



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49 2018-OSCE/DAR

Jesús María, 29 MAR. 2018

SUMILLA:

Una denuncia que una de las partes formule contra un árbitro que debe conocer su causa, puede generar dudas en el ejercicio de su función arbitral. Pero tales sospechas, no pueden quedar en simples alegaciones que efectúe alguna de las partes, sino que deben ser justificadas, esto quiere decir, razonablemente comprobadas.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por el Procurador Público del Gobierno Regional de Pasco con fecha 15 de diciembre de 2017 (Expediente de Recusación N° R107-2017); y, el Informe N° 34-2018-OSCE/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 25 de octubre de 2013, el Gobierno Regional de Pasco (en adelante, la "Entidad") y el Consorcio Pasco ¹(en adelante, el "Contratista") suscribieron el Contrato N° 0399-2013-G.R.P/PRES para la contratación de la ejecución de Obra: "Mejoramiento y Ampliación de los Servicios de Saneamiento y Fortalecimiento Institucional Integral de EMAPA Pasco, provincia de Pasco - Pasco", derivado de la Licitación Pública N° 018-2013 G.R-PASCO, por el monto de S/.148,649,935.15 (Ciento cuarenta y ocho millones seiscientos cuarenta y nueve mil novecientos treinta y cinco con 15/100 nuevos soles);

Que, surgidas las controversias derivadas de la ejecución del citado contrato, con carta presentada el 09 de diciembre de 2015 el señor Dennis Ítalo Roldán Rodríguez comunicó al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE") su aceptación al cargo de árbitro único;

Que, con fecha 15 de diciembre de 2017, la Entidad formuló recusación ante el OSCE contra el árbitro Dennis Ítalo Roldan Rodríguez, la cual fue observada por la Mesa de Partes del OSCE y subsanada mediante escrito presentado el 19 de diciembre de 2017;

¹Consorcio conformado por las empresas SACYR Construcción S.A. Sucursal Perú y Constructora Málaga Hnos S.A.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49 2018-OSCE/DAR

Que, mediante los Oficios N°s 11972 y 11971-2017-OSCE/DAR-SDAA, notificados el 26 y 27 de diciembre de 2017, respectivamente, la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales efectuó el traslado de la recusación al señor Dennis Ítalo Roldan Rodríguez y al Contratista para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifiesten lo conveniente a su derecho;

Que, con fecha 04 de enero de 2018, el árbitro Dennis Ítalo Roldan Rodríguez cumplió con absolver el traslado de la recusación. Lo propio hizo el Contratista con fecha 05 de enero de 2018;

Que, con fecha 09 de febrero de 2018, la Entidad presenta información complementaria para que se tenga en cuenta al momento de resolver la solicitud de recusación;

Que, la recusación presentada por la Entidad contra el árbitro único Dennis Ítalo Roldan Rodríguez se sustenta en la presunta existencia de circunstancias que generan dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, de acuerdo con los siguientes argumentos:

- 1) Con fecha 31 de agosto de 2017 al llevarse a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en presencia de la Entidad y el Contratista, el Árbitro estableció como quinto punto controvertido el determinar si corresponde o no declarar la validez y eficacia del acto jurídico de Resolución de Contrato efectuada por el Contratista.
- 2) Indican que el árbitro ha actuado de manera ilícita al haber incorporado dicho punto controvertido, pues contraviene los actuados del arbitraje y la normativa aplicable de contrataciones del Estado.
- 3) El Árbitro al fijar el quinto punto controvertido está resolviendo, indirectamente, la acumulación de pretensiones que fuera solicitada por el Contratista en el proceso arbitral del cual deriva la presente recusación, mostrándose de esta manera su parcialidad con dicha parte.
- 4) Por otro lado, indican que la controversia objeto de la acumulación de pretensiones dispuesta por el Árbitro, es materia de otro arbitraje distinto, conducido por el señor José Antonio León Rodríguez, designado por el OSCE, en el cual ya se llevó a cabo la audiencia de instalación, en el cual el Contratista se ha allanado.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49-2018-OSCE/DAR

