



## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 122-2012 - OSCE/PRE

Jesús María,

10 MAYO 2012

**SUMILLA:** Si bien el árbitro recusado ha cumplido con su deber de revelación, la información proporcionada a las partes es valorada a la luz de los principios de independencia e imparcialidad que deben regir el proceso arbitral; producto de ese juicio de valor, puede darse que las partes exoneren al árbitro de una causal de recusación o, por el contrario, que una estime pertinente promover una recusación en su contra.

#### VISTOS:

La solicitud de recusación contra el abogado Luis Ricardo Gandolfo Cortés formulada por Provias Nacional (representada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones) con fecha 13 de mayo de 2011 (Expediente de Recusación N° R026-2011), el escrito presentado por el citado profesional y, el Informe N° 29-2012- DAA de fecha 27 de marzo del 2012, que contiene la opinión técnico-legal de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE;

#### CONSIDERANDO:

Que, con fecha 20 de setiembre de 2007, Provias Nacional (en adelante "la Entidad") y el Consorcio Obrainsa – SVC (en adelante "el Consorcio"), suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 173-2007-MTC/20 para la ejecución de la obra "Mantenimiento Periódico de la Carretera Puno-Desaguadero, Tramo Ilave-Desaguadero (Km. 1413+000-Km.1505+500)" (en adelante "el Contrato");

Que, el Consorcio inició el proceso arbitral a fin de solucionar las controversias que mantiene con la Entidad, para lo cual el 18 de mayo de 2009 se instaló el Tribunal Arbitral Ad Hoc presidido por la abogada Ana María Arrarte Arisnabarreta e integrado por los abogados Gonzalo García Calderón Moreyra y Víctor Palomino Ramírez;

Que, la abogada Ana María Arrarte Arisnabarreta, renunció al cargo de Presidenta del Tribunal Arbitral mediante carta de fecha 03 de marzo de 2011, por lo que mediante carta de fecha 15 de marzo de 2011, los demás miembros del colegiado designaron como Presidente al abogado Luis Ricardo Gandolfo Cortés, quien aceptó el cargo mediante carta del 18 de marzo de 2011, señalando no tener impedimento para arbitrar la controversia entre las mencionadas partes, con la precisión que hace aproximadamente 30 años se desempeña como Gerente Legal de la empresa Cesel S.A., adjuntando su declaración jurada. Además, precisó que Cesel S.A., no ha participado como proyectista ni como supervisor de la obra materia del Contrato;

Que, con fecha 13 de mayo de 2011, la Entidad formuló recusación contra el abogado Luis Ricardo Gandolfo Cortés, mediante escrito presentado ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE (en adelante "OSCE"), amparándose en las disposiciones contenidas en los artículos 28° y 29° del Decreto Legislativo N° 1071 y en el artículo 1° del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado;

<sup>1</sup> "(...) empresa consultora de ingeniería (...), que participa habitualmente, en forma individual o integrando consorcios, en los procesos de selección para la elaboración de estudios y para la supervisión de proyectos, que convocan distintas reparticiones de la administración Pública, entre ellas Provias Nacional, y que actualmente tiene en ejecución algunos contratos, como también ha tenido, tiene y podrá tener en el futuro no solo otros contratos sino también algunos procesos arbitrales y/o judiciales, entre otras, con esa misma dependencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones." – Cita textual de la carta de aceptación del abogado Luis Ricardo Gandolfo Cortés.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,  
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO  
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL  
QUE HE TENIDO A LA VISTA.  
REG. N° 083 2/6

11 MAY 2012

PATRICIA LANDIBULLÓN  
FEDATARIO - OSCE  
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Que, mediante carta de fecha 13 de junio de 2011, el abogado Luis Ricardo Gandolfo Cortés comunicó al OSCE su renuncia a la presidencia del Tribunal Arbitral;

a) **POSICIÓN DE LA PARTE RECUSANTE (PROVIAS NACIONAL):**

a.1. La recusación formulada por la Entidad se sustenta en que el árbitro Luis Ricardo Gandolfo Cortés habría vulnerado sus deberes arbitrales, en tanto no reveló su participación como abogado de parte en dos procesos arbitrales seguidos contra Provias Nacional, lo cual genera dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, los mismos que detalló de la siguiente forma:

