



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 264-2012 - OSCE/PRE

Jesús María,

07 SET. 2012

SUMILLA:

El convenio arbitral constituye el punto de partida, la referencia inicial, el aspecto mínimo que las partes han acordado para la futura solución de sus controversias.

VISTOS:

La solicitud de recusación del 11 de mayo de 2012, formulada por la Municipalidad Distrital de Canoas de Punta Sal (Expediente de Recusación N° 029-2012); los escritos presentados por la empresa Servicios y Construcciones Karsil E.I.R.L., y por el árbitro Jorge Arturo Luna Requejo; y el Informe N° 076-2012-OSCE/DAA del 17 de julio de 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 14 de junio de 2010, la Municipalidad Distrital de Canoas de Punta Sal (en adelante la "Entidad"), y la empresa Servicios y Construcciones Karsil E.I.R.L., (en adelante el "Contratista"), suscribieron el Contrato N° 030-2010/MDCPS-GM para la ejecución de la Obra "Mejoramiento de la Casa del Adulto Mayor del Distrito de Canoas de Punta Sal", derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 011-2010/CEPAO-MDCPS;

Que, surgida la controversia entre la Entidad y el contratista, el 26 de abril de 2012, el abogado Jorge Arturo Luna Requejo emitió la Resolución N° 01, notificada a la Entidad el 02 de mayo de 2012, mediante la cual informó su designación como árbitro por el señor Ramón Vicente Silva Castillo¹. Así también, corrió traslado de la "demanda"² presentada por aquél, otorgándole a la Entidad el plazo de cinco (05) días para que formule sus descargos³;

Que, el 11 de mayo de 2012, la Entidad formuló ante el OSCE, una recusación contra el árbitro señalado en el considerando precedente;

Que, habiendo sido notificados de la recusación, el 01 y el 07 de junio de 2012, el árbitro recusado y el contratista respectivamente, absolviéron el traslado, solicitando que la recusación sea declarada improcedente;

Que, la recusación formulada por la Entidad invoca lo señalado en el numeral 2) del artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N°

¹ De los documentos adjuntos a la demanda, se advierte que Ramón Vicente Silva Castillo es el titular gerente del contratista.

² Al respecto, cabe precisar que como sumilla del documento que se corre traslado a la Entidad, se consigna "solicitud de arbitraje", no obstante, en la Resolución N° 01 se señala que se corre traslado de la demanda presentada por Ramón Vicente Silva Castillo.

³ De la cláusula del contrato se verifica que las partes no encomendaron la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral, por lo que se entiende que el arbitraje en cuestión se trata de uno ad hoc.



184-2008-EF; toda vez que no se habría cumplido con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral⁴, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias;

Que, la Entidad precisa que el Contratista no le cursó la respectiva solicitud de arbitraje o propuso el árbitro para que resolviera la controversia, siendo que por esta razón no formuló un escrito de contestación o propuso un árbitro, como tampoco pudo negarse a su nombramiento;

Que, sobre la recusación formulada en su contra, el árbitro ha señalado que la misma ha sido presentada de manera extemporánea, esto es, fuera del plazo previsto en el numeral 1) del artículo 226° del Reglamento y además añade que es falso que no se hubiera dado a conocer (a la Entidad) la solicitud de arbitraje y la propuesta para su designación como árbitro, puesto que con fecha 02 de mayo de 2012, la Entidad fue notificada con la Resolución N° 01;

Que, el Contratista señala que la Entidad debió plantear la recusación en el primer momento que tuvo para hacerlo, esto es, cuando tuvo conocimiento del inicio del proceso arbitral, y no esperar hasta que se emitiera el laudo que resolvía el mismo;

Que, agrega que, al no plantear recurso alguno, la Entidad convalidó el proceso arbitral y por ende su pedido, conforme se indicó en el considerando tercero⁵ de la Resolución N° 01;

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 arbitraje, según el convenio arbitral acordado por las partes es de derecho, ad hoc⁶ y nacional.
2. El marco normativo vinculado al arbitraje, aplicable para resolver la presente recusación, en defecto y supletoriamente de las reglas procesales establecidas por las partes, corresponde a 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 Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante "LA") y el Código de Ética para el

⁴ En relación con ello, la Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato precisa que:
"(...)