- 5) *En ese contexto, el Árbitro estaría consolidando dos arbitrajes distintos, contraviniendo el numeral cuarto del artículo 39° del Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, en consecuencia, la Entidad advierte comisión del delito de prevaricato de parte del árbitro recusado.*
- 6) *Por otra parte, señalan que el Árbitro dictó una Medida Cautelar dentro del arbitraje a petición del Contratista, en cuyo caso para que el Árbitro otorgue tutela cautelar debió haber mediado dadas o sobornos hacia éste, configurándose de esta manera la comisión del delito de colusión y patrocinio ilegal del árbitro recusado.*
- 7) *La Entidad, manifiesta que el Árbitro asiente, acepta y resuelve de manera favorable las peticiones del Contratista y que las peticiones de la Entidad las resuelve de manera adversa.*
- 8) *Ante ello, con fecha 30 de noviembre de 2017, la Entidad formuló denuncia penal ante el Ministerio Público contra el árbitro recusado por los delitos contra la Administración Pública y por el delito contra la Administración de Justicia. Posteriormente, con fecha 13 de diciembre de 2017, el Ministerio Público dispuso abrir investigación preliminar contra el árbitro recusado Dennis Ítalo Roldán Rodríguez.*

Que, respecto a la recusación formulada, el árbitro único Dennis Ítalo Roldan Rodríguez ha absuelto la misma en los siguientes términos:

- 1) *La presente recusación ha sido interpuesta fuera de los plazos previstos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, no basándose en argumentos objetivos y hechos probados, dado que la Entidad busca cuestionar mediante la recusación las actuaciones arbitrales.*
- 2) *Mediante la Resolución N° 15 de fecha 03 de marzo de 2017, notificada a la Entidad con fecha 07 de marzo de 2017, fue admitida a trámite una Tercera Acumulación de Pretensiones, solicitada por el Contratista, el cual peticionaba que: "Se declare la plena validez y eficacia del Acto de Resolución de Contrato, efectuada por el Contratista, mediante Carta Notarial N° 103-2017-CPI de fecha 27 de febrero de 2017 (...)"*
- 3) *Mediante la Resolución N° 19 de fecha 21 de abril de 2017, notificada a la Entidad con fecha 25 de abril de 2017, fue admitida a trámite la Contestación a la Tercera Acumulación de Pretensiones por parte de la Entidad; asimismo, con la mencionada Resolución se declaró improcedente por extemporánea la Excepción de Falta de*





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49: 2018-OSCE/DAR

Legitimidad para Obrar del Contratista, propuesta por la Entidad.

- 4) *En ese contexto, mediante las Resoluciones N°s 15 y 19 el Árbitro Único asumió la competencia respecto de la Tercera Acumulación de Pretensiones, solicitada por el Contratista. Siendo que un primer aspecto que cuestiona la recusación tiene relación con la acumulación de pretensiones, la Entidad ha señalado que tomó conocimiento del supuesto acto de parcialidad en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, ello con fecha 31 de agosto de 2017, es decir, tenían como plazo máximo para interponer su recusación hasta el 07 de setiembre de 2017, siendo que, al interponerla recién el 15 de diciembre de 2017 el plazo otorgado por ley ha caducado, por lo que la recusación en dicho extremo resulta improcedente.*
- 5) *Respecto a la medida cautelar, la Entidad fue notificada con la Resolución N° 04 del Cuaderno Cautelar con fecha 29 de marzo de 2017 (dicha Resolución es la última actuación procesal referida a la Medida Cautelar otorgada); pese a ello, la Entidad interpone recién su solicitud de recusación, con fecha 15 de diciembre de 2017, es decir fuera del plazo legal para ejercer tal derecho.*
- 6) *Por otro lado, el Árbitro argumenta que la recepción, tramitación y otorgamiento de una solicitud de acumulación y medida cautelar, así como la de todo recurso impugnatorio interpuesto contra una actuación arbitral, en favor de una u otra parte, es una acción inherente a la competencia y función con la cuenta un árbitro, no pudiendo generarse dudas respecto de la independencia e imparcialidad por el ejercicio de dichas prerrogativas; siendo irrelevante el hecho que con una decisión anterior haya determinado una situación contraria a los intereses de una de las partes.*
- 7) *Por último, menciona que con la interposición de la recusación la Entidad busca cuestionar las actuaciones dictadas por el Árbitro Único y obtener la nulidad de estas, no siendo la recusación el medio idóneo para tal objetivo.*