N°	DMTE.	DMDO.	MATERIA	INSTANCIA	PARTICIPACIÓN
01	PROVIAS NACIONAL	Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. Consortio CESEL SAC.	Laudo Arbitral sobre ejecución de Obra N° 393-2005-MTC/20 "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera de la Carretera de la Carretera Abra Málaga-Alfamayo Tramo I: Abra Málaga-Carrizales	2° Sala Civil Sub Especializada Comercial de Lima Exp. 00546-2010	Abogado de la demandada.
02	PROVIAS NACIONAL	Empresa Cesel S.A. y otros	Indemnización por la suma de S/.296,379.95 más intereses legales, costas y costos	11° Juzgado Civil de Lima Exp. 2003-31186-0-0100-J-CI-11 6° Sala Civil de Lima Exp. 985-2010	Abogado de la demandada.

b) **Posición de la parte recusada:**

b.1. El recusado renunció al cargo de Presidente del Tribunal Arbitral, manifestando que la misma tiene como propósito no dilatar aún más el trámite del caso. Preciso que, al formular esta renuncia, deja constancia de que la causal invocada para la recusación resulta improcedente habida cuenta de que se circunscribe dentro de los asuntos que fueron oportunamente informados por el mismo al aceptar el encargo.

Que, habiéndose señalado las posiciones de los involucrados en la presente recusación, corresponde efectuar el análisis de sus alcances, en razón del marco legal aplicable y los aspectos relevantes:

1. El análisis legal de la presente recusación se realizará aplicando la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, así como las normas de derecho público y las demás de derecho privado, manteniendo este orden de preferencia en la aplicación del derecho.



## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 122-2012 - OSCE/PRE

2. El marco normativo aplicable al arbitraje, corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante "el Reglamento"), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto que norma el Arbitraje (en adelante "LA"), y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 05 de junio de 2008 (en adelante el "Código de Ética").
3. El convenio arbitral acordado por las partes es de derecho, ad hoc y nacional; por lo que las partes determinan libremente las reglas a las que se debe someter el Tribunal Arbitral, las mismas que en detalle constan en el acta de instalación correspondiente.
4. El aspecto relevante identificado en la presente recusación se resume en la siguiente interrogante:

¿El hecho de que el árbitro recusado se encuentre representando a una parte en un arbitraje en el que es contraparte PROVIAS NACIONAL, que es a su vez demandada en el proceso arbitral que deberá resolver el recusado - como Presidente del Tribunal Arbitral-, constituye elemento de juicio suficiente que genera dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad?:

1. Corresponde entonces analizar el aspecto relevante identificado, a partir de la valoración de la información obrante en el expediente de recusación y la aplicación de la normativa delimitada en el anterior acápite.

Establecido el marco normativo, son causales de recusación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 225° del Reglamento, las siguientes:

#### "Artículo 225° del Reglamento

Causales de recusación.- Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas: (...)

- 3) Quando existan 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. (el resaltado es nuestro)
2. El sustento legal en la recusación formulada por la Entidad se basa en el citado inciso 3) del artículo 225° del Reglamento, en cuanto que las circunstancias señaladas en el considerando quinto de la presente resolución, le generaría dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad. Asimismo, motiva su recurso en los artículos 28<sup>o</sup> y 29° de la "LA" y en el artículo 1° del Código de Ética.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Artículo 28°.- Motivos de abstención y de recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,  
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO  
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL  
QUE HE TENIDO A LA VISTA.  
REG. N° 083 4/6

11 MAY 2012

Patricia B

PATRICIA LANDI BULLÓN  
FEDATARIO - OSCE  
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

b.2. En tal sentido, habiéndose cuestionado la imparcialidad e independencia del árbitro, previamente cabe delimitar los alcances de dichos conceptos en la doctrina y en el marco legal aplicable. Al respecto GONZÁLES DE COSSÍO recoge a modo de resumen la posición de la doctrina mayoritaria, señalando lo siguiente:

"(...) es un requisito fundamental del arbitraje (...) el que los árbitros sean y permanezcan tanto "independientes" como "imparciales" (...) A primera vista, ambos términos podrían parecer intercambiables y, por ende, tautológicos. Podría pensarse que se refieren a un mismo tema: neutralidad. Sin embargo, tienen significados jurídicos distintos.

La doctrina y la jurisprudencia arbitral, si bien no en forma unánime, les ha dado un contenido que resumiría de la siguiente manera:

- **Independencia:** Es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. Se calificará de independiente a un árbitro que carezca de vínculos "próximos, sustanciales, recientes y probados" Claro que el quid reside precisamente en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un árbitros sea considerado como carente de independencia.
- **Imparcialidad:** Es un criterio subjetivo y difícil de verificar, que alude al 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. (...)

El tema de la independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros es de gran importancia en el arbitraje por la siguiente sencilla razón: el arbitraje se basa en la confianza. (...)"<sup>4</sup>

b.3. De lo verificado en la información proporcionada por la Entidad, se evidencia que el árbitro recusado al momento de su aceptación cumplió con informar que desde hace varios años es Gerente Legal de Cesel S.A., sobre la existencia de procesos judiciales y arbitrales entre dicha empresa con la Entidad y la no participación de Cesel S.A. en la obra materia de controversia.

No obstante, si bien ello demuestra que el árbitro recusado ha cumplido con su deber de revelación, la información proporcionada a las partes es valorada a la luz de los principios de independencia e imparcialidad que deben regir el proceso arbitral; producto de ese juicio de valor, puede darse que las partes exoneren al árbitro de una causal de recusación o, por el contrario, que una estime pertinente promover una recusación en su contra.

2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.

4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.

<sup>3</sup> Artículo 1°.- Alcances

El presente Código establece las reglas de ética a ser cumplidas en los arbitrajes sometidos al Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE y en los arbitrajes Ad Hoc que se encuentren bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. El CONSUCODE cuenta con las atribuciones institucionales necesarias para garantizar su cumplimiento, aplicar las sanciones que resulten pertinentes y publicar las decisiones adoptadas.

<sup>4</sup> Cfr. GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco, "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros", en [www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx). Pp. 2-3.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,  
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO  
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL  
QUE HE TENIDO A LA VISTA. 063 5/6

11 MAY 2012

PATRICIA LANDI BULLÓN  
FEDATARIO - OSCE  
Reg. N° 079 - 2012 - OSCE/PRE

## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 122-2012 - OSCE/PRE

b.4. En el presente caso, la Entidad ha señalado que la participación del abogado Luis Ricardo Gandolfo Cortés como representante legal de la citada empresa, constituyen elementos que motivan suspicacias en torno a su imparcialidad como árbitro; es decir, la defensa que el árbitro recusado ejerce respecto de los intereses de su representada - en contraposición con los de la Entidad - en otros procesos arbitrales, permite inferir que en dicho profesional podría existir un juicio de valor previo sobre la conducta procesal, argumentos y demás elementos de la Entidad en el presente arbitraje.

b.5. Por tal motivo, la situación descrita (que no fue exonerada por la Entidad como una causal de recusación pese a haber sido declarada) compromete la percepción que la Entidad tiene sobre la imparcialidad del árbitro. No obstante, es importante el hecho que el abogado Luis Ricardo Gandolfo Cortés presentó su renuncia al cargo de Presidente del Tribunal Arbitral el 03 de junio de 2011, antes que le fuera notificada formalmente la recusación por parte del OSCE. Dicha renuncia debe ser entendida, según lo dispuesto en el inciso 5) del artículo 29° de la "LA", en el sentido que no se considera como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados.

b.6. En vista de la renuncia citada, debemos considerar que el caso de autos es un procedimiento administrativo regulado "prima facie" por las Normas de Contrataciones del Estado, y supletoriamente por las normas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y tener presente lo dispuesto en el artículo 186<sup>5</sup> de la citada Ley, respecto a la conclusión de un procedimiento por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo.

b.7. En consecuencia, la presentación de la renuncia del árbitro recusado es una causa sobrevenida que impide la continuación del procedimiento, por lo que corresponde declarar su conclusión;

Que, el inciso h) del artículo 58° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, concordante con el literal h) del artículo 5° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, señala como una función del OSCE designar árbitros y resolver recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento de la citada Ley;

Que, de acuerdo con el literal q) del artículo 11° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, es atribución del Presidente Ejecutivo resolver las recusaciones interpuestas contra conciliadores o árbitros, de conformidad con la normativa de contrataciones con el Estado;

<sup>5</sup> "Artículo 186°.- Fin del procedimiento

186.1 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 inciso 4) del artículo 188, 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.

186.2 También pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo." (El resaltado es nuestro)

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,  
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO  
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL  
QUE HE TENIDO A LA VISTA.  
REG. N° 083 616

11 MAY 2012

*Handwritten signature*

PATRICIA LANDI BULLÓN  
FEDATARIO - OSCE  
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Estando a lo expuesto, y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE; y con el visado de la Dirección de Arbitraje Administrativo y la Oficina de Asesoría Jurídica;

**SE RESUELVE:**

**Artículo Primero.** Dar por concluido el procedimiento administrativo de recusación iniciado por Provias Nacional, a través de la Procuraduría del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, contra el abogado Luis Ricardo Gandolfo Cortés, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

**Artículo Segundo.** Notificar la presente Resolución a las partes, así como al árbitro recusado.

**Artículo Tercero.** Publicar la presente Resolución en la página web del OSCE.

Regístrese, comuníquese y archívese.



*Handwritten signature*  
**MAGALLROJAS DELGADO**  
Presidenta Ejecutiva

