



RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO N°-03-2020-

Jesús María, 18 de noviembre de 2020.

VISTOS:

La denuncia presentada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con fecha 09 de junio de 2017 por presunta infracción al Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado (DCE EXP. N° 005 -2017); y, el Informe N.º D000050-2020-OSCE/SDRAM que contiene la opinión técnico - legal de la Subdirección de Registro, Acreditación y Monitoreo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

- 1.1. Respecto al procedimiento arbitral entre la empresa NEICA S.A.C Ingeniería y Construcción y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – PROVIAS DESCENTRALIZADO.**

Que, el 09 de setiembre de 2011, la empresa NEICA S.A.C., Ingeniería y Construcción (en adelante, el "Contratista") y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – PROVIAS DESCENTRALIZADO (en adelante, la "Entidad") suscribieron el Contrato N° 181-2011-MTC/21, para la ejecución de la obra de Rehabilitación del Camino Vecinal "Pamplona – Gorgor – Pacomayo (64+161 km), ubicado en el Departamento de Lima";

Que, surgidas las controversias de la ejecución del citado Contrato, las partes sometieron las mismas a la vía arbitral. El "Contratista" designó como árbitro al señor Roberto Mario Durand Galindo, llevándose a cabo (el 27 de enero de 2017) la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral (en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE), aprobándose las reglas de tramitación del proceso arbitral, sometiéndose las partes a éstas;

Que, con fecha 31 de enero de 2017, la Secretaría del Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 2 en la cual se dispuso que, de conformidad con el artículo 230° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹, correspondía efectuar el pago de la suma de S/. 1,500.00 por concepto de gastos arbitrales del árbitro Roberto Mario Durand Galindo (para asistir a la audiencia de instalación realizada el día 27 de enero de 2017); gastos que debían ser asumidos en proporciones iguales por las partes (a las que les correspondía la suma de S/. 750.00. respectivamente);

- 1.2. Respecto al reclamo presentado por la "Entidad" por gastos de traslado.**

Que, al no estar conforme con lo dispuesto por la Secretaría del Tribunal Arbitral, la "Entidad" interpuso un recurso de reconsideración contra la Resolución N° 2, argumentando que ésta causaba perjuicio económico al Estado, al pretender que asumieran gastos que no fueron señalados por el árbitro al momento de su aceptación, ni consignados en el acta de instalación;

¹ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.



RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO N°-03-2020-

Que, dicho recurso fue resuelto por el Tribunal Arbitral a través de la Resolución N° 07 de fecha 22 de mayo de 2017, declarándolo INFUNDADO por las siguientes razones:

- Conforme a lo dispuesto por el artículo 69° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje, "las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título".
- Por otro lado, sobre la base de lo regulado por el artículo 230° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, concordante con lo establecido por el artículo 70°, literal a), del Decreto Legislativo N° 1071, "los árbitros pueden exigir a las partes los anticipos de honorarios y gastos que estimen necesarios para el desarrollo del arbitraje".
- En el presente caso, el órgano colegiado está solicitando el reembolso de los gastos de traslado en los que el árbitro Roberto Mario Durand Galindo incurrió, necesarios para asistir a la Audiencia de Instalación;

Que, el 31 de mayo de 2017, la "Entidad" presentó un escrito formulando objeción a la Resolución N° 7, argumentando que:

- En el presente caso correspondía aplicar la Directiva N° 002-2014-OSCE/CD, en cuyo numeral 8.2.8 se establece que cuando las partes en el convenio arbitral o por acuerdo escrito posterior, hayan señalado como lugar de arbitraje una ciudad distinta a Lima, ambas deberán asumir en igual proporción los costos que deriven del traslado del (os) árbitro (s) dicha ciudad, siempre que en aquella no se encuentre ubicado el domicilio de dicho (s) profesional (es).
- Sin perjuicio de la oposición al pago de los montos requeridos, corresponde que, ante la imposibilidad de PROVIAS DESCENTRALIZADO de poder asumir los costos del traslado del abogado Roberto Mario Durand Galindo, sea la parte que lo designó quien asuma dichos gastos, solicitando al Tribunal Arbitral que el referido costo sea incluido al momento de liquidar los gastos en el laudo arbitral;

1.3. Respecto a la denuncia por presunta afectación del principio de imparcialidad.


Que, el 09 de junio de 2017, la "Entidad" interpuso una denuncia ante el Consejo de Ética para Arbitraje en Contrataciones con el Estado contra el Árbitro Roberto Mario Durand Galindo, por presunta afectación del principio de imparcialidad, sustenta su denuncia en los siguientes argumentos:

- El Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 7 de fecha 22 de mayo de 2017, declara infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la entidad, respecto a la imposición de los gastos arbitrales del árbitro Roberto Mario Durand Galindo, resolución que consideran vulnera el derecho al debido proceso.



RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO N°-03-2020-

- *Dicho gasto por concepto de traslado del árbitro de la contraparte no estaba previsto en el acta de instalación, por lo que argumenta su desacuerdo con la decisión del Tribunal Arbitral en imponer estos gastos arbitrales, lo que considera una arbitrariedad.*
- *Los gastos de traslado del árbitro de la contraparte para asistir a la audiencia de instalación pudieron ser tramitados oportunamente ante la Dirección de Arbitraje del OSCE; sin embargo, no se declararon dichos costos adicionales, ni tampoco se solicitaron, por lo que, con posterioridad, no pueden ser equiparados por el Tribunal Arbitral a un "gasto necesario para el desarrollo del arbitraje".*
- *Provías Descentralizado como toda entidad pública se encuentra regulada por normas internas, entre ellas las de Tesorería, en las que se prevé los procedimientos, por lo que para poder efectuar pagos es requisito indispensable la documentación sustentatoria, no siendo suficiente una simple declaración jurada como la que ha presentado el árbitro de la contraparte para solicitar el pago;*



Que, mediante el Oficio N° 7607-2017-OSCE/DAR-STCE, de fecha 31 de julio de 2017, la Secretaría Técnica del Consejo de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, a través de la Dirección de Arbitraje, efectuó el traslado de la denuncia al Árbitro denunciado para que en el plazo de cinco (05) días hábiles formule sus descargos;

1.4. Respetto a los argumentos del árbitro denunciado.

Que, con fecha 10 de agosto de 2017, el Árbitro Roberto Mario Durand Galindo presentó sus descargos, exponiendo los siguientes argumentos:

- *El Tribunal Arbitral que integra, solamente dispuso el pago de los gastos arbitrales de traslado necesarios para que pudiera asistir a la Audiencia de Instalación realizada en el proceso arbitral, sin que se haya evidenciado un tratamiento diferenciado, posición, interés, predisposición, hostilidad y cualquier otra actitud subjetiva hacia ninguna de las partes.*
- *El denunciante no ha cumplido con precisar el supuesto de infracción ética que busca se sancione y tampoco ha acreditado su comisión, por cuanto solo se ha limitado a afirmar que no está de acuerdo en asumir el costo de los referidos gastos de traslado porque no habría sido informado oportunamente. Además, añade que el propio denunciante conocía que su domicilio está ubicado en la ciudad del Cusco, por lo que no resulta congruente que ahora afirme que nunca fue informado de dicha circunstancia;*

1.5. De la instalación del Consejo de Ética para el Arbitraje en las Contrataciones del Estado y la Suspensión de los Plazos en los procedimientos en el Sector Público

Que, es importante establecer que el día 20 de noviembre de 2019, se instaló el Consejo de Ética para el Arbitraje en las Contrataciones del Estado, habiéndose abocado al conocimiento



RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO N°-03-2020-

de las diversas causas pendientes;

Que, mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM – “Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19”4, se declaró el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario y se dispuso el aislamiento social obligatorio, quedando restringido el derecho a la libertad de tránsito;

Que, el Estado de Emergencia Nacional fue prorrogado sucesivamente por los Decretos Supremos 051-2020-PCM, 064-2020-PCM, 075-2020-PCM, 083-2020-PCM y 094-2020-PCM hasta el 30 de junio de 2020;

Que, mediante el Decreto de Urgencia N° 026-2020 – “Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del Coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional”, se declaró la suspensión de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encontraban en trámite en las entidades del Poder Ejecutivo, por treinta (30) días hábiles, suspensión que se dio entre el 16 de marzo y el 28 de abril de 2020;

Que, por su parte, mediante el artículo 28º del Decreto de Urgencia N° 029-2020 – “Dictan medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del COVID-19 en la economía peruana”, se declaró la suspensión por treinta (30) días hábiles del cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales, que se encuentren sujetos a plazo y que se tramiten en entidades del Sector Público. La suspensión se produjo entre el 23 de marzo al 6 de mayo de 2020. Luego, mediante el artículo 12º del Decreto de Urgencia N° 053-2020, se prorrogó por quince (15) días hábiles, la suspensión del cómputo de plazos de inicio y tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales, a partir del 7 de mayo de 2020, por lo que la suspensión operó hasta el 27 de mayo de 2020;

Que, posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 087-2020-PCM – “Decreto Supremo que dispone la prórroga de la suspensión del cómputo de plazos regulada en el numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del D.U. N° 026-2020, ampliado por el Decreto Supremo N° 076-2020-PCM y de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto de Urgencia N° 029-2020, ampliado por el Decreto de Urgencia N° 053-2020”, se prorrogó, de manera conjunta, la suspensión del cómputo de los plazos de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo, y la suspensión del cómputo de los plazos de inicio y tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales, hasta el 10 de junio de 2020;

Que, en ese contexto, el cómputo de los plazos previstos para los procedimientos sancionadores regulados por leyes especiales, como es el caso del procedimiento sancionador que motiva la presente resolución, se ha visto afectado por la suspensión dispuesta mediante el Decreto de Urgencia N° 026-2020, Decreto de Urgencia N° 029-2020 prorrogado por el Decreto de Urgencia N° 053-2020 y el Decreto Supremo N° 087-2020-PCM;



RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO N°-03-2020-

Que, además, la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional dispuesta por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, prorrogada por los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM, 064-2020-PCM, 075-2020-PCM, 083-2020-PCM y 094-2020-PCM hasta el 30 de junio de 2020, y la consecuente medida de aislamiento social obligatorio - con la restricción al derecho a la libertad de tránsito de los ciudadanos, imposibilitando el desplazamiento fuera de sus domicilios, salvo para realizar actividades esenciales -, supone que desde el 16 de marzo y hasta el 30 de junio de 2020, la Administración Pública se veía, por fuerza, imposibilitada para tramitar procedimientos administrativos de diversa índole, entre los que se encuentra el impulso de los procedimientos administrativos sancionadores, en tanto los servidores públicos se encontraban impedidos de acudir a las entidades para desempeñar las labores que son propias de sus cargos;

Que, en efecto, la citada imposibilidad de los servidores públicos –por motivos ajenos a su voluntad - de asistir a sus centros de trabajo determina que durante el período de aislamiento social obligatorio no se haya podido desplegar actuaciones y actos procedimentales propias de la tramitación e impulso de procedimientos administrativos, entre ellos los sancionadores;

2. DEFINICIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Que, conforme a lo expuesto en los antecedentes, será materia de análisis de la presente resolución determinar si el reconocimiento de los gastos de traslado del Árbitro Roberto Mario Durand Galindo constituye una vulneración del principio de imparcialidad dentro de un procedimiento arbitral en materia de contratación pública;

3. ANÁLISIS:

3.1. Respeto de la vigencia normativa aplicable.

Que, a fin de determinar la supuesta responsabilidad del árbitro Roberto Mario Durand Galindo por la presunta infracción al principio de imparcialidad, situación que, a entender del denunciante, se habría producido con la notificación de la Resolución N°02 de fecha 31 de enero de 2017; mediante la que se resolvió disponer que se pague la suma de S/. 1,500.00 (Mil Quinientos Soles) a favor del árbitro denunciado por concepto de asistir a la audiencia de instalación;

Que, bajo este contexto, el marco legal que corresponde aplicar al presente caso es el contenido en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones (en adelante la Ley), su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 350-2015-EF², sin modificaciones (en adelante el Reglamento), así como el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado aprobado por Resolución N° 028-2016-OSCE/PRE³, en lo que corresponda;

Que, se aplica como norma procedimental el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado aprobado por Resolución N° 136-2019-OSCE/PRE que establece que "Los procedimientos iniciados antes de la vigencia del presente Código, serán tramitados de acuerdo con el procedimiento previsto en este Código, de acuerdo a la etapa en la que se

² DEROGADO por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, publicado el 31 diciembre 2018. El referido Decreto entró en vigencia a los treinta (30) días calendario, contados a partir de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

³ DEROGACIÓN FORMALIZADA por el Artículo 2 de la Resolución N° 136-2019-OSCE, publicada el 23 julio 2019.



RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO N°-03-2020-

encuentren”;

Que, en virtud de la normativa aplicable, se aprecia de la denuncia, que se atribuye al árbitro haber incurrido en la supuesta afectación del principio de imparcialidad, el mismo que se encuentra previsto en el numeral 1 del inciso b) del artículo 216 del Reglamento;

Que, en este sentido, se analizará la conducta del árbitro denunciado dentro del punto controvertido fijado en la denuncia, a efectos de determinar la existencia o no de responsabilidad;

3.2. Respeto de la tipicidad de las infracciones atribuidas.

Que, en virtud de la normativa aplicable, corresponderá verificar si la conducta denunciada es sancionable en el marco del régimen sancionador de la Ley y los entonces vigentes Reglamento y Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado aprobado por Resolución N° 028-2016-OSCE/PRE;

Que, es importante mencionar que de conformidad con lo previsto en el numeral 247.2⁴ del artículo 247 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 25 de enero de 2019 (en adelante el TUO de la LPAG), las disposiciones referidas al procedimiento sancionador que regula dicha norma se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa;

Que, de acuerdo al principio de tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 248⁵ del TUO de la LPAG solo constituyen conductas sancionables, las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía;

Que, se aprecia de la denuncia, el hecho imputado al árbitro único habría incurrido en el supuesto infracción respecto del principio de imparcialidad, el mismo que se encuentra previsto en el numeral 1 del inciso b) del artículo 216 del Reglamento, que señala:

“b) Respeto al Principio de Imparcialidad: Constituye supuesto de infracción a este principio el incumplimiento o inobservancia del siguiente deber ético:

1. Revelar al momento de su aceptación al cargo o de modo sobreviniente, todo hecho o

⁴ **Artículo 247.-** Ámbito de aplicación de este capítulo

(...)

247.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 248, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.

(...)

⁵ **4. Tipicidad.** - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la Ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.



RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO N°-03-2020-

circunstancia que pudiese generar a las partes dudas justificadas sobre su imparcialidad”

Que, a efectos de determinar la existencia o no de responsabilidad se analizará la conducta del árbitro denunciado dentro de los puntos controvertidos fijados en la denuncia, teniendo en consideración el artículo 45.10⁶ de la Ley;

Que, corresponde hacer algunas precisiones, bajo el principio de tipicidad, en base a lo señalado por “La Entidad”:

Aplicación normativa del denunciante:	Corresponde aplicar
<p><i>La denuncia imputó como supuesto de infracción al árbitro Roberto Mario Duran Galindo, aquella prevista en el numeral 2 del artículo 216 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF que señala lo siguiente:</i></p> <p><i>“(…) haber asumido o generado cualquier tipo de situación o actuación que, en base a elementos razonables y probados, permitan evidenciar un tratamiento diferenciado, posición, interés, predisposición, hostilidad y cualquier actitud subjetiva del árbitro hacia las partes, el desarrollo del proceso o materia de las controversias, que puede afectar su desempeño imparcial en el proceso.”</i></p>	<p><i>El supuesto de infracción aplicable al presente caso es el artículo 216 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, que establece:</i></p> <p><i>“(.. b) Respecto al principio de imparcialidad: Constituye supuesto de infracción a este principio el incumplimiento o inobservancia del siguiente deber ético:</i></p> <p><i>1.Revelar al momento de su aceptación al cargo o de modo sobreviniente, todo hecho o circunstancia que pudiese generar a las partes dudas justificadas sobre su imparcialidad.</i></p>

Que, bajo el principio de tipicidad, no se habría desarrollado el supuesto de infracción imputable al denunciado bajo el numeral 2 del artículo 216 del Reglamento modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, invocado por el denunciante. En este sentido, es de precisar que

⁶ **Artículo 45.** Medios de solución de Controversias de la ejecución contractual
“(…)”

45.10 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, el cual resulta de aplicación a los arbitrajes que administra, a los arbitrajes ad hoc y, de manera supletoria, a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código Ética o, que teniéndolo no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable. Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales. Asimismo, deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia y observar la debida conducta procedimental. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. El incumplimiento de las obligaciones señaladas en el párrafo precedente constituyen infracción a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procedimental previstos en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, siendo pasible de las siguientes sanciones éticas según su gravedad:

- a) Amonestación.
- b) Suspensión temporal de hasta cinco (5) años.
- c) Inhabilitación permanente.

Las infracciones señaladas son desarrolladas en el reglamento y recogidas en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.
“(…)”



RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO N°-03-2020-

resulta aplicable al presente caso el Reglamento sin modificatorias, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF;

3.3. Respeto del principio de imparcialidad en el arbitraje en materia de contratación estatal.

Que, en el presente caso se ha denunciado la vulneración de un principio aplicable al procedimiento arbitral, por lo cual es oportuno mencionar que ha quedado reconocido por la jurisprudencia constitucional que el debido proceso es un derecho que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal; en ese sentido, se trata de un derecho "continente" cuyo contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre comprendida una persona pueda considerarse como justo. (STC N° 2851 -2010-PA/TC)⁷;

Que, es así como, dentro de su contenido esencial, el debido proceso alberga la independencia e imparcialidad del juzgador, que si bien se encuentran consagradas en el artículo 139° inciso 2) de la Constitución Política como principios y garantías de la administración de justicia, ostentan además la naturaleza de derechos fundamentales, afirmada por el Tribunal Constitucional en la STC N° 004-2006-AI/TC en que expresó:

"La independencia y la imparcialidad del juzgador no sólo constituyen principios y garantías de la administración de justicia, sino también una garantía para quienes acuden a los órganos jurisdiccionales en busca de justicia. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo en una anterior oportunidad, que "Debe tomarse en cuenta que si bien, prima facie, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta Administración de Justicia, estas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión." (Fundamento 23);

Que, incluso, la vigencia de estas garantías-derechos, de independencia e imparcialidad del juzgador, en el ámbito del arbitraje, resulta ya indubitable, habiendo expresado el Tribunal Constitucional que:

"El cuestionamiento acerca de si el derecho a ser juzgado por un juez imparcial también puede titularizarse en el ámbito de un procedimiento arbitral ha sido resuelto afirmativamente por este Colegiado. Así, en la STC N.º 3361-2004-AA/TC se afirmó que "el derecho a la tutela procesal efectiva no sólo tiene un ámbito limitado de aplicación, que se reduce a sede judicial. Se emplea en todo procedimiento en el que una persona tiene derecho al respeto de resguardos

⁷ Mediante la cual se resolvió la demanda de amparo interpuesta por la empresa IVESUR S.A. contra los vocales integrantes del CSA del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CSA), señores Sergio León Martínez, Pedro Flores Polo, Jorge Jaramillo Chipoco y César Fernández Arce, solicitando que se declare nulas y sin efecto: i) la Resolución N.º 0033-2005/CSA-CCANI-CCL, de fecha 29 de marzo del 2005 (fojas 104), por la que se resolvió designar como árbitro en el proceso arbitral N.º 967-107-2004 al señor Jorge Vega Velasco; ii) la Resolución N.º 0029-2006/CSA-CCANI-CCL, de fecha 21 de febrero del 2006, que desestimó el pedido de nulidad de la Resolución N.º 0033-2005/CSA-CCANI-CCL; y iii) todos los actos en los que participó el señor Jorge Vega Velasco en el proceso arbitral N.º 967-107-2004, incluyendo la designación de la presidenta del Tribunal Arbitral y el laudo arbitral de derecho emitido por el Tribunal Arbitral conformado por los señores Elvira Martínez Coco, Jorge Vega Velasco y Rodolfo Cortez Benejam; ello por haberse vulnerado sus derechos a la tutela procesal efectiva, de defensa y a la independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.



RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO N°-03-2020-

mínimos para que la resolución final sea congruente con los hechos que la sustenten". (STC N° 2851-2010-AA/TC);

Que, en cuanto al concepto de imparcialidad, se ha entendido como el desinterés frente a las partes o el trato sin favoritismo o la consideración equidistante y ecuánime, todo ello por cuanto las partes en litigio necesitan concordar los intereses en discordia y esto no puede obtenerse mediante la preponderancia de los puntos de vista de una de ellas⁸;

Que, es más, de forma referencial podemos citar que concepto ha sido reconocido como un principio en el ámbito del arbitraje en materia de contrataciones con el Estado, tal como se aprecia en el numeral II del artículo 2° del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, aprobado con la Resolución N° 136-2019-OSCE/PRE: "II. Imparcialidad. - Los árbitros deben evitar cualquier tipo de situación, conducta y/o juicio subjetivo que, en forma directa o indirecta, oriente su proceder hacia algún tipo de preferencia y/o predisposición de alguna de las partes y/o en relación con la materia de la controversia";

Que, tratándose de la imparcialidad de los árbitros, Gonzales de Cossío indica lo siguiente:

"Imparcialidad: es un criterio subjetivo y difícil de verificar que alude a un estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular";

Que, de igual modo, Figueroa Valdés señala que la imparcialidad implica que el árbitro debe actuar libre de cualquier inclinación subjetiva, en favor de una de las partes o en contra de ellas, lo que los autores de lengua inglesa definen como el actuar libre de presiones, lo que se traduce en resolver el asunto en forma justa⁹;

Que, en ese contexto, el artículo 192° del Reglamento¹⁰ dispone 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;

Que, ahora bien, el artículo 196° del Reglamento, aplicable al momento de la emisión de la Resolución N° 2 establece lo siguiente:

"Artículo 196.- Gastos Arbitrales

Los árbitros pueden exigir a las partes los anticipos de honorarios y gastos que estimen necesarios para el desarrollo del arbitraje.

El OSCE aprueba mediante Directiva una tabla de gastos arbitrales, la que es aplicable a los arbitrajes que organice y administre conforme a su Reglamento, así como a los arbitrajes ad hoc.

⁸ Diccionario Jurídico OMEBA, Tomo XIV, Driskill S.A., Buenos Aires, 1982, p. 970.

⁹ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. La ética en el arbitraje internacional. Recuperado de: <http://www.camsantiago.com/articulos/ARBITRAJEN20Y%20ÉTICA%202003.doc> p. 1.

¹⁰ Texto vigente cuando se formuló la denuncia por incumplimiento del Código de Ética.



RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO N°-03-2020-

En los casos de arbitraje ad hoc, los gastos arbitrales no pueden exceder lo establecido en la tabla a que se refiere el párrafo precedente, no pudiéndose pactar en contrario. En estos casos, la parte que se encuentre en desacuerdo con la liquidación o reliquidación de gastos arbitrales aprobada por el respectivo Árbitro Único o Tribunal Arbitral, por considerar que se excede de los límites máximos establecidos por la tabla de gastos arbitrales aprobada por el OSCE, puede solicitar a esta entidad emitir un pronunciamiento final al respecto. El trámite de dicha solicitud no suspende el respectivo proceso arbitral. La decisión que emita el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable.

En caso de renuncia, recusación de árbitro declarada fundada, anuencia de la contraparte en la recusación, remoción de árbitro y los demás supuestos regulados por la Directiva que OSCE apruebe para tal efecto, y cuando no se trate de un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros, respecto de la devolución de honorarios, debe ser resuelta a pedido de parte por el OSCE. La decisión que tome el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable. (...);

Que, en el presente caso, el 09 de junio de 2017, la "Entidad" interpuso una denuncia ante el Consejo de Ética para el Arbitraje en Contrataciones con el Estado contra el Árbitro Roberto Mario Durand Galindo, por presunta afectación del principio de imparcialidad, argumentando que los gastos por su traslado a la ciudad de Lima para participar en la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral no fueron previstos en la respectiva acta y pudieron haber sido tramitados oportunamente ante la Dirección de Arbitraje del OSCE; motivo por el cual, con posterioridad no pueden ser equiparados por el Tribunal Arbitral a un "gasto necesario para el desarrollo del arbitraje";

Que, sobre el particular, el artículo 69° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje, reconoce que el Tribunal Arbitral tiene la capacidad de disponer lo que resulte conveniente respecto a las reglas relativas a los costos del arbitraje. En consecuencia, el Tribunal está facultado para solicitar a las partes, independientemente de los honorarios arbitrales, el pago de cualquier otro gasto en que incurra y que resulte necesario para el desarrollo de las actuaciones arbitrales;

Que, en esa misma línea, el artículo 70° de la citada norma, reconoce que "el Tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a. Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral. (...), f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales";

Que, asimismo, dentro de lo argumentado por la "Entidad" en su denuncia, no se advierte que se acredite alguna situación, conducta y/o juicio subjetivo del árbitro denunciado que, en forma directa o indirecta, haya orientado su proceder hacia algún tipo de preferencia y/o predisposición hacia alguna de las partes y/o en relación con la materia de la controversia; debe considerarse que los hechos denunciados no se encuentran vinculados a alguna vulneración al supuesto de infracción relacionado al principio de imparcialidad;

Estando a lo expuesto y de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225,



RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO N°-03-2020-

Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF; su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF; el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071, y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones con el Estado;

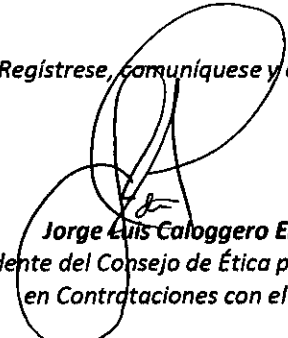
SE RESUELVE:

Artículo Primero. – Declarar **INFUNDADA** la denuncia presentada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra el árbitro Roberto Mario Durand Galindo, por la presunta afectación al principio de imparcialidad prevista en el numeral 1 del inciso b) del artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, atendiendo a las razones expuestas en el numeral 3.3 de la presente Resolución.

Artículo Segundo. – Notificar la presente Resolución a las partes, así como al árbitro denunciado.

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

Regístrese, comuníquese y archívese.


Jorge Luis Caloggero Encina
Presidente del Consejo de Ética para el Arbitraje
en Contrataciones con el Estado