Que, el Contratista ha procedido a absolver la recusación formulada conforme a los siguientes argumentos:

- 1) *Indican que el Contratista solicitó ante el Árbitro Único la acumulación de pretensiones, mediante su escrito de fecha 27 de febrero de 2017, respecto a la siguiente pretensión: Declaración de validez y eficacia del acto jurídico de resolución del Contrato de Obra N° 0399-2013-G.R.P./PRES, "Mejoramiento y Ampliación de los Servicios de Saneamiento y Fortalecimiento Institucional Integral de EMAPA PASCO,*





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49. 2018-OSCE/DAR

provincia de Pasco, Pasco”.

- 2) *Dicha solicitud fue presentada en el marco de la Regla 38 del Acta de instalación de fecha 18 de marzo de 2016, y conforme al artículo 229° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.*
- 3) *Mediante la Resolución N° 15 de fecha 03 de junio de 2017, se admitió a trámite la acumulación de pretensiones, la cual fue notificada a la Entidad dentro del plazo legal.*
- 4) *En ese contexto, señalan que no es cierto que la solicitud de acumulación de pretensiones se encuentre pendiente de resolver, pues con la Resolución N° 15 se admitió a trámite y se corrió traslado de esta a la Entidad para que manifieste lo conveniente a su derecho dentro del plazo de veinte (20) días hábiles.*
- 5) *Respecto a la consolidación de arbitrajes, el Contratista aclara que con fecha 23 de mayo de 2017, la Entidad inició un nuevo arbitraje contra su representada, cuya materia controvertida es igual a la pretensión objeto de acumulación del arbitraje a cargo del Árbitro recusado, y que el inicio del nuevo arbitraje fue posterior al vencimiento del plazo de veinte (20) días hábiles otorgados para que absuelva el traslado de la acumulación de pretensiones (Resolución N° 15). Asimismo, precisa que ha formulado, dentro del plazo para objetar, oposición al arbitraje iniciado por la Entidad.*
- 6) *Respecto a la medida cautelar, indican que la Entidad pretendía ejecutar las Cartas Fianzas, por dicha razón, se procedió a solicitar ante el Arbitro Único una medida cautelar, asimismo, precisan que el Contratista no realiza actos de colusión de ninguna naturaleza.*
- 7) *Que, respecto a la denuncia penal formulada por la Entidad en contra del Árbitro Único, es un medio de presión para obligar al Árbitro recusado apartarse del proceso arbitral.*

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 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





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49. 2018-OSCE/DAR

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, a continuación, se procederá a evaluar los hechos expuestos a partir de la revisión de la documentación obrante en el presente caso. En tal sentido, se advierte que los aspectos relevantes identificados en la recusación son los siguientes:

- 1) Si la solicitud de recusación interpuesta por la Entidad contra el árbitro Dennis Ítalo Roldán Rodríguez por su actuación con motivo de fijar un punto controvertido y así como por haber otorgado medida cautelar a favor del Contratista; resultaría extemporánea, de conformidad con lo establecido en el artículo 226° del Reglamento.
- 2) Si la solicitud de recusación interpuesta por la Entidad contra el árbitro Dennis Ítalo Roldán Rodríguez por su actuación con motivo de fijar un punto controvertido y así como por haber otorgado medida cautelar a favor del Contratista; generarían dudas justificadas de su independencia e imparcialidad.
- 3) Si la denuncia penal interpuesta por la Entidad ante el Ministerio Público, así como la apertura de la investigación preparatoria en contra del árbitro único Dennis Ítalo Roldán Rodríguez generarían dudas justificadas de la independencia e imparcialidad.

A continuación, se procederá a analizar los aspectos relevantes antes delimitados, a partir de la valoración de la información obrante en el expediente de recusación y la aplicación de la normativa puesta en los anteriores acápite:

- i) **Si la solicitud de recusación interpuesta por la Entidad contra el árbitro Dennis Ítalo Roldán Rodríguez por su actuación con motivo de fijar un punto controvertido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios y así como por haber otorgado medida cautelar a favor del Contratista; resultaría extemporánea, de conformidad con lo establecido en el artículo 226° del Reglamento.**

1) De la oportunidad para formular recusaciones

El árbitro recusado Dennis Ítalo Roldán Rodríguez ha alegado en sus descargos la extemporaneidad de la recusación formulada, respecto a los hechos señalados en el numeral i).

Sobre el particular, en lo referente a la oportunidad para formular recusaciones contra árbitros, deben considerarse las siguientes reglas:



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49. 2018-OSCE/DAR

- a) Cuando las solicitudes de recusación se presentan indubitablemente fuera del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o, desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente, en aplicación de lo establecido en el numeral 1) del artículo 226º del Reglamento, corresponderá declarar la improcedencia por ser extemporáneas las referidas solicitudes.
- b) Cuando no pueda acreditarse indubitablemente la fecha en que se tomó conocimiento efectivo de que se ha configurado la causal de recusación, se advierte la imposibilidad jurídica de computar objetivamente el plazo de cinco (5) días hábiles para formular recusaciones previsto en el numeral 1) del artículo 226º del Reglamento, por lo que debe recurrirse a la aplicación del numeral 3) del artículo 29º de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, verificándose en este caso que la recusación se haya formulado antes que se empiece a computar el plazo para la emisión del laudo, salvo pacto en contrario.

1.1 De la presunta extemporaneidad de la recusación al árbitro Dennis Ítalo Roldan Rodríguez

Para determinar si la referida solicitud de recusación ha sido formulada en forma extemporánea, debemos considerar los siguientes hechos, los cuales fluyen de la revisión del expediente de recusación:

- a) Mediante la Resolución N° 01 del Cuaderno Cautelar, notificada a la Entidad con fecha 20 de diciembre de 2016, el Árbitro Único concede una Medida Cautelar petitionada por el Contratista (fs. 112 – 124). Posteriormente, mediante la Resolución N° 04 del Cuaderno Cautelar, de fecha 20 de marzo de 2017, notificada a la Entidad con fecha 29 de marzo de 2017, el Árbitro Único, a solicitud del Contratista, concede la variación de la referida Medida Cautelar ordenando que la Entidad se abstenga de iniciar o promover cualquier procedimiento o trámite que tenga por finalidad ejecutar las cartas fianzas otorgadas por el Contratista (fs. 126 – 130).

En ese sentido, se advierte que la Entidad había tomado conocimiento del otorgamiento y variación de la Medida Cautelar con fecha 29 de marzo de 2017, con la notificación de la Resolución N° 04 del Cuaderno Cautelar.

- b) Por otro lado, mediante escrito N° 10, recibido con fecha 27 de febrero de 2017, el Contratista solicitó al Árbitro Único acumulación de pretensiones, respecto a la declaración de validez y eficacia del acto jurídico de Resolución del Contrato de Obra N° 0399-2013-G.R.P./PRES (fs. 182 – 202).



