



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 266 - 2018-OSCE/DAR

Jesús María, 31 DIC. 2018

SUMILLA:

Los límites para la valoración del incumplimiento de los deberes arbitrales deben ser atendidos, a luz de las restricciones establecidas por el marco normativo. En ese sentido, deberá tenerse presente lo dispuesto por el inciso 5) del artículo 29° de la Ley de Arbitraje, el cual establece que 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 empresa A+A Contratistas Generales S.R.L. con fecha 09 de noviembre de 2018 (Expediente de Recusación N° R096-2018); y, el Informe N° 308-2018/SDAA que contiene la opinión técnico - legal de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 11 de diciembre de 2013, la Fuerza Aérea del Perú (en adelante, la "Entidad") y la empresa A+A Contratistas Generales S.R.L. (en adelante, el "Contratista") suscribieron el Contrato de Obra N° 0752-CE-SEING-2013 para la contratación de la ejecución de Obra: "Acondicionamiento de las instalaciones para las oficinas de la Fuerza Aérea del Perú – 1Ra Etapa, código SNIP 109339" (fs. 22-27);

Que, surgida la controversia derivada de la ejecución del citado Contrato, con fecha 10 de enero de 2017 se instaló el árbitro Único Juan Humberto Peña Acevedo (fs 139-140);

Que, con fecha 09 de noviembre de 2011, el Contratista formuló ante el OSCE recusación contra el Árbitro Único Juan Humberto Peña Acevedo (fs. 02-16);

Que, mediante Oficios N° 5053 y 5084-2018-OSCE/DAR-SDAA, notificados el 19 de noviembre de 2018, la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales efectuó el traslado de la recusación al Árbitro Único y a la Entidad, respectivamente, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifestaran lo que estimasen conveniente a su derecho (fs. 145-146);

Que, con fechas 26 de noviembre y 06 de diciembre de 2018 el árbitro único y la entidad, respectivamente absolvieron el traslado de la recusación formulada (fs. 148-160 y 170-174);

Que, la recusación se sustenta en la presunta existencia de circunstancias que generan dudas justificadas respecto a la independencia e imparcialidad al existir falta de parcialidad y neutralidad



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 266 - 2018-OSCE/DAR

en el arbitraje, por parte del Árbitro Único Juan Humberto Peña Acevedo, según los fundamentos que se exponen a continuación:

- 1) Que, con fecha 15 de octubre de 2018, les notifican la Resolución N° 09 de fecha 11 de octubre de 2018, que declaran entre otros, inadmisibles el recurso de reposición por extemporáneo, así como también recién resuelven sus otros escritos fuera del plazo que corresponde, con lo que según señala demuestra desinterés y falta de imparcialidad del árbitro, porque con su conducta genera suspicacia y denota parcialización hacia la otra parte.
- 2) Que, con fecha 18 de octubre de 2018, interpusieron recurso de reposición contra la Resolución N° 9 y recién fue resuelto mediante Resolución N° 10 de fecha 25 de octubre de 2018, notificada el 07 de noviembre de 2018 y se puede apreciar claramente que fue dada dentro de la audiencia de saneamiento procesal, conciliación y determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios, demostrando una vez más el incumplimiento del señor árbitro de resolver dentro de los plazos correspondientes.
- 3) Que, la conducta del árbitro único, en el arbitraje les causa agravio y perjuicio económico, toda vez que con fecha 13 de marzo de 2018, solicitaron precisión y modificación en la liquidación de gastos arbitrales, la misma que oportunamente no fue resuelta por el árbitro, lo cual originó confusión, sumando a ello que tampoco ha tomado en cuenta los escritos presentados con los que comunicaban los problemas que habían sufrido al no contar con la asesoría adecuada y que no les había llegado oportunamente las notificaciones, así como los pagos que se habían realizado a supuestos árbitros que conformarían el tribunal arbitral.
- 4) Agrega que, al no pronunciarse oportunamente respecto a sus escritos solicitando prórroga para completar los correspondientes pagos y habiendo cumplido con pagar de acuerdo a su petición, y en aras del silencio del árbitro, daban por aceptados sus requerimientos y fueron cancelando de acuerdo a sus posibilidades, las mismas que en sendos escritos comunicaron el mal momento económico que estaban atravesando como empresa.
- 5) Asimismo, señalan que no es justo ni equitativo que siendo los interesados de tener justicia se pretenda dejar de lado sus pretensiones y no por rebeldía o desidia, si no, por falta de economía y los problemas suscitados, comunicados al árbitro. Motivo por el cual no se pudo efectivizar el pago en un solo momento, sino que, si cumplieron parcialmente hasta lograr la totalidad, y no es justo que después de meses, recién él árbitro declare no ha lugar su requerimiento y disponga la devolución de lo cancelado y no ver ni hacer justicia de sus pretensiones.

Que, el Árbitro Único Juan Humberto Peña Acevedo, absolvió la misma en los siguientes términos:

- 1) Que, si bien los argumentos expuestos por el Contratista son confusos, señala que aprecia que estos tienen que ver con decisiones emitidas en el trámite del arbitraje, lo que cual la hace improcedente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 numeral 5 de la Ley de Arbitraje.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 266 - 2018-OSCE/DAR

- 2) Que, respecto al cuestionamiento de actuaciones arbitrales, cumplió con atender oportunamente los escritos presentados. En el supuesto negado, de que lo alegado por el recusante sea cierto y que su pronunciamiento corresponda al órgano resolutorio de la recusación, señala que la recusante ha renunciado a su derecho a objetar las actuaciones arbitrales, ello al amparo del artículo 11 de la Ley de Arbitraje, aplicable de manera supletoria, que regula la renuncia del derecho a objetar, consecuentemente A+A no puede de manera extemporánea, pretender realizar supuestos incumplimiento arbitrales que no cuestionó en su oportunidad.
- 3) Respecto al cuestionamiento de retiro de pretensiones arbitrales, el árbitro único señala que los motivos de sus pretensiones arbitrales son de exclusiva responsabilidad de la recusante, al no haber cumplido con obligaciones que asumió al participar en el arbitraje.
- 4) Agrega que las circunstancias que hayan acontecido a la recusante y hayan impedido el cumplimiento de sus obligaciones de pago no son de su responsabilidad y que la recusante reconoce que cuestionaron extemporáneamente la resolución N° 8 que ordenó el retiro de las pretensiones arbitrales, lo que claramente es una negligencia de su exclusiva responsabilidad.
- 5) En cuanto a las actuaciones arbitrales de la audiencia de saneamiento procesal, conciliación, determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios, señala que se han ajustado a derecho.



Que, La Entidad absolvió la misma en los siguientes términos:

- 1) Que, la normativa aplicable trata en el artículo 226° las causales de recusación, esto es, la empresa A+A Contratistas Generales, debió interponer el recurso basándose en las que prevé dicha normativa, ya que son las únicas causales por las que la Contratista podría interponer recusación teniendo en cuenta que "No proceden recusaciones basadas en decisiones del árbitro único o tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales, puesto que para ello existen otras vías dentro del arbitraje para que la parte que se considere afectada pueda hacer valer sus derechos."
- 2) La empresa A+A Contratistas generales interpone recusación contra las actuaciones del árbitro único, el mismo que se centra en el archivo de las pretensiones de demanda por falta de pago, así como la no aceptación de los pagos fuera de plazos, ambas materias fueron sometidas a reconsideraciones, las mismas que fueron resueltas por el Árbitro Único, y comunicadas a las partes. Asimismo, es preciso señalar que las partes se sometieron al reglamento del SNA- OSCE, las cuales establecen plazos para el pago de honorarios y la interposición de reconsideraciones.
- 3) Que a las partes se les otorgaron plazos suficientes a efectos de pagar los honorarios arbitrales, aceptados por las partes, en vista que las mismas no fueron materia de observación en su momento.



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



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 266 - 2018-OSCE/DAR

Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873 (en adelante, la “Ley”); su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, el “Reglamento”); el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, aprobado mediante Decreto 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, el aspecto relevante identificado de la presente recusación es el siguiente:

(i) Si las actuaciones arbitrales del árbitro único relacionadas a retirar las pretensiones de la demanda del contratista por no acreditar el pago de los gastos arbitrales, constituye circunstancias que generan dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad.

Que, se procederá a analizar el aspecto relevante antes delimitado, a partir de la valoración de la información que obra en el expediente de recusación y la aplicación de la normativa expuesta en los anteriores acápite:



Determinar si las actuaciones arbitrales del árbitro único relacionadas a retirar las pretensiones de la demanda del contratista por no acreditar el pago de los gastos arbitrales, constituye circunstancias que generan dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad.

i.1 Considerando que la recusación ha hecho referencia a la supuesta existencia de dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro único cabe delimitar los alcances de dicho concepto en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.



i.2 Respecto a la causal de dudas justificadas de independencia e imparcialidad

i.2.1 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)”¹.

i.2.2 Del mismo modo, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, expresa:

¹ JOSÉ MARÍA ALONSO - Revista Peruana de Arbitraje – Tomo 2-2006; pág. 98- Editorial Jurídica Grijley.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 266 - 2018-OSCE/DAR

"(...) 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) " -el subrayado es agregado-

