



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 183 112

05 JUL 2012

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 181-2012 - OSCE/PRE

Jesús María, 05 JUL. 2012

SUMILLA: No constituye causal de recusación "per se" la posibilidad que tiene un árbitro de emitir un laudo o un voto particular, a través del cual se pronuncie sobre un asunto en específico o resuelva la controversia de forma contraria a los intereses de una de las partes, en tanto ello es producto del ejercicio de una atribución competencial, inherente a la autonomía de juicio y valor que tiene un árbitro; de igual manera, se encuentra dentro del ámbito de dicha atribución competencial, el criterio jurídico que aplique el árbitro en la evaluación, análisis y resolución de la controversia.

Existen dos (2) formas de acreditar las especializaciones señaladas en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, para el ejercicio de los cargos de árbitro único o presidente de Tribunal Arbitral. La primera está relacionada a la acreditación del grado de formación académica o instrucción que ostenta el profesional sobre la materia determinada, grados obtenidos como consecuencia de haber cursado y aprobado programas de estudio o cursos de especialización; éstos últimos deben ser entendidos según lo dispuesto en el artículo 93° de la Ley N° 23733, Ley Universitaria. La otra manera está relacionada con la acreditación de información o elementos de valor que evidencien un alto grado de conocimiento y dominio de la materia o tema, en razón a la práctica reiterada en el tiempo de actividades, cuya realización permiten adquirir experiencia verificable y calificable. Estas dos formas no se agotan necesariamente de modo concurrente, ello dependerá del caso en particular.

VISTOS:

La solicitud de recusación del 24 de octubre de 2011, formulada por el Consorcio JOCA CEDOSAC contra los abogados Gonzalo García Calderón Moreyra y Jaime Alejandro Gray Chicchón, (Expediente de Recusación N° R058-2011), los escritos presentados por los citados profesionales y el Informe N° 33-2012- DAA de fecha 18 de abril 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, el 06 de noviembre de 2009, la Dirección General de Infraestructura del Instituto Nacional Penitenciario-INPE (en adelante "la Entidad") y el Consorcio JOCA CEDOSAC, conformado por las empresas Joca Ingeniería y Construcciones S.A., y la Corporación Ejecutora de Obras S.A.C., (en adelante "el Consorcio") suscribieron el Contrato N° CI-038-2009-INPE-DGI (en adelante "el Contrato"), para la Ejecución de la Obra: "Construcción del Nuevo Establecimiento Penitenciario de Chincha";

Que, el 25 de marzo de 2010, la Entidad a través de la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Justicia, inició un proceso arbitral (Expediente S022-2010) bajo la organización y administración del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (en adelante "SNA-OSCE"), interponiendo demanda arbitral contra el Consorcio y designando como miembro del Tribunal Arbitral, al abogado Jaime Alejandro Gray Chicchón;

Que, el 06 de mayo de 2010, el Consorcio procede a absolver la demanda arbitral y designa como miembro del Tribunal Arbitral, al abogado Alberto Antonio Martín Loayza Lazo;

Que, el 01 de octubre de 2010, los árbitros citados, designan como Presidente del Tribunal Arbitral, al abogado Julio Martín Lazo Picardo;



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA. 2/12
 REG. N° 183
 05 JUL 2012
 PATRICIA LANDI BULLÓN
 FEDATARIO - OSCE
 Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Que, tomando en cuenta de las renunciaciones formuladas por los árbitros Alberto Antonio Martín Loayza Lazo y Julio Martín Lazo Picardo, como consecuencia de una primera recusación formulada en su contra, el Tribunal Arbitral se recompuso de la siguiente manera:

Cuadro de Composición del Tribunal Arbitral SNA

Nombre	Tribunal Arbitral	Designación	Profesión
Gonzalo García Calderón Moreyra	Presidente	Designado por los árbitros de parte	Abogado
Daniel Linares Prado	Árbitro de Parte	Designado por el Consorcio JOCA CEDOSAC	Abogado
Jaime Alejandro Gray Chicchón	Árbitro de Parte	Designado por la Dirección General de Infraestructura-INPE	Abogado

