

Jesús María, 04 de Marzo del 2021

RESOLUCION N° D000026-2021-OSCE-DAR

SUMILLA:

Se concluye el trámite de solicitud de recusación de árbitro, cuando con motivo de absolver el traslado de dicha solicitud la contraparte que no la formuló comunica que está de acuerdo con la citada recusación.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación con fecha 29 de enero de 2021 subsanada el 8 de febrero de ese mismo año (Expediente R009-2021); y, el Informe N° D000056-2021-OSCE-SDAA de fecha 3 de marzo de 2021 que contiene la opinión técnica de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales de la Dirección de Arbitraje del OSCE;

CONSIDERANDO:

Que, el 13 de noviembre de 2015, el Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED (en adelante, la "Entidad") y el Consorcio Educativo Nacional¹ (en adelante, el "Contratista") suscribieron el Contrato N° 208-2015-MINEDU/VMGI-PRONIED para la contratación de la ejecución de la obra: "Adecuación, Mejoramiento y Sustitución de la Infraestructura Educativa de la I.E. Santo Tomás, Santo Tomás – Chumbivilcas-Cusco", como consecuencia de la Licitación Pública N° 20-2015-MINEDU/UE 108-1;

Que, surgida la controversia derivada de la ejecución del citado Contrato, con fecha 28 de febrero de 2018, se instaló el tribunal arbitral conformado por el señor Daniel Triveño Daza (presidente) y las señoras Katty Mendoza Murgado (árbitra) y María del Rosario Escurra Rojas (árbitra), encargado de conducir el arbitraje, bajo la organización y administración del Sistema Nacional de Arbitraje-SNA-OSCE (expediente arbitral N° S126-2017/SNA-OSCE²);

Que, mediante escrito recibido con fecha 29 de enero de 2021, la Entidad presentó ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE recusación contra el señor Daniel Triveño Daza. Dicha solicitud fue subsanada mediante escrito recibido con fecha 08 de febrero de 2021;

Que, mediante Oficio N° D000220-2021-OSCE-SDAA, notificado el 11 de febrero de 2021, se efectuó el traslado de la recusación al señor Daniel Triveño Daza; asimismo, mediante Oficio

¹ Consorcio conformado por las empresas Tableros y Puentes S.A. Sucursal del Perú y Terrak S.A.C.

² Es importante precisar que si bien en la sumilla de la solicitud de recusación el recusante ha hecho referencia al expediente arbitral S-143-2018/SNA-OSCE, sin embargo, los documentos que sustentan su recusación, como el acta de instalación de tribunal arbitral del 28 de febrero de 2018 corresponde al expediente arbitral N° S126-2017/SNA-OSCE. Tal situación ha sido ratificada por el propio Contratista al presentar sus descargos en el presente trámite el cual ha manifestado que no participa en ningún expediente arbitral S-143-2018/SNA-OSCE, sino en el signado con el número N° S126-2017/SNA-OSCE. Por lo demás, al efectuar una consulta con la Subdirección de Procesos Arbitrales – SPAR del OSCE, se nos ha indicado que en el expediente arbitral S-143-2018/SNA-OSCE las partes son el Consorcio Ximesa vs. PRONIED; el tribunal arbitral está conformado por los señores Elvira Martínez Coco, Gustavo Beramendi Galdós y Rita Sabroso Minaya; y, el contrato objeto de controversia es Contrato No. 248-2016-MINEDU/VMGI-PRONIED; en otras palabras, se tratan de actores y datos que no corresponden con los que participan en el proceso del cual deriva la presente recusación.

N° D000221-2021-OSCE-SDAA, notificado en esa misma fecha, se efectuó el traslado de la recusación al Contratista. Ello para que en el plazo de cinco (05) días hábiles manifiesten lo que estimaran conveniente a sus derechos;

Que, con fecha 17 de febrero de 2021, el señor Daniel Triveño Daza formuló sus descargos a la recusación formulada;

Que, con fecha 18 de febrero de 2021, el Contratista formuló sus descargos a la recusación formulada;

Que, la recusación formulada por la Entidad contra el árbitro Daniel Triveño Daza se sustenta en la presunta existencia de circunstancias que generan dudas justificadas de su independencia e imparcialidad de acuerdo a los siguientes argumentos:

- a) Señalan que mediante Carta S/N de fecha 14 de enero de 2021 el árbitro recusado les notificó con el documento a través del cual se hizo de conocimiento de una solicitud de revisión de informe de control referido al procedimiento de conciliación del 15 de enero de 2021, señalando que el Órgano de Control Institucional le estaba imputando a dicho profesional una presunta responsabilidad que habría generado un perjuicio económico a la Entidad, y sobre el cual se ha cursado citaciones para conciliar respecto del monto requerido.
- b) Asimismo, indican que con fecha 15 de enero de 2021 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, la misma que fue suspendida y reprogramada para el día 15 de febrero de ese mismo año.
- c) En atención a ello, refieren que mediante Oficio N° 396-2021-MINEDU/PP notificado el día 21 de enero de 2021 solicitaron al señor Daniel Triveño Daza su declinación y/o inhibición de los arbitrajes del Ministerio de Educación donde participa como árbitro en atención al proceso iniciado contra dicho profesional, otorgándosele el plazo de dos (02) días para su pronunciamiento.
- d) Manifiestan que posterior a ello, con fecha 25 de enero de 2021 el abogado Daniel Triveño Daza absolvió la solicitud de apartamiento de los arbitrajes, señalando que procedería a ampliar su deber de revelación en cada uno de los arbitrajes.
- e) Sobre el particular, la Entidad procede a citar criterios normativos y doctrinarios relacionados con la independencia e imparcialidad, indicando que el inicio de un proceso en contra del árbitro recusado por parte de la Entidad, podría generar una situación o afectar su independencia e imparcialidad, por cuya razón, corresponde que se aparte del proceso del cual deriva la presente recusación.
- f) Indican que al optar por la vía arbitral, las partes renuncian a la sede judicial para someterse a las decisiones emitidas por un determinado Colegiado; por lo que, legalmente todo miembro integrante de un tribunal arbitral debe cumplir con salvaguardar y guiar su conducta y actuación dentro de un procedimiento, atendiendo al respeto de los principios de independencia, imparcialidad y transparencia.
- g) Refieren que es necesario que se tome en cuenta que el arbitraje se debe basar en la confianza y que además es muy importante la evaluación de la permanencia del árbitro recusado en el presente proceso debiendo tener en cuenta la "Teoría de las Apariencias", más aún que el arbitraje no es un proceso de doble instancia en el cual una instancia superior pueda revisar el fondo de lo resuelto por el Tribunal Arbitral.
- h) Por tal motivo, concluyen que al existir un conflicto que se viene ventilando en conciliación, del cual forma parte el señor Daniel Triveño Daza, como Presidente del Tribunal Arbitral, ocasiona que el resultado del proceso del cual deriva la presente recusación sea contradictorio a los intereses de la Entidad, generándose dudas justificadas respecto a su imparcialidad, por lo que solicita que se declare fundada la

recusación formulada.

Que, el Contratista absolvió el traslado de la recusación contra el señor Daniel Triveño Daza, manifestando lo siguiente:

- a) Señalan que son la parte demandante del Expediente N° S126-2017/SNA-OSCE contra la Entidad en el que participa el árbitro Daniel Triveño Daza como Presidente del Tribunal Arbitral.*
- b) En relación a la recusación, el Contratista manifiesta que carece de información suficiente para pronunciarse respecto del fondo de la controversia surgida entre la Entidad y el árbitro recusado, pues la documentación enviada únicamente evidencia la existencia de un conflicto por una presunta responsabilidad civil que ameritaría una demanda con pretensión indemnizatoria contra el señor Daniel Triveño Daza, por lo cual se inició un procedimiento conciliatorio.*
- c) Sin embargo, señalan que el hecho es que existe un conflicto intersubjetivo de intereses entre la Entidad, y el árbitro recusado que ejerce el cargo de presidente del tribunal arbitral en el expediente N° S126-2017/SNA-OSCE.*
- d) En tal sentido, manifiestan estar de acuerdo con la recusación formulada contra el señor Daniel Triveño Daza pues la existencia de una controversia que derivará en una demanda generará una situación indeseable en el arbitraje, tal y como informa la Procuraduría Pública en el Oficio N° 396-2021-MINEDU/PP de fecha 21 de enero de 2021 que se encuentra adjunto al escrito de fecha 8 de febrero de 2021 con sumilla "Cumpló mandato":*
- e) Sin perjuicio de lo anterior, el Contratista indica que no concuerda con que se pretenda demandar a árbitros en función de lo resuelto en sus laudos, pues estos últimos tienen calidad de cosa juzgada y son emitidos mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, conforme al artículo 139 de la Constitución Política del Perú.*
- f) Además, señalan que en el marco de los arbitrajes, las partes tienen plena capacidad de desplegar su defensa mediante la presentación de medios probatorios, escritos, sustentaciones, entre otros, de tal forma que sus derechos sean respetados.*

Que, el señor Daniel Triveño Daza absolvió el traslado de la recusación formulando los siguientes argumentos:

- a) Hace referencia a la regla pertinente del acta de instalación de tribunal arbitral y de la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD "Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE" para concluir que la Entidad no ha cumplido con acreditar la forma, fecha y circunstancias en que conoció la causal de recusación, sino que ha contabilizado los plazos incorrectamente. Es decir que ha interpuesto la recusación después de los 5 días de conocer la causal.*
- b) Indica que el error temporal en el que incurre la Entidad se ha basado en el Oficio N° 396-2021-MINEDU/PP (recibido por su persona el 21 de enero de 2021) remitido a su correo electrónico personal en el cual le piden que se inhiba o aparte de todos los arbitrajes en que dicha Entidad es parte y le dan un plazo de 2 días para manifestar su respuesta, la cual fue remitida mediante carta S/N de fecha 25 de enero de 2021 en la que expresó a la Entidad que procedería a ampliar su revelación como corresponde.*
- c) Explica que la Entidad ha tomado como criterio temporal para fundamentar la procedencia de su recusación los 5 días contados desde su respuesta (25 de enero de 2021) y ha interpuesto su recusación al cuarto día, esto es el 29 de enero de 2021. Sin embargo, se pregunta si se puede considerar que la Entidad conoció del*

hecho por el cual se le recusa recién el 25 de enero de 2021.

- d) Considera que la respuesta es negativa. Refiere que conforme lo ha manifestado en su ampliación de revelación (que presentó el 27 de enero de 2021), la conciliación que informa la Entidad tiene como origen el informe de control específico N° 076-2019-2-0190-SCE del 18 de diciembre de 2019. Es decir, señala que la Entidad conocía desde el año 2019 (primera oportunidad para interponer la recusación) que existía un informe sobre el cual se le imputaba una presunta responsabilidad civil y sin embargo, no interpuso recusación.*
- e) En segundo lugar, indica que la Entidad ha remitido como medio probatorio el acta de conciliación del 15 de enero de 2021, sin embargo, de la citada acta se puede desprender que, al menos al 15 de enero de 2021, la Entidad conocía que existía un procedimiento de conciliación contra su persona, y sin embargo no interpuso recusación (Segunda oportunidad para interponer recusación).*
- f) Además, expone que la conciliación del 15 de febrero de 2021, no ha sido la única sobre este particular, pues a la fecha han habido 3 sesiones en las cuales se ha realizado el mayor esfuerzo entre las partes intervinientes para arribar a una solución. Las sesiones han sido el 19 de noviembre de 2020, el 11 de diciembre de 2020, y el 15 de enero de 2021.*
- g) En tal sentido, manifiesta que si la Entidad considera que una conciliación es un motivo suficiente para formular una recusación debió interponerla desde el primer momento, es decir, desde que se llevó a cabo la primera conciliación (noviembre de 2020) y sin embargo, no planteó la misma (Tercera oportunidad para interponer la recusación).*
- h) Asimismo, indica que debe tenerse presente que su persona nunca ha tenido una conducta inadecuada con las partes ni el proceso, pues ha cumplido con su deber como árbitro y por lo tanto considera que la recusación o el justo reclamo o inquietud que pueda tener alguna de las partes debe ser interpuesta en los plazos que establece el Reglamento de arbitraje que regula el presente caso. Por tales consideraciones solicita que se sirva declara improcedente la recusación por extemporánea.*
- i) Sin perjuicio de lo anterior, y sobre el fondo de los cuestionamientos, expone que su persona presentó un escrito de "Ampliación de Deber de Revelación" el día 27 de enero de 2021, ello con el fin de que se comunique a las partes, cumpliendo de esta forma con su deber de revelación que como árbitro se le exige, de forma oportuna, y respecto de todos los hechos y/o circunstancias que puedan generar dudas justificadas y/o razonables sobre su imparcialidad e independencia.*
- j) Añade que la mera existencia de un proceso de conciliación tampoco puede ser causal de descalificación automática, en tanto que no implica necesariamente la afectación a la independencia e imparcialidad del árbitro.*
- k) Refiere que el motivo de la recusación recae sobre una supuesta falta a su deber de revelación que ha quedado desvirtuada, por lo que solicita que se declare improcedente la misma por extemporánea e infundada en el fondo por tratarse de una causal que la propia Entidad ha configurado, pese a que el asunto que se le imputa como presunta responsabilidad civil se encuentra aún en revisión por parte de la Contraloría General de la República (conforme se aprecia de la carta de fecha 30 de noviembre de 2020 que obra en el expediente de recusación y conforme a la carta del 15 de enero de 2021 cuyo cargo adjunta) y a la fecha no se encuentra judicializado.*

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 modificado por la Ley N° 29873 (en adelante, la "Ley"); su Reglamento, aprobado

mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, el “Reglamento”); la Directiva N° 024-2016-OSCE/PRE “Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE” aprobada mediante Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE del 22 de julio de 2016 (en adelante, el RIAS); el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, “Ley de Arbitraje”), y, el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 136-2019-OSCE/PRE (en adelante, el “Código de Ética”);

Que, **En** el presente caso, se aprecia que con motivo de absolver el traslado de la presente recusación, el Contratista ha manifestado estar de acuerdo con la recusación formulada contra el señor Daniel Triveño Daza;

Que, la parte pertinente del artículo 8.3.14 del RIAS señala que “Si el árbitro o árbitros renuncian o la otra parte conviene en la recusación, se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos en la misma forma que se designó al árbitro o árbitros recusados”;

Que, similar previsión se regula en el literal c) del artículo 29º de la Ley de Arbitraje cuando señala que “(...) si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma que corresponda nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente”-el subrayado es agregado;

Que, en concordancia con lo indicado, el numeral 5) del artículo 29º de la Ley de Arbitraje precisa que “(...) la renuncia de un árbitro o la aceptación de la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados (...)”- el subrayado es agregado;

Que, finalmente, respecto al hecho que una parte convenga en la recusación formulada por su contraparte, LEDESMA NARVÁEZ³ indica lo siguiente:

“(...) si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro acepta la recusación, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma que se nombró al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente. Operaría aquí una remoción del árbitro por voluntad concordada de ambas partes, que llevaría que este cese en su cargo y se llame o se designe al árbitro sustituto. Se reafirma aquí el principio de autonomía privada de partes, pues cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes”.

(El subrayado es agregado);

Que, por las razones indicadas, al haber convenido la Entidad y el Contratista en la recusación formulada contra el señor Daniel Triveño Daza, ha operado el cese de las funciones del citado profesional por común acuerdo de las partes; sin perjuicio de indicar que, conforme a lo dispuesto por el numeral 5) del artículo 29º de la Ley de Arbitraje, dicha situación no significa un reconocimiento de la procedencia de los motivos de recusación invocados;

Que, en consecuencia, al haberse configurado el cese del árbitro en sus funciones con posterioridad al inicio de la solicitud de recusación que originó el presente trámite administrativo se ha presentado una causa sobreviniente que impide su continuación y resolución final, por lo

³ LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA: Op. Cit. pág 91.

que en aplicación del artículo 197⁴ del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, corresponde declarar la conclusión del trámite de recusación respecto a dicho profesional;

Que, el literal l) del artículo 52º de la Ley N° 30225 modificado por el Decreto Legislativo N° 1444, concordante con el literal m) del artículo 4 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF (en adelante, el ROF del OSCE), señala como una función del OSCE el designar árbitros y resolver las recusaciones contra los mismos;

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 con 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 corresponda, con excepción de las señaladas por Ley;

Que, mediante Resolución N° 187-2020-OSCE/PRE del 29 de diciembre de 2020, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 01 de enero del 2021, la Presidencia Ejecutiva del OSCE resolvió, entre otros aspectos, delegar en el/la director/a de la Dirección de Arbitraje del OSCE la facultad de resolver las recusaciones interpuestas contra árbitros, de acuerdo con la normativa vigente;

Estando a lo expuesto y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 modificado por la Ley N° 29873; su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF; la Directiva N° 024-2016-OSCE/PRE “Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE” aprobada mediante Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE del 22 de julio de 2016; el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071 ,y, el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 136-2019-OSCE/PRE; y, con el visado de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **CONCLUIDO** el trámite de solicitud de recusación formulada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación contra el señor Daniel Triveño Daza; en atención a las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Notificar la presente Resolución a las partes y al señor Daniel Triveño Daza a través de su publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado-SEACE.

⁴ “Artículo 197.- Fin del procedimiento

197.1 Pondrán fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el párrafo 199.4 del artículo 199, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable.

197.2 También pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo”.

(El subrayado es nuestro)

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

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 6° de la Resolución N° 187-2020-OSCE/PRE.*

Regístrese, comuníquese y archívese.

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

YEMINÁ EUNICE ARCE AZABACHE

Directora de Arbitraje