- i.2.3 Que, el artículo 224º 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". Asimismo, el artículo 225º 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".*
- i.2.4 Que, conforme a los criterios doctrinarios y normativos señalados procederemos a evaluar si los hechos que se le atribuyen al Árbitro Único Juan Humberto Peña Acevedo, relacionados con su actuación arbitral en virtud a retirar las pretensiones de la demanda del contratista por no acreditar el pago de los gastos arbitrales, constituye circunstancias que generan dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, generan dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.*
- i.2.5 Que, conforme a los argumentos expuestos por el recusante, se aprecia que sus cuestionamientos se encuentran dirigidos a las decisiones por parte del árbitro único, las mismas que constan en la Resolución N° 8 de fecha 06 de marzo de 2018 mediante el cual declaró, entre otras, dejar constancia que pese al plazo transcurrido desde la*



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 266 - 2018-OSCE/DAR

fecha de audiencia de instalación el contratista no cumplió con acreditar el pago de los gastos arbitrales correspondientes a su demanda, y hacer efectivo el apercibimiento dispuesto en la resolución N° 06 y en consecuencia retirar las pretensiones de la demanda; y la Resolución N° 09 de fecha 11 de octubre de 2018 mediante la cual el árbitro declaró inadmisibles por extemporáneo el recurso de reposición presentado por el contratista; actuaciones que para el contratista generan dudas de la independencia e imparcialidad del árbitro recusado.

- i.2.6 *Que, considerando los hechos expuestos por la recusante, los cuales motivan la recusación bajo análisis, queda claro que se está ante un supuesto en el que debe analizarse el correcto ejercicio de la función arbitral, en cuanto al contenido y legitimidad de las actuaciones y decisiones adoptadas por el árbitro en ejercicio de sus funciones y la incidencia de éstas en los derechos de las partes, no siendo la recusación la vía idónea para tal fin.*
- i.2.7 *Que, en efecto, es preciso considerar que los límites para la valoración del incumplimiento de los deberes arbitrales deben ser atendidos, a luz de las restricciones establecidos por el marco normativo. En ese sentido, deberá tenerse presente lo dispuesto por el inciso 5) del artículo 29° de la Ley de Arbitraje aplicable al presente caso, el cual establece que no procede recusación basada en decisiones del Tribunal Arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.*
- i.2.8 *Que, siendo ello así, no constituye causal de recusación “per se” las decisiones del árbitro único vinculadas a las referidas Resoluciones, en tanto constituyen decisiones arbitrales realizadas en el ámbito de las actuaciones arbitrales en el proceso arbitral del cual deriva la presente recusación.*
- i.2.9 *Que, en cualquier caso, las partes cuentan con los mecanismos que les habilita el arbitraje a efectos de impugnar u objetar aquellas decisiones que consideren adversas, contravienen el marco normativo o afectan sus derechos.*
- i.2.10 *Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que el Tribunal Constitucional 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 proceso.*
- i.2.11 *En atención a lo expuesto, la recusación en el presente extremo debe ser declarada infundada.*

Que, el literal m) del artículo 52° de la Ley N° 30225, concordante con el literal m) del artículo 4 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 266 - 2018-OSCE/DAR

2016-EF (en adelante, el ROF del OSCE), señala como una función del OSCE el designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral;

Que, el literal m) del artículo 11 del ROF del OSCE, establece como una de las funciones de la Presidencia Ejecutiva el resolver las recusaciones interpuestas contra árbitros, de acuerdo a la normativa vigente. A su vez, el literal w) del artículo 11 del mismo cuerpo normativo, faculta a la Presidencia Ejecutiva delegar total o parcialmente las atribuciones que le correspondan, con excepción de las señaladas por Ley;

Que, mediante Resolución N° 001-2018-OSCE/PRE del 03 de enero de 2018, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 9 de enero del mismo año, la Presidencia Ejecutiva del OSCE resolvió, entre otros aspectos, delegar en el Director de la Dirección de Arbitraje del OSCE la facultad de resolver las recusaciones interpuestas contra árbitros, de acuerdo a la normativa vigente;

Estando a lo expuesto y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, modificado por la Ley N° 29873; su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF; el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071, así como en atención a lo establecido en el artículo 5° de la Resolución N° 001-2018-OSCE/PRE; y, con el visado de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales;

SE RESUELVE:

Artículo Primero. - Declarar **IMPROCEDENTE** el procedimiento de recusación iniciado por la empresa A+A Contratistas Generales S.R.L. contra el Árbitro Único Juan Humberto Peña Acevedo; 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).

Artículo Cuarto. - Dar cuenta al Titular de la Entidad de la emisión de la presente Resolución dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del mes siguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 8° de la Resolución N° 001-2018-OSCE/PRE.

Regístrese, comuníquese y archívese.



ISAÍAS REÁTEGUI RUIZ ELDREDGE
Director de Arbitraje (e)