Que, el 24 de octubre de 2011, el Consorcio formuló recusación contra el Presidente del Tribunal Arbitral, abogado Gonzalo García Calderón Moreyra, y el árbitro de parte, abogado Jaime Alejandro Gray Chicchón, señalando que a su criterio existen dudas justificadas respecto a la imparcialidad de éstos y el incumplimiento del deber de información por circunstancias sobrevinientes, de conformidad con el tercer párrafo del artículo 37° del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje, aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE;

Que, habiéndose corrido traslado de la recusación formulada, el abogado Gonzalo García Calderón Moreyra absuelve ésta el 29 de noviembre de 2011, formulando sus descargos. Asimismo, el 02 de diciembre del 2011, lo hace el abogado Jaime Alejandro Gray Chicchón y la Entidad;

Que, mediante escrito del 01 de diciembre de 2011, el Consorcio presenta información complementaria sobre la recusación formulada en contra del abogado Gonzalo García Calderón Moreyra;

Que, mediante Oficio N° 460-2012-DAA-OSCE del 18 de enero de 2012, notificado el 23 de enero de 2012, el OSCE solicitó al abogado Jaime Alejandro Gray Chicchón remitir sus cartas de aceptación de los expedientes arbitrales: S022-2010, S093-2010 y S094-2010, las mismas que fueron presentadas el fecha 27 de enero de 2012;

a) POSICIÓN DE LA PARTE RECUSANTE (CONSORCIO JOCA CEDOSAC):

Que, la recusación formulada por el Consorcio se sustenta en los siguientes argumentos:

- i) Los árbitros habrían efectuado, a criterio de la recusante, una interpretación errada e ilegal del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al haberse pronunciado en un Laudo Arbitral (dentro de un arbitraje concluido entre las mismas partes (S093-2010)¹) relacionado con controversias surgidas también del contrato materia de litis,

¹ Se refiere al arbitraje ad hoc seguido entre la Dirección General de Infraestructura del Instituto Nacional Penitenciario-INPE y el Consorcio JOCA CEDOSAC, a cargo del Tribunal Arbitral conformado por los abogados Jaime Alejandro Gray Chicchón (designado por la Entidad), Fernando Málaga Checa (designado por el Consorcio) y Gonzalo García Calderón Moreyra (designado por los miembros del Tribunal Arbitral). Cabe precisar que el referido arbitraje (Expediente S093-2010) se encontró administrado por el OSCE y posteriormente se convirtió en un arbitraje ad hoc, designándose como secretario arbitral al señor Alberto Molero Rentería.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA. 3/12
REG. N° 185
05 JUL 2012
PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049-2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 181-2012 - OSCE/PRE

hecho que constituye un impedimento para que dichos profesionales conozcan las materias del presente arbitraje (S22-2010), causando dudas razonables respecto a su imparcialidad.

- ii) El supuesto incumplimiento del deber de información por parte de los árbitros recusados, previsto en el tercer párrafo del artículo 37° del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje², al no informar sobre los hechos antes indicados (lo que constituiría una falta grave que ameritaría que no sigan conociendo del arbitraje en curso).
- iii) El abogado Gonzalo García Calderón Moreyra, no cumpliría con el requisito de especialidad en materia de contrataciones con el Estado previsto por el marco legal para ejercer la función arbitral;

b) POSICIÓN DE LA PARTE RECUSADA (DESCARGOS PRESENTADOS POR LOS ÁRBITROS:

Que, el abogado Gonzalo García Calderón Moreyra efectúa los siguientes descargos:

- i) Con relación a la duda sobre su imparcialidad, señala que los argumentos de la recusación no encajan con las causales previstas en el artículo 225° del Reglamento, en tanto el sustento al que hace referencia el Consorcio implica la propia facultad de los árbitros para analizar, valorar y resolver la controversia en función de los hechos y del derecho aplicable, no demostrándose ningún hecho o indicio razonable que evidenciara una afectación a su independencia e imparcialidad.
- ii) Sobre su supuesta falta de especialidad para el ejercicio de la función arbitral, señala que resulta impreciso lo alegado por la recusante, en cuanto ha venido desempeñándose en el cargo de árbitro, indistintamente como árbitro de parte, árbitro único y/o presidente de Tribunal Arbitral, desde el año 2003, habiendo participado en un número significativo en procesos arbitrales en materia de contratación pública, como en otras disciplinas; asimismo, señala que ha participado como expositor en eventos, cursos, diplomados y seminarios, en donde ha debatido y expuesto temas relativos al arbitraje con el Estado. Manifiesta que su experiencia y especialización en la materia también se encuentra acreditada en los diversos artículos que ha publicado. Finalmente, adjunta a sus descargos copia de algunos documentos que sustentan lo antes mencionado;

Que, por su parte, el abogado Jaime Alejandro Gray Chicchón efectúa los siguientes descargos:

- i) Con relación a la duda sobre su imparcialidad, señala que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 1071 que Norma el Arbitraje, las decisiones del Tribunal Arbitral emitidas durante el proceso arbitral no pueden ser objeto de recusación, la falta de motivación o cualquier vicio que las partes aleguen en un arbitraje no

² El referido artículo en su parte pertinente señala: "(...) los árbitros tienen la obligación de informar en cualquier estado del arbitraje y sin demora cualquier tipo de circunstancia sobreviniente que puedan dar lugar a una posible recusación o de incompatibilidad para ejercer el cargo (...)".





configura duda razonable sobre la imparcialidad o independencia del árbitro que dé lugar a una recusación. En dicho supuesto, lo que hubiese correspondido es interponer un recurso de amulación o una demanda de amparo - según la causal que se alegue -, de acuerdo al citado Decreto Legislativo N° 1071 y a los precedentes vinculantes establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC.

- ii) En cuanto al incumplimiento del deber de información indicado por el Consorcio, el árbitro recusado señala que ese extremo de la recusación es ambiguo y lato, toda vez que no precisa qué hechos exactamente implican una vulneración del deber de revelación; por otro lado, manifiesta que el Consorcio tenía pleno conocimiento de su actuación como árbitro en los tres arbitrajes anteriores y del Laudo Arbitral emitido con fecha 19 de setiembre de 2011; por tanto, no incumplió con su deber de revelación.
- iii) Finalmente, el árbitro recusado considera que su conducta no ha sido en absoluto parcializada o dependiente, por lo que considera que el Consorcio no ha cumplido con acreditar las supuestas causales que sustentaría la recusación;

c) **POSICIÓN DE LA CONTRAPARTE EN EL ARBITRAJE (DIRECCIÓN GENERAL DE INFRAESTRUCTURA DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO - INPE):**

Que, la Entidad manifiesta su oposición a la recusación, solicitando que se declare infundada y se condene al recusante a las sanciones pecuniarias señaladas en el artículo 40° del Reglamento del SNA, de acuerdo a lo siguiente:

- i) La causal alegada por el Consorcio no se encuentra enmarcada dentro del ámbito normativo del presente arbitraje e indica que de conformidad con el numeral 5) del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 1071³, la emisión del Laudo Arbitral, que fuera consentido por el Consorcio, no constituye una causal de recusación, al ser una decisión de los árbitros.
- ii) El Consorcio ha omitido señalar en su recusación qué es lo que no se habría informado respecto de lo alegado sobre el incumplimiento del deber de revelación.
- iii) No corresponde a la Entidad demostrar la experiencia del abogado Gonzalo García Calderón Moreyra, sin embargo deja constancia que el Consorcio - en el numeral 10 de su escrito de fecha 21 de octubre de 2011 - ha reconocido la experiencia del citado profesional⁴.

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:

³ La parte pertinente del numeral 5) del artículo 29° de la Ley de Arbitraje señala: "(...) no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales (...)".