En caso no haya acuerdo para la conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley y su Reglamento. El arbitraje será resuelto por (un árbitro único/un Tribunal Arbitral), según lo dispuesto en el Artículo 215° del Reglamento. A falta de acuerdo en la designación del (los) mismo(s) o del Presidente del Tribunal o ante la rebeldía de una de las partes en cumplir con dicha designación, la misma será efectuada por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado conforme a las disposiciones administrativas del Reglamento o conforme el Reglamento del Centro de Arbitraje al que hubiesen cometido las partes.

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.

Para el presente caso, serán de aplicación las disposiciones contempladas en la Ley y el Capítulo VIII del Reglamento (artículo 214°)".

⁵ Considerando Tercero.- (...) haga sus descargos respectivos (contestación de demanda) en el plazo de 5 días hábiles, transcurrido el mismo, se entenderá que convalida lo pedido por la parte demandante y me faculta a emitir el laudo respectivo".

⁶ La parte pertinente del Artículo 216° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala. "(...) Si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, se resolverá mediante un arbitraje ad hoc (...)"



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 309 3/6

07 SEP 2012

Handwritten signature

PATRICIA HANDELL BULLÓN
FISCAL - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 264-2012 - OSCE/PRE

Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE (en adelante el "Código de Ética")

Los aspectos relevantes identificados son los siguientes:

i) ¿La recusación se ha formulado de manera extemporánea ante el OSCE?

1. El árbitro recusado así como el contratista han alegado una supuesta extemporaneidad de la recusación planteada, en la medida que el Reglamento señala expresamente que la recusación debe formularse ante el OSCE dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de comunicada a las partes la aceptación del cargo o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente.

En ese orden de ideas, se señala que la Entidad tuvo conocimiento de los hechos que cuestiona el 02 de mayo de 2012, cuando fue notificada con la Resolución N° 01, pese a ello, la recusación ha sido presentada recién el 11 de mayo de 2012, evidenciándose su extemporaneidad.

2. Al respecto, es necesario indicar, que el plazo de cinco (05) días hábiles para la interposición de la recusación, establecido en el artículo 226° del Reglamento, no ha sido calificado por la Ley ni por el citado Reglamento como un plazo de caducidad. Sobre lo dicho, cabe remitirse a lo dispuesto en el numeral 3) del artículo 29° de la "LA", cuando dispone que, salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación.

Conviene entonces señalar que, de los documentos presentados no se verifica que el árbitro haya dejado sentado mediante resolución expresa el inicio del cómputo del plazo para la emisión del laudo, razón por la cual no puede determinarse que se haya formulado la recusación con posterioridad a dicho plazo. En consecuencia, se puede concluir que la recusación no es extemporánea, por lo que debe desestimarse lo señalado por el árbitro recusado y el contratista en este extremo⁷.

ii) ¿La designación del Árbitro Único ha cumplido con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y las normas complementarias?

1. Para efectos de absolver el punto controvertido, es importante desarrollar el concepto de convenio arbitral. Así, conforme lo señala el artículo 13° de la "LA" el convenio arbitral constituye "(...) un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza (...)".

⁷ Al respecto, dicho criterio ha sido recogido en diversas resoluciones de recusación, a manera de ejemplo, véase la Resolución N° 039-2012-OSCE/PRE del 23 de febrero del 2012.



2. De lo expuesto y conforme lo señala Laura Castro Zapata⁸, aquello que las partes pactaron en el convenio arbitral son las reglas que, de suscitarse un conflicto, resultarán aplicables entre ellas, por constituir su propia voluntad; constituyéndose así el convenio arbitral en el punto de partida, la referencia inicial o aspecto mínimo que las partes han acordado para la futura solución de sus controversias (como si el arbitraje será ad-hoc o administrado, la naturaleza del arbitraje, el número de árbitros, el idioma y algún otro aspecto adicional).

3. De la revisión de la información contenida en el expediente se verifica que, según la Cláusula Arbitral, las controversias surgidas de la ejecución del contrato serían resueltas mediante un arbitraje ad hoc.

Así también, respecto del número de árbitros encargados de resolver las referidas controversias, en la Cláusula Arbitral se señaló que: "el arbitraje será resuelto por (un Árbitro Único / Tribunal Arbitral)...", por lo que de conformidad con lo dispuesto en la parte pertinente del artículo 220° del Reglamento, a falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, correspondía que el arbitraje fuera resuelto por árbitro único.

Ahora bien, el artículo 218° del Reglamento⁹ precisa que en caso las partes no hubieran pactado al respecto- el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte, por escrito, con indicación del convenio arbitral, incluyendo la designación del árbitro, cuando corresponda. La solicitud también deberá incluir de manera referencial y con fines informativos, un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía.

En ese sentido, la parte que reciba una solicitud de arbitraje deberá responderla por escrito dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la respectiva solicitud, con indicación de la designación del árbitro, cuando corresponda, y su posición o resumen referencial respecto de la controversia y su cuantía. De ser el caso, la respuesta podrá contener una ampliación o réplica respecto de la materia controvertida detallada en la solicitud.

De otro lado, en relación con la designación del árbitro único, el numeral 1) del artículo 222° del Reglamento refiere que una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para su respuesta, sin que se hubiese llegado a un acuerdo entre las partes, cualquiera de éstas puede solicitar al OSCE la designación de dicho árbitro, en el plazo máximo de diez (10) días.

4. Es el caso que, de la revisión de la documentación adjunta, se verifica que, ciertamente, no se siguió el procedimiento antes señalado y previsto en el Reglamento para someter una controversia a arbitraje, pues se advierte que el Contratista no presentó su solicitud de

⁸ LAURA CASTRO ZAPATA: "El convenio arbitral vs. el acta de instalación (o en qué ocasiones puede modificarse lo pactado en el convenio arbitral)" artículo publicado en http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DJA-4-3.pdf
⁹ En concordancia con lo establecido en el artículo 33° de la "LA".



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 264-2012- OSCE/PRE

arbitraje ante la otra parte con precisión del árbitro propuesto y cumpliendo la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 218° del Reglamento; por el contrario, se tiene que aquél dirigió su solicitud de arbitraje a un árbitro elegido de manera unilateral, quien —a su vez— fue el que corrió traslado de la misma a la Entidad a fin que “conteste la demanda”.

5. Lo expuesto, queda corroborado con lo señalado en los descargos tanto del Contratista como del árbitro único designado, quienes manifestaron que si se le había notificado a la Entidad con la solicitud de arbitraje (mediante la Resolución N° 01).

6. En ese sentido, con las omisiones anotadas queda acreditado el incumplimiento de las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral¹⁰, para efectos de la designación del árbitro y, por ende, sería motivo suficiente para separarlo del caso; sin embargo, esto último no podría efectivizarse en tanto que con fecha 16 de mayo de 2012, esto es, cinco (5) días después de presentada la recusación ante el OSCE, el árbitro único Jorge Arturo Luna Requejo ha emitido el laudo arbitral que resuelve la controversia en cuestión, de modo que en este supuesto, aun cuando existan fundamentos para declarar fundada la recusación, al existir una causa sobrevenida con posterioridad al inicio del procedimiento, corresponde dar por concluido el mismo al amparo de lo señalado en el numeral 186.2) del artículo 186° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹¹.

7. Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que a fin de proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo, resulta de aplicación lo regulado en el inciso 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, que reserva al recurso de anulación del laudo como la vía idónea para dicho efecto, conforme se dispone también en la Duodécima Disposición Complementaria de la “LA”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional¹² ha señalado que el recurso de anulación constituye, por su propia finalidad, así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, “una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate”, tales como el derecho al debido proceso;

¹⁰ Artículo 225°.- Causales de Recusación
Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas
(...)

2. Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias.

¹¹ Artículo 186. Fin del Procedimiento:
(...)

186.2.- También pondrán fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo.

¹² El Tribunal Constitucional estableció el precedente de observancia obligatoria con relación al arbitraje, recaído en el expediente Nro. 00142-2011-PA-TC.



Que, considerando el análisis efectuado, corresponde señalar que no obstante que existen fundamentos que hubieran permitido declarar fundada la recusación formulada, al haberse emitido el laudo arbitral se ha presentado una causal sobreviniente que imposibilita concluir con el presente procedimiento, de modo que corresponde declararlo concluido;

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 citado Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, es atribución de su 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, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071 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"); y con el visado de la Dirección de Arbitraje Administrativo y la Oficina de Asesoría Jurídica;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar CONCLUIDO el procedimiento de recusación seguido contra el árbitro único Jorge Arturo Luna Requejo encargado de resolver las controversias surgidas entre la Municipalidad Distrital de Canoas de Punta Sal y la empresa Servicios y Construcciones Karsil E.I.R.L., 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 el Portal Institucional del OSCE (www.osce.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y archívese.



MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva