas)

1.1.4. De la revisión de la cláusula arbitral contenida en el Contrato N° 025-2016-MINEDU/VMGP/UE 120 se aprecia que las partes no pactaron un procedimiento específico de recusación, por lo cual, a falta de normativa específica en el Reglamento debe recurrirse

⁴ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

supletoriamente a la Ley de Arbitraje⁵, la que prescribe al respecto que la recusación debe formularse tan pronto como sea conocida la causal que la motiva; razón por la que deberá analizarse si la interposición de la presente recusación por parte de la Entidad ha sido oportuna considerando la fecha en la que el recusante conoció la causal de recusación.

1.2. De la presunta extemporaneidad de la recusación al árbitro único Carlos Alberto Fonseca Sarmiento

Para determinar si la solicitud de recusación ha sido formulada en forma extemporánea, tal como alega el Contratista, deben considerarse los siguientes hechos:

- a) La carta de aceptación del árbitro único Carlos Alberto Fonseca Sarmiento en el arbitraje materia de recusación fue remitida al OSCE el 2 de enero de 2017 y le fue notificada a la Entidad el 11 de enero de 2017. En dicha carta se aprecia que el árbitro recusado declaró lo siguiente sobre la circunstancia que sustenta la causal de recusación:

"He realizado una labor de verificación razonable para identificar conflictos de interés con la diligencia ordinaria para este caso. No he encontrado con las partes ni con sus representantes, según los documentos que se me ha suministrado (a.- Contrato N° 025-2016-MINEDU/VMGP/UE 120, b.- Escrito del Contratista de solicitud de arbitraje, y c.- Escrito de la Entidad contestando petición arbitral) ninguna situación o circunstancia que pueda constituir un conflicto de interés o que pueda afectar mi independencia o imparcialidad como árbitro. Sin embargo, dentro de mi deber de revelación, quiero manifestar que mediante la Resolución 325-2015-OSCE/PRE, fui designado como Árbitro de parte en defecto de la designación del contratista, para una controversia surgida entre el contratista Building S.A.C. y la Unidad Ejecutora 108 del Ministerio de Educación". (El subrayado es agregado).

- b) Por otra parte, según refiere la Entidad, el 16 de enero de 2017 habrían tomado conocimiento del hecho que motiva la presente de recusación al notificárseles la Resolución N° 8, debido a que ésta señalaría en su penúltimo párrafo lo siguiente: "Asimismo, se adjunta copia del Voto singular del árbitro Carlos Alberto Fonseca Sarmiento, de fecha 12 de enero de 2017, el cual incluye su renuncia a seguir participando en este arbitraje".
- c) Al respecto, se advierte que la Entidad interpuso recusación el día 23 de enero de 2017, por lo que la recusación habría sido formulada al quinto día hábil siguiente desde que la parte recusante señala haber tomado conocimiento de la causal sobreviniente, lo cual parecería oportuno considerando que de acuerdo a lo establecido en el Reglamento anterior la regla era interponer la recusación dentro de los cinco días hábiles siguientes de notificada la aceptación al cargo o desde que se tuvo conocimiento de la causal de recusación.
- d) No obstante, debe tenerse presente que, tal como se encuentra regulada la figura actualmente, al no haberse fijado un plazo perentorio para interponer la recusación y

⁵ De acuerdo a lo establecido en el numeral 45.4 del artículo 45º de la Ley N° 30225.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 244-2017 - OSCE/PRE

dejarlo a discrecionalidad deberá construirse un criterio de interpretación basado en la razonabilidad de la interpretación de "oportunidad" de la recusación.

- e) En tal sentido, si consideramos que la Entidad habría tomado conocimiento del hecho que motiva la causal de recusación -es decir, de la renuncia del señor Carlos Alberto Fonseca Sarmiento al cargo de árbitro en otro proceso arbitral seguido entre el Ministerio de Educación: Unidad Ejecutora 108 y la empresa Building S.A.C.- recién el 16 de enero de 2017 (cuando se les notificó la Resolución N° 8 emitida por el tribunal arbitral en dicho caso), los cinco días transcurridos hasta que interpusieron recusación en el presente caso (el 23 de enero de 2017) podrían constituir un plazo razonablemente oportuno para ello.
- f) Esta posición tiene como correlato lo que prescribía la anterior normativa, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5.3 del artículo 5° del Código de Ética vigente⁶, el cual brinda a las partes un plazo no mayor a cinco días hábiles de conocida la declaración del árbitro para que manifiesten lo conveniente a su derecho.
- g) Sin embargo, si evaluamos que la Unidad Ejecutora 108 (parte en el arbitraje donde el recusado renunció) se encuentra adscrita al Ministerio de Educación⁷, al igual que la Unidad Ejecutora 120 (parte en el arbitraje que da origen a la recusación), así como que la defensa jurídica de ambas unidades ejecutoras es asumida por la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación, resulta razonable considerar que la Entidad, como una unidad, debía conocer del proceso con la empresa Building S.A.C. con antelación a la revelación efectuada por el árbitro, sin perjuicio de que haya revelado tal proceso en su carta de aceptación del 2 de enero de 2017 en este caso.
- h) En tal sentido, si bien resulta evidente que la Entidad -como dependencia orgánica adscrita al Ministerio de Educación- conocía del arbitraje con la empresa Building S.A.C., no podemos tener certeza desde cuándo pudo conocer efectivamente el hecho que motiva la

6

"Artículo 5

Acceptación del Cargo y Deber de Revelación

(...)

5.3 El árbitro deberá revelar por escrito todos los hechos o circunstancias que, desde el punto de vista de las partes, puedan originar dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. A tal efecto, al momento de aceptar el cargo, debe suscribir una declaración jurada, tomando en cuenta el modelo del Anexo N° 01 del presente Código. Dicho modelo tiene un carácter referencial. La citada declaración se pondrá en conocimiento de las partes para que, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de conocida, de ser el caso, manifiesten lo que consideren conveniente a su derecho.
(El subrayado es agregado).

⁷ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, la Unidad Ejecutora constituye el nivel descentralizado u operativo en las entidades y organismos del sector público, con el cual se vinculan e interactúan los órganos rectores de la Administración Financiera del sector público; asimismo, señala que para efectos de la citada Ley, se entenderá como Unidad Ejecutora, a aquella dependencia orgánica que cuenta con un nivel de desconcentración administrativa que determine y recaude ingresos; contrae compromisos, devenga gastos y ordena pagos con arreglo a la legislación aplicable; registra la información generada por las acciones y operaciones realizadas; informa sobre el avance y/o cumplimiento de metas; recibe y ejecuta desembolsos de operaciones de endeudamiento; y/o se encarga de emitir y/o colocar obligaciones de deuda.

presente recusación, es decir, de la renuncia del árbitro en el otro proceso mencionado, por lo cual consideramos que al no tener más elementos para determinar si la Entidad conoció de la causal de recusación con anterioridad a la fecha en que se le notificó de tal hecho, deberá tomarse como momento determinante la notificación de la Resolución N° 8.

- 
- i) Sin perjuicio de lo antes señalado, debe tenerse presente que, conforme lo establece el numeral 3) del artículo 29º de la Ley de Arbitraje⁸, la presente recusación habría sido formulada antes que empiece el cómputo del plazo para la emisión del laudo, puesto que la revisión del expediente no se aprecian medios probatorios que acrediten lo contrario.
- j) Por las razones expuestas, y apelando al criterio de oportunidad analizado previamente, estimamos que al haberse planteado la recusación a los cinco días de conocida la circunstancia que la motivó no resultaría extemporánea su interposición, lo cual nos faculta a emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto.



2. **Si el árbitro Carlos Alberto Fonseca Sarmiento habría incumplido su deber de revelación al no informar -en el arbitraje del cual deriva la presente recusación- de su renuncia al cargo de árbitro designado por el OSCE -en defecto del contratista- en otro proceso arbitral seguido entre el Ministerio de Educación: Unidad Ejecutora 108 y la empresa Building S.A.C., y si ello es susceptible de generar dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad**



2.1. La presente recusación, en este extremo, se ha sustentado en la presunta infracción del deber de revelación y en la consecuente existencia de circunstancias que generan dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro recusado, por lo cual debe delimitarse el alcance de dichos conceptos en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.

2.2. El deber de revelación implica, antes que nada, una exigencia ética al árbitro para que en consideración a la buena fe y a la confianza que han depositado las partes en su persona, informe de "(...) todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia"⁹. En ese contexto, en forma referencial, las directrices de la International Bar Association – IBA nos informan que dicha obligación tiene como propósito que las partes puedan juzgar favorable o desfavorablemente la información brindada, y en virtud de ello adoptar las medidas pertinentes, como efectuar una mayor indagación¹⁰.

⁸ "Artículo 29.- Procedimiento de recusación
(...)"

⁹ Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. (...)"

⁹ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA. "El deber de revelación del árbitro". En: El Arbitraje en el Perú y el Mundo, Lima: Instituto Peruano del Arbitraje – IPA, 2008, pág. 323.

¹⁰ El literal b) de la Nota Explicativa sobre la Norma General 3 (Revelaciones del Árbitro) de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, señala que "(...) El propósito de revelar algún hecho o circunstancia es para permitir a las partes juzgar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del árbitro y, si así lo estiman necesario, para que puedan averiguar más sobre el asunto".

(http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 244-2017 - OSCE/PRE



2.3.

Asimismo, sobre la amplitud y las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación ALONSO PUIG señala lo siguiente:

“El deber de revelación es el más importante de cuantos tiene el árbitro y por ello debe ser interpretado por él 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, 2008: 324)¹¹ (El subrayado es agregado)



2.4.

Respecto al alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros, la doctrina brinda las siguientes pautas: a) Perspectiva en la revelación: no sólo debe revelarse lo que uno considere que puede generar dudas (criterio subjetivo); sino todo lo que crea que a los ojos de las partes pueda ser objeto de cuestionamiento (criterio objetivo) (Alonso, 2008:324)¹²; b) Nivel del contenido: informar lo relevante y razonable (Castillo, 2007)¹³; c) Extensión: amplia visión para revelar hechos o supuestos, en equilibrio con el criterio de relevancia (Alonso, 2008:324)¹⁴; d) in dubio pro declaratione: en toda duda sobre la obligación de declarar debe resolverse a favor de hacer la declaración (De Trazegnies, 2011:345)¹⁵; y, e) Oportunidad de la revelación (Fernández, 2010)¹⁶.



2.5.

Por otro lado, las normas vigentes imponen a los árbitros la obligación de revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia considerando aquellas anteriores a su designación y sobrevenidas a la misma¹⁷. En esa misma línea, el Código de Ética expresa textualmente las siguientes obligaciones:

“Artículo 6

Conflictos de Interés y supuestos de revelación

(...)

6.3. Los literales a) y b) del artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado han previsto supuestos de hecho que un árbitro se encuentra obligado a revelar y cuyo incumplimiento configura infracción sancionable.

¹¹ JOSE MARÍA ALONSO PUIG, Op. Cit., pág. 324.

¹² JOSE MARÍA ALONSO PUIG, ibid.

¹³ CASTILLO FREYRE, MARIO – “El deber de declaración”, artículo correspondiente a Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007, Volumen N° 5, publicado en http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol5/DIA-3-6.pdf.

¹⁴ ALONSO PUIG, JOSE MARÍA. Op. Cit., pág. 324.

¹⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO – Comentaristas a la Ley Peruana de Arbitraje –Tomo I, pág. 345, Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, Enero 2011.

¹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS – Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso de Arbitraje de La Habana 2010 – Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>

¹⁷ El segundo párrafo del artículo 192º del Reglamento señala: “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 generar dudas justificadas sobre su imparcialidad, e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación que pudiera generar dudas sobre su imparcialidad e independencia”.

Sin perjuicio de lo indicado, un árbitro debe ponderar la revelación de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- (...)
- b) Si ha mantenido 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.
- (...)
- d) Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros.
 - e) Si ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje, o si las ha asesorado o representado en cualquiera de sus modalidades.
 - f) Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su independencia.

6.4. La omisión de cumplir el deber de revelación por parte del árbitro, dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del proceso y/o de ser el caso para la tramitación de la sanción respectiva.

(...).”

(El subrayado es agregado)

2.6. En el presente caso, la Entidad ha señalado en su recusación que el señor Carlos Alberto Fonseca Sarmiento no ha cumplido con declarar su renuncia al cargo de árbitro designado por el OSCE -en defecto del contratista- en otro proceso arbitral seguido entre el Ministerio de Educación: Unidad Ejecutora 108 y Building S.A.C., hecho que es sobreviniente a su aceptación al cargo en el arbitraje del cual deriva la presente recusación y del que tomaron conocimiento el 16 de enero de 2017, cuando se les notificó la Resolución N° 8 emitida en el proceso seguido con dicha empresa.

2.7. En efecto, la Entidad manifiesta que conforme se aprecia del voto singular de la Resolución N° 8, dicho profesional renunció “por no estar de acuerdo con las actuaciones por parte de la Entidad al momento de la designación residual de árbitro en defecto del contratista; en consecuencia (sic) dicha situación ocasionaría que el citado profesional tenga una predisposición en contra de la Entidad respecto del presente proceso arbitral”, lo que les genera desconfianza de su imparcialidad al momento de laudar.

2.8. Al respecto, el árbitro recusado indica que en la declaración jurada adjunta a su carta del 2 de enero de 2017 reveló que fue designado por el OSCE como árbitro de parte en defecto del Contratista, en la controversia seguida entre la Unidad Ejecutora 108: Programa Nacional de Infraestructura Educativa y Building S.A.C. Agrega que si bien dicha entidad tiene domicilio y RUC distintos a los de la Unidad Ejecutora 120 –parte en el presente caso-; no obstante, como también depende del Ministerio de Educación consideró necesario revelar que fue designado como árbitro por el OSCE en ese caso.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 244-2017 - OSCE/PRE

- 2.9. *Asimismo, dicho profesional se pregunta si tenía la obligación de seguir revelando incidencias del arbitraje con Building S.A.C. a las partes en el proceso que motiva la presente recusación, como por ejemplo, si emitió una resolución de renuncia, ya que dicho arbitraje no se había instalado y, además, porque ninguna de las partes en el presente caso le había solicitado mayor información al respecto.*
-  2.10. *Por otra parte, refiere que en el arbitraje con Building S.A.C., alegado por la Entidad en su recusación¹⁸, se mostró incompetente para conocer ese proceso por las consideraciones señaladas en su voto singular a la Resolución N° 08, y por ello renunció y devolvió los honorarios arbitrales. Sin embargo, se pregunta si la decisión que adoptó en un arbitraje con partes distintas puede considerarse un motivo para afectar su independencia e imparcialidad en el proceso que motiva la presente recusación.*
-  2.11. *Por su parte, el Contratista precisa que el señor Carlos Alberto Fonseca Sarmiento reveló a las partes acerca de su designación en otra controversia, por lo que no pueden haber dudas justificadas respecto de su independencia e imparcialidad.*
- 2.12. *Asimismo, dicha parte refirió que si bien en la recusación se alega que el profesional cuestionado debió informar acerca de su renuncia en el otro proceso arbitral, considera que la revelación de un árbitro se debe dar cuando éste participa en un arbitraje, por lo que con respecto al caso materia de recusación no tenía la obligación de informar acerca de dicha renuncia ya que no participó en ese proceso.*
-  2.13. *Ahora bien, habiéndose indicado las posiciones de las partes corresponde analizar si los argumentos planteados en la recusación, así como los medios probatorios presentados, son suficientes para acreditar la infracción del deber de revelación alegada y si dicho incumplimiento sustentaría la existencia de dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro recusado.*
- 2.14. *Para tal efecto, resulta pertinente evaluar lo señalado en la carta de aceptación al cargo de árbitro de fecha 2 de enero de 2017, cuyo texto ha sido citado en el literal a) del numeral 3.3.1.2. del presente informe. En tal sentido, de su revisión se aprecia que el profesional recusado reveló que fue designado por el OSCE como árbitro de parte en defecto del Contratista en la controversia seguida entre la Unidad Ejecutora 108: Programa Nacional de Infraestructura Educativa y Building S.A.C. No obstante, no se ha ubicado en el expediente documentación alguna o argumento que sustente que con posterioridad a su aceptación haya informado de su renuncia en el arbitraje que sustenta la presente recusación.*
- 2.15. *Al respecto, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 192º del Reglamento que prescribe que: el "deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a*

¹⁸ Tal como consta en el documento que obra a fs. 22 a 27.

las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación que pudiera generar dudas sobre su imparcialidad e independencia”, así como lo previsto en el numeral 5.5 del artículo 5º del Código de Ética que establece lo siguiente: “El deber de declaración no se agota con la revelación hecha por el árbitro al momento de aceptar el cargo, sino que permanece durante todo el arbitraje”.



2.16. Cabe indicar que si bien para la Entidad lo óptimo hubiera sido que luego de efectuar su renuncia en el arbitraje seguido entre la Unidad Ejecutora 108 del Ministerio de Educación y Building S.A.C. (mediante voto singular del 12 de enero de 2017 adjunto a la Resolución N° 08), el árbitro recusado informase a las partes de dicha circunstancia sobrevenida a su aceptación en el proceso seguido entre la Entidad y el Contratista, lo cierto es que el profesional cuestionado no amplió su deber de revelación para informar al respecto.



2.17. Sin embargo, conforme a los criterios desarrollados por la doctrina debe tenerse presente que el deber de información implica, entre otros, informar lo relevante y razonable, por lo cual corresponde realizar las siguientes consideraciones:

- 
- a) El señor Carlos Alberto Fonseca Sarmiento aceptó el cargo de árbitro en el arbitraje que da origen a esta recusación con fecha 2 de enero de 2017 -donde reveló el proceso seguido entre la Unidad Ejecutora 108 del Ministerio de Educación y la empresa Building S.A.C.- y ocho días hábiles después renunció al cargo en el arbitraje con la citada empresa, lo que no informó en el proceso materia de recusación.
 - b) El árbitro recusado, en consideración a las partes, particularmente en relación al Contratista que no participó en el proceso seguido entre el Ministerio de Educación y la empresa Building S.A.C., debió ponderar -en el arbitraje que da origen a la presente recusación- la relevancia de informar acerca de la renuncia en dicho proceso, cuya omisión motiva este procedimiento.
 - c) No obstante, debe tenerse presente que el deber de revelación, tal como señala ALONSO PUIG¹⁹ se constituye en una obligación de carácter instrumental dirigida a que las partes tengan un conocimiento suficiente de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas fundadas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros.
 - d) Por ello, en el deber de revelación cobra especial importancia la existencia de circunstancias que pueden afectar o incidir en la independencia e imparcialidad del juzgador, pero fundamentalmente, que las mismas sean conocidas por las partes, porque sólo en este último escenario el deber de revelación puede cumplir a cabalidad con su finalidad.

¹⁹ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA: “Transparencia en la designación de árbitros y la prevención de conflictos de intereses”- artículo publicado en:

<http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100DetalleFeed/1248367026092/Publicacion/1284253550641/Redaccion>.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 244-2017 - OSCE/PRE

- e) Siendo ello así, nos encontramos con una obligación de contenido sustancial y no meramente formal, que busca evitar el ocultamiento o la omisión de información relevante que las partes de un arbitraje no conozcan, sea en forma parcial o total, precisamente porque dichas circunstancias se encuentran en el ámbito personal del árbitro a quien corresponde informarlas para dotar de transparencia al arbitraje.
- f) Para entender mejor lo que puede considerarse información "relevante", a efectos de verificar el cumplimiento del deber de información del árbitro, resulta ilustrativo citar lo que señala CASTILLO FREYRE²⁰ al respecto:

"Luego de habernos referido a la importancia de aquello que debe ser declarado, diremos que otro de los puntos relevantes en materia del deber de declaración, es el relativo a cuánto se debe declarar.

En este aspecto, también debe primar el criterio de relevancia, pero a éste debe agregarse el de razonabilidad.

Me explico.

Si el árbitro nombrado decide declarar, como corresponde, una relación íntima con la abogada que lo designó, es evidente que carecerá de total relevancia agregar a esa declaración el hecho de que suele salir con ella a tomar café o que de vez en cuando la invita a bailar, así como resultaría inútil declarar el nombre de la discoteca o cuán pegado baila.

(...)

Es así que el juego entre el deber de declaración y la recusación basada en lo declarado o en aquello que no se declaró -pero que fue de ulterior conocimiento por las partes-, debe ser apreciado con estrictos criterios de lógica y ponderación".
(El subrayado es agregado).

- g) Por su parte, las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional²¹ desarrollan lo siguiente sobre este tema:

"4. La revelación de hechos o circunstancias no implica la existencia de un conflicto de interés; tampoco debería resultar por sí misma en la descalificación del árbitro, ni en una presunción relativa a la descalificación. La finalidad de la revelación es informar a las partes acerca de situaciones sobre las que pueden querer realizar averiguaciones adicionales para poder decidir de manera objetiva -esto es, desde

²⁰ CASTILLO FREYRE, MARIO. Op. Cit. Págs. 635 y 636.

²¹ Parte II: Aplicación práctica de las normas generales, Pág. 21.

el punto de vista de una tercera persona con buen juicio que tuviera conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes— si efectivamente existen dudas fundadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro”.
(El subrayado es agregado).



h) En tal sentido, consideramos que lo que debe evaluarse en el presente caso es si el hecho específico que el árbitro recusado haya omitido informar (su renuncia en el arbitraje seguido entre la Unidad Ejecutora 108 del Ministerio de Educación y la empresa Building S.A.C., proceso que sí había revelado en su carta de aceptación en el proceso que motiva esta recusación) puede considerarse una infracción al deber de revelación susceptible de causar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

2.18. Sobre el particular, debemos indicar que si bien la renuncia del árbitro en otro proceso donde participa la Procuraduría Pública encargada de la defensa jurídica de la Entidad se trata de un hecho que sólo fue conocido por la recusante, lo cierto es que la finalidad de la recusación con relación al deber de revelación es dar a conocer a las partes hechos relevantes que les son desconocidos, para que puedan tomar decisiones respecto a dicha información.



2.19. Así, se aprecia que en el caso concreto el hecho relevante era informar que el profesional participaría como árbitro en otro proceso donde el Ministerio de Educación era parte, circunstancia que —como se advierte de la documentación presentada— oportunamente reveló en su carta de aceptación. En ese sentido, si bien podría haber sido deseable para la parte recusante que el árbitro informara a las partes de su renuncia en dicho arbitraje —ocurrida ocho días hábiles después de manifestada su aceptación—, consideramos que la omisión de revelación de ese hecho sobreviniente no afecta el cumplimiento de su deber de información en el arbitraje del cual deriva la presente recusación.



2.20. En efecto, desde un punto de vista objetivo y razonable, de acuerdo a las pautas citadas precedentemente, consideramos que informar de la posterior renuncia en un arbitraje que ya había sido dado a conocer por el árbitro cuestionado en su carta de aceptación al cargo, no constituye una circunstancia relevante de ser informada; es decir, que no genera la obligación de ser revelada, más aun teniendo en cuenta que se trataba de un hecho que conocía el propio recusante, que constituye el fundamento de su recusación.

2.21. A lo anterior se suma el hecho que el Contratista ha señalado en sus descargos a la recusación que el árbitro reveló a ambas partes su designación en otra controversia, con lo cual dio cumplimiento a la normativa de contrataciones con el Estado, por lo que considera que no existen dudas justificadas respecto de su imparcialidad.

2.22. Por todo lo expuesto, consideramos que el árbitro recusado no ha incumplido su deber de revelación en el arbitraje del cual deriva la presente recusación por el hecho de haber omitido informar acerca de su renuncia en el proceso seguido entre la Unidad Ejecutora 108 del Ministerio de Educación y la empresa Building S.A.C., arbitraje que fue revelado en su carta de aceptación. Afirmar lo contrario no sería razonable, pues se desvirtuaría la esencia del citado deber, razón por la cual estimamos que la recusación en este extremo debe declararse infundada.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 244-2017 - OSCE/PRE

- 2.23. Sin perjuicio de lo expuesto, resulta importante precisar que el argumento del Contratista acerca de que "(...) FONSECA SARMIENTO no tenía la obligación de revelar o informar su renuncia a las partes, ya que no participó como árbitro en la disputa entre Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora y la empresa Building S.A.C." (el subrayado es agregado), no es correcto puesto que el hecho de haber renunciado a un determinado proceso no exime al árbitro de la obligación de informar de su participación en el arbitraje.

Que, de acuerdo con el literal m) del artículo 11º del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 076-2016-EF, es atribución de su Presidente Ejecutivo, resolver las recusaciones interpuestas contra 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 Ley N° 30225; su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF; el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje; el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 028-2016-OSCE/PRE; y, con el visado de la Dirección de Arbitraje y la Oficina de Asesoría Jurídica.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **INFUNDADA** la recusación interpuesta por la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación contra el árbitro único Carlos Alberto Fonseca Sarmiento, atendiendo a 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 el Portal Institucional del OSCE (www.osce.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y archívese.



ANA TERESA REVILLA VERGARA
Presidenta Ejecutiva