⁴ La parte del escrito del Consorcio señalada por la Entidad es la siguiente: "(...) Cabe precisar que la duda razonable a que hacemos referencia, no surge por el hecho de que los doctores Gonzalo García Calderón Moreyra y Jaime Alejandro Gray Chicchón no hayan amparado nuestra pretensión, sino que surge porque se valieron de un [sic] interpretación contraria a derecho para ello, siendo que existe la siguiente duda: ¿Cuál fue la motivación de los árbitros para emitir este tipo de pronunciamiento?, sobre todo teniendo en cuenta la experiencia de ambos en materia de contrataciones; por lo que resulta razonable presumir que se debe a que los árbitros no han actuado con imparcialidad, situación que se puede ver repetida en este arbitraje si tales profesionales no son separados de este proceso. (...)".



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 181-2012-OSCE/PRE

1. El análisis legal de la presente recusación se realizará aplicando la normativa de contrataciones con el Estado, así como las normas de derecho público y las demás de derecho privado, manteniendo este orden de preferencia en la aplicación del derecho.
2. El arbitraje, según el convenio arbitral contenido en la cláusula vigésimo tercera del Contrato, es de derecho, institucional, bajo la administración y organización del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, por lo que las partes se han sometido a las reglas señaladas en el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje, aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE.
3. En ese sentido, el marco normativo aplicable al presente arbitraje está conformado por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante "la Ley"), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante "el Reglamento"), el TUO del Reglamento del SNA-OSCE, aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE (en adelante "el Reglamento SNA-OSCE"), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo 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 (en adelante el "Código de Ética").
4. Los aspectos relevantes identificados en la presente recusación son las siguientes:
 - (i) Determinar si la decisión arbitral adoptada por los abogados Gonzalo García Calderón Moreyra y Jaime Alejandro Gray Chicchón al resolver otro arbitraje (en donde intervinieron las mismas partes en una controversia derivada del mismo contrato), constituye un hecho que genera dudas justificadas sobre su imparcialidad en el proceso arbitral.
 - i.1. Son causales de recusación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 37° del Reglamento del SNA-OSCE, las siguientes:

"Artículo 37° del Reglamento del SNA-OSCE

La recusación contra un árbitro podrá ser formulada por la parte interesada, siempre que se trate de causal comprendida en el marco normativo⁵ del SNCA-CONSUCODE o cuando existan circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. Constituye también causal de recusación la participación como co-árbitro con el abogado de una de las partes en otro arbitraje en curso o que haya sido laudado en los últimos seis meses así como la participación como abogado en un arbitraje en curso o que haya sido laudado en los últimos seis meses en el que es o ha sido árbitro el abogado de una las partes. En

⁵ "Artículo 5° del Reglamento del SNA-OSCE. Estructura normativa

La estructura normativa del SNCA-CONSUCODE es la siguiente:

- a. La legislación especializada sobre contrataciones y adquisiciones del Estado.
- b. Las legislaciones especializadas sobre conciliación y arbitraje vigentes al momento de la aplicación de este Reglamento.
- c. Las Resoluciones y Directivas del CONSUCODE sobre la materia.
- d. El presente Reglamento.
- e. El convenio arbitral suscrito entre las partes."

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

REG. N° 183

6/12

05 JUL 2012

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

estos casos, la Secretaría del SNCA-CONSUCODE comunicará a las partes si los árbitros se encuentran incursos en esta causal de acuerdo a la información institucional que maneje.

(...)

Los árbitros tienen la obligación de informar en cualquier estado del arbitraje y sin demora cualquier tipo de circunstancias sobrevinientes que puedan dar lugar a una posible recusación o de incompatibilidad para ejercer el cargo. (...)

- i.2. El sustento legal de la recusación se basa en la existencia de dudas justificadas sobre la imparcialidad de los árbitros, en atención a su participación en un arbitraje anterior, con las mismas partes y la misma fuente de controversia (Contrato), habiendo un pronunciamiento en mayoría contrario a los intereses del Consorcio, como consecuencia de un supuesto error interpretativo y aplicativo del artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- i.3. Cabe entonces delimitar los conceptos de independencia e imparcialidad. GONZÁLES DE COSSÍO recoge, a modo de resumen, la posición de la doctrina mayoritaria, señalando que:

"(...) 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. (...)"⁶.

FLORES RUEDA indica que los términos "imparcialidad" e "independencia" no están definidos por las leyes, ni por los reglamentos de arbitraje, debido a que las causas que afectan a la imparcialidad de los árbitros, son muy variadas y dependen de las circunstancias particulares de cada caso⁷. Mientras JIJÓN LETORT precisa que estas nociones han sido acogidas por la doctrina, la cual es unánime al señalar que la independencia posee un criterio objetivo, mientras que la imparcialidad posee un criterio subjetivo.⁸

- i.4. De lo verificado en la información proporcionada por la recusante y tomando en cuenta las consideraciones doctrinarias antes citadas, no se evidencia elementos de juicio objetivos de los que se infiera una relación de dependencia o una orientación subjetiva en la conducción del proceso a favor de la Entidad, que eventualmente puedan traducirse en un riesgo potencial que afecte la neutralidad de los árbitros en la resolución de la controversia. El

⁶ Cfr. GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco, "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros", en www.gdca.com.mx. Pp. 2-3.

⁷ Cfr. FLORES RUEDA, Cecilia. "El trato igual y la plena oportunidad de hacer valer los derechos: Regla fundamental en el arbitraje" en *El Arbitraje en el Perú y el Mundo I*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008. pp. 311.

⁸ Cfr. JIJÓN LETORT, Rodrigo, "Independencia de los árbitros", en *El Arbitraje en el Perú y el Mundo I*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008. pp. 357-359.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 183 7/12

05 JUL 2012
Patricia B

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 181-2012-OSCE/PRE

Consortio ha asumido "a priori" que los árbitros recusados emitirán un laudo desfavorable a sus intereses, teniendo en cuenta los cuestionamientos que efectuara a la posición asumida en el laudo que corresponde a un anterior proceso arbitral (S093-2010), sin embargo ello no es suficiente para ciertamente evidenciar una potencial afectación a su imparcialidad.

A lo anterior, resulta pertinente agregar que el cuestionamiento a la imparcialidad de los árbitros recusados se relativiza en el presente caso, en tanto los mismos integran un Tribunal Arbitral distinto al que resolvió la controversia en el otro proceso arbitral.

- i.5. El cuestionamiento efectuado por el Consortio respecto a la imparcialidad de los árbitros recusados no sólo se centra en la eventualidad de que éstos emitan un fallo contrario a sus intereses, en atención a los antecedentes explicados por dicha parte, sino también en la eventual situación de que los mismos efectúen una aplicación indebida del derecho, cuestionando de antemano la capacidad decisoria de los árbitros.

Los límites para la valoración del incumplimiento de los deberes arbitrales de independencia e imparcialidad deben ser entendidos, a su vez, de acuerdo con las restricciones establecidas por el marco normativo. En ese sentido, en el numeral 5) del artículo 29° de la "LA" se establece con claridad que no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

Siendo ello así, no constituye causal de recusación "per se" la posibilidad que tiene un árbitro de emitir un laudo o un voto particular, a través del cual se pronuncie sobre un asunto en específico o resuelva la controversia de forma contraria a los intereses de una de las partes, en tanto ello es producto del ejercicio de una atribución competencial inherente a la autonomía de juicio y valor de la que goza. De igual manera, se encuentra dentro del ámbito de dicha atribución competencial, el criterio jurídico que aplique el árbitro en la evaluación, análisis y resolución de la controversia, el cual deberá ajustarse al orden público y marco legal aplicable.

Por tanto, debe desestimarse la recusación en este extremo, por cuanto no es la vía idónea para resolver los cuestionamientos que se formulen sobre decisiones arbitrales, más aún cuando lo que se cuestiona es el ejercicio de la autonomía decisoria del árbitro.

- ii) **Determinar si se incumplió el deber de información previsto en el tercer párrafo del artículo 37° del Reglamento del SNA-OSCE, al no informarse en el arbitraje del que deriva la presente recusación (S22-2010) sobre el criterio interpretativo y aplicativo que se empleó respecto al artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en la decisión arbitral adoptada en otro proceso arbitral (S93-2010).**

- ii.1. Resulta pertinente precisar los alcances del deber de revelación. JIJÓN LETORT comenta que, para asegurar que los árbitros actúen con independencia e imparcialidad y que las partes puedan percibir ello, las leyes y reglas de arbitraje imponen una serie de obligaciones a los árbitros, entre las cuales destaca como la más importante el deber de información y revelación a favor de las partes. Señala lo siguiente:

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.
 REG. N° 133 8/12
 05 JUL 2012
 Patricia Bullón
 PATRICIA LANDI BULLÓN
 FEDATARIO - OSCE
 Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

"(...) Estas imposiciones se deben a que (...) no es suficiente que el árbitro sea independiente e imparcial, sino que esa sea la percepción que de él tengan las partes y la comunidad arbitral. (...) la revelación de un hecho por parte de un árbitro lo inmuniza frente a posibles reclamos de las partes por falta de independencia e imparcialidad derivados de ese hecho. Tampoco se espera que el árbitro deba informar toda relación indirecta o irrelevante. La entrega de información irrelevante no solo demora el proceso arbitral sino que por irrelevante que sea la información, puede sembrar, en la otra parte, dudas innecesarias sobre la independencia del árbitro. (...)"⁹

Por su parte, REDFERN indica sobre el deber de revelación lo siguiente:

"(...) la persona que es contactada por una de las partes para desempeñarse como árbitro designado por ésta habitualmente le revelará los hechos pertinentes a la partes en cuestión en primera instancia y de manera informal. Si las circunstancias reveladas no generan motivo de inquietud ya sea para el posible árbitro o la parte que vaya a designarlo, el candidato acepta la nominación y les comunica formalmente y por escrito a ambas partes los hechos pertinentes cuando por su naturaleza corresponda revelarlos por considerarse que "a los ojos" de la otra parte podrían generar dudas respecto de la independencia e imparcialidad del futuro árbitro. Por ende en este contexto existe una diferencia sutil entre el criterio objetivo que consiste en determinar si los hechos pertinentes generarían dudas a los ojos de un tercero razonable, y el criterio subjetivo, que busca establecer si generarían dudas a los ojos de las partes enfrentadas en la controversia específica (...)"¹⁰

Respecto al propósito que procura el deber de revelación, es pertinente traer a colación de manera referencial lo indicado en el literal b) de la Nota Explicativa sobre la Norma General 3 (Revelaciones del Árbitro) de las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, donde se señala que:

"(...) El propósito de revelar algún hecho o circunstancia es para permitir a las partes juzgar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del árbitro y, si así lo estiman necesario, para que puedan averiguar más sobre el asunto."¹¹

Adicionalmente, también, resulta ilustrativa la referencia que realiza FERNÁNDEZ ROSAS sobre la práctica española en cuanto al deber de revelación arbitral, citando la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid en el asunto Skoda Power SA/Abener Energía- El Sauz SA de C.V.:

"(...) deber de imparcialidad e independencia, revelar a las partes y a la Secretaría de la Corte, aquellos hechos o circunstancias que surjan durante la tramitación del arbitraje, y puedan afectar esa independencia o imparcialidad, lo que lleva a examinar hasta donde se extiende ese deber de información o revelación por parte del árbitro, debiendo proceder en su caso a comunicar todas aquellas circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre esa imparcialidad dudas que puedan surgir no sólo en el árbitro desde un punto de vista subjetivo, sino también desde un punto de vista objetivo que pueda llevar a las partes a poner en duda esa imparcialidad o independencia"¹²

ii.2. En atención a todos los criterios anteriormente expuestos, podemos indicar que el alcance del deber de revelación por parte de los árbitros se puede enfocar a nivel de dos (2) planos:

⁹ JIJÓN LETORT, Rodrigo, "Independencia de los árbitros", en *El Arbitraje en el Perú y el Mundo 1*, Lima, 2008, Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 357-359.

¹⁰ REDFERN, Alan y otros. *Op. Cit.* P. 309.

¹¹ Texto publicado en http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

¹² FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos. "Contenido Ético del Oficio de Arbitro". Ponencia del Congreso Arbitraje de La Habana 2010 (Ver en: <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>)



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 181 - 2012 - OSCE/PRE

- a) **Subjetivo:** previo a la declaración efectiva, donde el árbitro debe ponderar circunstancias relevantes que pueden generar dudas de su imparcialidad o independencia a las partes del proceso; y
- b) **Objetivo:** cuando dichas circunstancias son reveladas, se relaciona al propósito mismo del deber de información, para que las partes emitan un juicio de calificación, efectúen averiguaciones y/o eventualmente procedan con la dispensa o la recusación.

ii.3. En el presente caso, el Consorcio ha cuestionado que no se haya informado sobre una presunta interpretación errada e ilegal contenida en un laudo emitido en el proceso arbitral S093-2010, seguido ante el OSCE entre las mismas partes y derivado del mismo contrato. Cabe señalar que desde un punto vista subjetivo, no era razonable habersele exigido a los árbitros recusados revelar una circunstancia de tal naturaleza porque el sentido y valoración de su pronunciamiento resultaban inherentes a una decisión arbitral que no podía enervarse vía recusación.

ii.4. Asimismo, desde un punto de vista objetivo, tampoco era razonable exigir la revelación de estos hechos a los árbitros, puesto que la no revelación de una decisión arbitral previamente emitida no constituye "per se" una causal de recusación, decisión que era de conocimiento de las partes.

ii.5. Por lo antes señalado, la recusación formulada por el Consorcio, en torno al supuesto incumplimiento del deber de declaración carece de fundamentos suficientes y, por lo tanto, debe ser declarada infundada.

iii) **Determinar si el abogado Gonzalo García Calderón Moreyra cumple con la especialidad en materia de contrataciones del Estado requerida por el artículo 52° de la Ley para el ejercicio de la función arbitral y, por ende estaría incurso en una causal de recusación.**

iii.1. Se alega una supuesta falta de especialización del abogado Gonzalo García Calderón Moreyra en materia de contrataciones del Estado, con lo cual no reuniría uno de los requisitos previstos por el artículo 52° de la Ley para poder ejercer la función arbitral, (específicamente el cargo de Presidente del Tribunal Arbitral).

El artículo 52° citado establece que:

"(...) El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones del Estado (...)" (el resaltado es nuestro)

Corresponde entonces precisar los alcances del marco citado (ratio legis). Así puede establecerse que existen dos (2) formas de acreditar la especialización en una materia o tema:

- a) A través del grado de formación académica o instrucción que ostenta el profesional sobre una determinada materia, obtenido como consecuencia de haber cursado y

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA. 10/12
REG. N° 183

05 JUL 2012

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

aprobado programas de estudio o cursos de especialización, los que deben ser entendidos según lo dispuesto en el artículo 93¹³ de la Ley N° 23733, Ley Universitaria, que establece que los estudios de post-grado y de segunda especialización son solo aquellos que como tales son organizados por las Universidades¹⁴, siendo las únicas con competencia legal para emitir los títulos, las certificaciones o menciones correspondientes.

En ese sentido, no cualquier estudio o curso puede otorgar el grado de especialista en un tema específico o materia determinada, en tanto sólo se podrá obtener el título o ser certificado como tal como consecuencia de haber cursado y aprobado programas de estudio o cursos de especialización organizados por una Universidad o, por ende, la Escuela de Post-grado de una Universidad; y

- b) A través del "expertise" o conocimientos altamente calificados obtenidos por la práctica reiterada del tema o materia en el tiempo. Así, en más de un pronunciamiento, el OSCE ha establecido el alcance que tiene la experiencia. Por ejemplo, en el Pronunciamiento N° 074-2011-DSU de fecha 01 de diciembre de 2011, a través de su Dirección de Supervisión y, define a la experiencia:

"(...) la experiencia es entendida como la destreza adquirida por la práctica reiterada de una conducta durante un periodo determinado, siendo que en el caso de los profesionales propuestos la experiencia se adquiere por los trabajos efectivamente ejecutados y culminados en cierto periodo. (...)"

En ese sentido, se considera que puede acreditarse la especialización sobre un tema o materia determinada a través de información o elementos de valor que evidencien un alto grado de conocimiento y dominio de dicha materia o tema, en razón a la práctica reiterada en el tiempo de actividades cuya realización permiten adquirir experiencia verificable y calificable¹⁵.

- iii.2. Teniendo en cuenta lo señalado, y verificada la información proporcionada por el abogado Gonzalo García Calderón Moreyra (tanto en sus descargos como en su legajo de miembro del Registro de Árbitros del OSCE), se aprecia que acredita experiencia comprobable en materia de contrataciones del Estado, habiendo participado desde el año 2009 en aproximadamente más de sesenta (60) procesos arbitrales en la materia y emitido un número similar de laudos¹⁶.

13 "CAPÍTULO XIV - DE LOS ESTUDIOS DE POST-GRADO Y DE SEGUNDA ESPECIALIZACIÓN.

Artículo 93°.- Solo las Universidades organizan estudios de postgrado académico en la forma prevista en el artículo 13. Igualmente pueden ofrecer estudios de segunda y ulterior especialidad profesional para los titulados en ellas, los que dan lugar a los títulos o a las certificaciones o menciones respectivas. (...)"

14 Artículo 13°.- La Universidad que dispone de los docentes, instalaciones y servicios necesarios, puede organizar una Escuela de Postgrado o secciones de igual carácter en una o más Facultades, destinados a la formación de docentes universitarios, especialistas e investigadores. Sus estudios conducen a los grados de maestro y de Doctor. (...)" (el resaltado es nuestro)

15 Este criterio ha sido acogido también en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA del OSCE vigente, en tanto establece como requisitos para la procedencia de la inscripción de profesionales en el Registro de Árbitros del OSCE, la acreditación de experiencia en alguna de las ramas exigidas por la ley para el ejercicio de la función arbitral.

16 Cabe precisar que no toda la información obrante en los legajos de los miembros del Registro de Árbitros del OSCE se encuentra publicada en la Web, en tanto las fichas de publicación se encuentran acondicionada a un formato que sintetiza la información más relevante.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL.
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N°183..... 11/12

05 JUL 2012
Patricia B

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 181 - 2012 - OSCE/PRE

iv) **Determinar si es posible resolver la aplicación de una sanción pecuniaria al Consorcio de conformidad con el artículo 40° del Reglamento del SNA-OSCE, como parte de la resolución de la presente recusación.**

iv.1. *La Entidad ha solicitado que se condene al recusante a las sanciones pecuniarias señaladas en el artículo 40° del Reglamento del SNA. Sobre este aspecto, al tratarse de un arbitraje institucional organizado y administrado bajo el SNA-OSCE, ésta decisión, de acuerdo con el marco legal aplicable, es de competencia del Colegio de Arbitraje Administrativo, de conformidad al citado artículo 40° concordado con la parte final del literal d) del artículo 8° del Reglamento del SNA-OSCE. En ese sentido, sin tener la competencia expresamente atribuida, mediante la presente resolución no puede resolverse este aspecto;*

*Que, por lo señalado y tomando en consideración el análisis de fondo y forma efectuado, corresponde declarar **INFUNDADA** la recusación interpuesta por el Consorcio JOCA CEDOSAC contra los abogados Gonzalo García Calderón Moreyra y Jaime Alejandro Gray Chicchón, miembros del Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias sometidas al presente arbitraje por el Consorcio y la Dirección General de Infraestructura del Instituto Nacional Penitenciario - INPE;*

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;

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 los miembros del Colegio de Arbitraje Administrativo;

SE RESUELVE:

Artículo Primero. *Declarar **INFUNDADA** la recusación interpuesta por el Consorcio JOCA CEDOSAC contra los abogados Gonzalo García Calderón Moreyra y Jaime Alejandro Gray Chicchón, miembros del Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias sometidas al presente arbitraje por el Consorcio y la Dirección General de Infraestructura del Instituto Nacional Penitenciario - INPE, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.*

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 183

05 JUL 2012

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

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 183 12/12

05 JUL 2012
Patricia B

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



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.



[Signature]
MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva