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49. 2018-OSCE/DAR

- c) Que, mediante la Resolución N° 15 de fecha 03 de marzo de 2017, notificada a la Entidad el 07 de marzo de 2017, el Árbitro Único admitió a trámite la solicitud de acumulación de pretensiones presentada por el Contratista mediante escrito recibido con fecha 27 de febrero de 2017; asimismo, otorga a la Entidad un plazo de veinte (20) días hábiles para que conteste la acumulación de pretensiones formulada por el Contratista. (fs. 105 – 106)
- d) Mediante la Resolución N° 19 de fecha 21 de abril de 2017, notificada a la Entidad con fecha 25 de abril de 2017, el Árbitro Único admitió a trámite la Contestación a la Acumulación de Pretensiones presentada por la Entidad con fecha 04 de abril de 2017; asimismo, declara improcedente por extemporánea la excepción por falta de legitimidad para obrar del Contratista, que había planteado la Entidad con fecha 05 de abril de 2017 (fs. 108 – 110).
- e) Con fecha 31 de agosto de 2017, el Árbitro Único llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, con presencia de ambas partes, en donde fijó como quinto punto controvertido el determinar si corresponde o no declarar la validez y eficacia del Acto Jurídico de Resolución de Contrato de la Obra N° 0399-2013-G.R.P./PRES, efectuada por el Contratista mediante Carta Notarial N° 103-2017-CPI de fecha 27 de febrero de 2017. (fs. 262 – 265)
- f) Debemos precisar que con fecha 3 de noviembre de 2017 la Entidad interpuso denuncia penal contra el árbitro recusado, por los aspectos que sustentan el presente extremo de la recusación, entre ellos, el hecho de que la fijación del quinto punto controvertido señalado en el literal precedente, implicaría una indebida consolidación de los arbitrajes según expedientes I010-2016 e I821-2017.
- En ese sentido, se advierte que la Entidad había tomado conocimiento de todos los hechos derivados de la fijación del punto controvertido antes señalado desde el 31 de agosto de 2017 en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
- g) Dado que la Entidad interpuso recusación contra el Arbitro Único con fecha 15 de diciembre de 2017, se advierte que la recusación al árbitro Dennis Ítalo Roldán Rodríguez ha excedido el plazo de cinco (5) días hábiles siguientes desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente, señalados en los puntos a) y e) del presente numeral, plazo que se encuentra establecido en el numeral 1) del artículo 226º del Reglamento aplicable al presente caso, por lo que la recusación resulta improcedente por extemporánea, careciendo de objeto pronunciarnos sobre el fondo del segundo aspecto relevante.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49 2018-OSCE/DAR

- ii) **Si la denuncia penal interpuesta por la Entidad ante el Ministerio Público, así como la apertura de la investigación preliminar en contra del árbitro único Dennis Ítalo Roldán Rodríguez generarían dudas justificadas de la independencia e imparcialidad.**

Considerando que la recusación se ha sustentado en la presunta existencia de dudas justificadas de la independencia e imparcialidad del árbitro recusado, cabe delimitar los alcances de dichos conceptos en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.

- 2.1) 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)².

- 2.2) Del mismo modo, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, expresa:

(...) Como quiera que la imparcialidad es una cuestión subjetiva, los criterios para apreciarla por los terceros descansa en la consideración de los hechos externos, mediante los cuales suele manifestarse la imparcialidad o la falta de ésta; generalmente dicha apreciación se realiza desde la perspectiva de una parte objetiva en la posición de la parte que recusa el árbitro(...) Así concebida, la imparcialidad se configura como una noción de carácter subjetivo de muy difícil precisión pues se refiere a una determinada actitud mental que comporta la ausencia de preferencia hacia una de las partes en el arbitraje o hacia el asunto en particular. Y es aquí donde es oportuna la distinción entre dos conceptos, el de “predilección” y el de “parcialidad”. La 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

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



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49 2018-OSCE/DAR

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)³.

- 2.3) *Asimismo, el artículo 224º del Reglamento precisa que: “Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales (...)”. Por otro lado, 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”.*

Dado los criterios doctrinarios y normativos señalados, es necesario analizar los hechos que sustentan la recusación para lo cual debe considerarse lo siguiente:

- 2.4) *Conforme la Entidad ha expuesto, con fecha 30 de noviembre de 2017 formuló denuncia penal contra el árbitro único Dennis Ítalo Roldán Rodríguez ante la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, por los delitos contra la Administración pública en las modalidades de Colusión Simple o Tentativa de Colusión Agravada y Patrocinio Ilegal y por el delito contra la Administración de Justicia en la modalidad de Prevaricato, sustentando su denuncia en los mismos hechos que fundamenta su solicitud de recusación. (fs. 09 – 21)*
- 2.5) *Asimismo, la Entidad ha presentado con fecha 09 de febrero de 2018 la Disposición N° 01 de fecha 13 de diciembre de 2017 emitida por el Ministerio Público, mediante el cual se dispone abrir investigación preliminar contra el señor Dennis Ítalo Roldán Rodríguez por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión Simple (fs. 307 – 313)*
- 2.6) *Para fines de la recusación, lo relevante es conocer si todas estas circunstancias generan dudas justificadas de la independencia e imparcialidad del señor Dennis Ítalo Roldán Rodríguez en el arbitraje del cual deriva la presente recusación.*
- 2.7) *Una denuncia penal que una de las partes formule contra un árbitro que debe conocer su causa, puede generar dudas en el ejercicio de su función arbitral, máxime cuando la denuncia versa sobre hechos que fueron parte de los motivos que impulsaron a la*

³ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS: Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso Arbitraje la Habana 2010- Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 49 2018-OSCE/DAR

Entidad a recusar al Árbitro. Pero tales sospechas, no pueden quedar en simples alegaciones que efectúe alguna de las partes, sino que deben ser justificadas, esto quiere decir, razonablemente comprobadas.

- 2.8) Acorde con ello, el Tribunal Constitucional Español, al analizar la imparcialidad del juzgador señala acertadamente:

“(…) Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas”- el subrayado es nuestro⁴.

- 2.9) Y respecto a la implicancia de una recusación motivada por una denuncia dicho Tribunal Constitucional en la misma sentencia expone:

“(…) Pasando al examen de la primera causa de recusación invocada, la de haber sido el Magistrado recusado denunciado por el actor (que, como hemos dicho, plantea una duda sobre la imparcialidad subjetiva de aquél), ya hemos señalado con anterioridad que, desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y que las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (STEDH caso Bulut, de 22 de febrero de 1996). El Tribunal Supremo, al abordar la causa de recusación, se ha limitado en el caso a aplicar su propia

⁴ Pleno del Tribunal Constitucional Español: Sentencia 69/2001, de 17 de marzo de 2001 - Recurso de amparo 3862/98.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49 2018-OSCE/DAR

jurisprudencia sobre la materia (STS de 25 de enero de 1958 y ATS de 4 de abril de 1997), la cual exige, para que pueda ser apreciada, que la denuncia contra el Juez sea anterior a la apertura del proceso penal y que los hechos que se imputan al recusado revistan caracteres de delito o falta, es decir, que la denuncia o querrela ofrezca garantías de veracidad y que haya sido admitida a trámite dando lugar al correspondiente proceso (...) –el subrayado es nuestro–.

2.10) En el ámbito del arbitraje FRANCISCO VICTORIA ANDREU indica:

(...) los árbitros gozan de una presunción de independencia hasta demostrar lo contrario en base a elementos ciertos y (...) comprobados, elementos que además deben constituir un riesgo claro y evidente para una de las partes –el subrayado es agregado– (Victoria-Andreu, 2010)⁵.

2.11) En ese sentido, conforme a las normas que regulan la actuación del Ministerio Público⁶ le corresponde a dicho Organismo “(...) la conducción de la investigación del delito y el ejercicio de la acción penal, lo que exige, además del conocimiento jurídico apropiado para la toma de decisión correspondiente: a) la búsqueda de los elementos probatorios vinculados con el hecho delictivo; y, b) la calificación jurídica de la denuncia e investigación” (Sánchez Velarde: 2009, 228)⁷.

2.12) En tal sentido, el hecho de que una de las partes denuncie penalmente ante el Ministerio Público a uno de los árbitros que conoce su causa, y poco tiempo

⁵ VICTORIA-ANDREU, FRANCISCO: “La independencia del árbitro: ¿Realidad o quimera?” (Comentario sobre el caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal S.A c. República de Argentina); Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional, La Habana, 24-26 Junio 2010; artículo publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/la-independencia-del-arbitro-realidad-o-quimera.html>.

⁶ Los artículo 11º y 12º del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público señala lo siguiente:
Artículo 11.-Titularidad de la acción penal del Ministerio Público
El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquéllos contra los cuales la ley la concede expresamente.

Artículo 12.-Trámite de la denuncia

La denuncia a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el Fiscal Provincial o ante el Fiscal Superior. Si éste lo estimase procedente instruirá al Fiscal Provincial para que la formalice ante el Juez Instructor competente. Si el Fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el Fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la Resolución denegatoria. Consentida la Resolución del Fiscal Provincial o con la decisión del Superior, en su caso, termina el procedimiento.

⁷ SÁNCHEZ VELARDE, PABLO: “Ministerio Público y el proceso penal en las sentencias del Tribunal Constitucional” ensayo publicado en LA REFORMA DEL DERECHO PENAL Y DEL DERECHO PROCESAL EN EL PERÚ - ANUARIO DE DERECHO PENAL 2009: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú – página 228.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49 2018-OSCE/DAR

después, le formule una recusación alegando la existencia de tal denuncia, no podría constituir por su solo mérito un supuesto de descalificación automática de dicho profesional, dado que sobre los aspectos materia de la denuncia recientemente se ha dispuesto una investigación preliminar a efectos de verificar si efectivamente han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad; en otras palabras, verificar si hay elementos que permitan determinar al Ministerio Público si debe formalizarse o no investigación preparatoria⁸. Por lo tanto, no hay un grado de convicción de que los hechos materia de investigación presenten garantías de veracidad al punto que sean susceptibles de afectar la independencia e imparcialidad del árbitro recusado.

- 2.13) *Por todo lo expuesto y considerando la presunción de inocencia que le asiste a todo ciudadano según nuestra Constitución Política del Perú de 1993⁹; podemos concluir que no se cuentan con elementos para evidenciar la existencia de dudas justificadas susceptibles de afectar los principios de independencia e imparcialidad de la función arbitral; razón por la cual la recusación sobre este extremo debe declararse infundada.*

Que, el literal m) del artículo 52º 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° 076-2016-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 corresponda, 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

⁸ En esa línea se encuentra el inciso 2 del artículo 330º del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957, que establece: “Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente”. También ello resulta concordante con lo expresado en el numeral IV de la Disposición N° 01 del 13 de diciembre de 2017.

⁹ Artículo 2º: Toda persona tiene derecho:

(...) 24) A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

e) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. (...)” sobre dichas imputaciones, hasta que no se demuestre lo contrario.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 49 2018-OSCE/DAR

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 Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873; su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF; 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° 028-2016-OSCE/PRE –normas aplicables al presente procedimiento de recusación, 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 el Gobierno Regional de Pasco contra el señor Dennis Ítalo Roldán Rodríguez, en atención a los hechos expuestos en el literal i) de la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Declarar **INFUNDADO** el procedimiento de recusación iniciado por el Gobierno Regional de Pasco contra el señor Dennis Ítalo Roldán Rodríguez, en atención a los hechos expuestos en el literal ii) de la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Tercero.- Notificar la presente Resolución a las partes, así como al árbitro recusado.

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

Artículo Quinto.- 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.



SASAÍAS REÁTEGUI RUIZ ELDREDGE
Director de Arbitraje (e)