



# Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

## Resolución N° 045 - 2013 - OSCE/PRE

Jesús María,

31 ENE. 2013

**SUMILLA:** La trasgresión a las disposiciones del Código de Ética por su sólo mérito constituye únicamente infracción susceptible de sanción, salvo en los supuestos donde expresamente se señala que tales circunstancias son pasibles de recusación en tanto se encuentran estrechamente vinculadas con las causales reguladas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Al ser la recusación una herramienta de carácter instrumental dispuesta a favor de las partes a fin de que puedan motivar que un árbitro se aparte del conocimiento y de la posibilidad de resolver una controversia, es evidente que las circunstancias en las que se fundamenta, deben ser acreditadas fehacientemente en forma objetiva y coherente, de modo tal, que se determine que constituyen situaciones realmente cuestionables.

### VISTOS:

Las solicitudes de recusación contra los abogados Felipe Guillermo Silva Sologuren (Árbitro) y Sergio Antonio Calderón Rossi (Presidente) formuladas por el Ministerio de Educación con fecha 01 de junio de 2012 (Expedientes de Recusación N°s. R037-2012 y R038-2012), los escritos de absolución presentados por los citados profesionales y el Consorcio DHMONT & JLV INGENIEROS y, el Informe N° 135-2012-OSCE/DAA del 28 de diciembre 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 05 de marzo de 2009, el Consorcio DHMONT & JLV INGENIEROS (en adelante "Consorcio") y el Ministerio de Educación (en adelante "Ministerio") suscribieron el Contrato N° 056-2009-ME/SG-OGA-UA-APP para la "Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra de Adecuación y Mejoramiento de la Infraestructura de la Institución Educativa Miguel Grau, ubicada en el Distrito de Magdalena – Región Lima (Concurso Oferta)", derivado de la Exoneración del Proceso N° 0013-2009-ED/UE 108, por el monto de S/. 7'669,799.25 (Siete Millones Seiscientos Sesenta y Nueve Mil Setecientos Noventa y Nueve con 25/100 Nuevos Soles);

Que, surgida la controversia entre el Consorcio y el Ministerio, en aplicación de lo señalado en la cláusula vigésima sexta del Contrato antes referido, con fecha 26 de mayo de 2011 se instaló el Tribunal Arbitral Ad Hoc conformado de la siguiente manera:

Tabla Nro. 1 Cuadro de Composición del Tribunal Arbitral Ad Hoc

| Nombre                           | Tribunal Arbitral | Designación                              |
|----------------------------------|-------------------|------------------------------------------|
| Sergio Antonio Calderón Rossi    | Presidente        | Designado por el OSCE <sup>1</sup>       |
| Felipe Guillermo Silva Sologuren | Árbitro           | Designado por el Consorcio <sup>2</sup>  |
| Richard James Martin Tirado      | Árbitro           | Designado por el Ministerio <sup>3</sup> |

- 1 Mediante Resolución N° 242-2011-OSCE/PRE de fecha 08 de abril de 2011.
- 2 Mediante carta s/n de fecha 06 de enero de 2011.
- 3 Mediante Oficio N° 160-2011-ME/DM-PP de fecha 11 de enero de 2011.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.  
REG. N° 028 1/12

31 ENE 2013

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



*Que, el 01 de junio de 2012, el Ministerio formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra los abogados Felipe Guillermo Silva Sologuren y Sergio Antonio Calderón Rossi, generándose los expedientes N°s. R037-2012 y R038-2012, respectivamente;*

*Que, notificados con las recusaciones, los árbitros recusados y el Consorcio absuelven el traslado conferido mediante escritos presentados el 14 de junio de 2012;*

*Que, sobre la recusación formulada, las posiciones de los involucrados son las siguientes:*

**a) Posición del recusante:**

*El Ministerio sustenta las recusaciones formuladas en contra de los abogados Felipe Guillermo Silva Sologuren y Sergio Antonio Calderón Rossi aduciendo que existen dudas razonables que comprometen la transparencia, eficiencia, integridad, imparcialidad e idoneidad de dichos profesionales.*

*En ese sentido, cuestiona el proceder de los árbitros recusados toda vez que considera poco razonable que éstos actuaran con extremada diligencia y extraña prontitud al emitir y suscribir en dos (02) días la Resolución N° 01 de fecha 26 de abril de 2012, mediante la cual resolvieron en mayoría el pedido de medida cautelar solicitado por el Consorcio con fecha 24 de abril de 2012, mientras que incurrieron en una demora excesiva al notificar dicha Resolución al Ministerio el 25 de mayo de 2012, es decir, aproximadamente treinta (30) días calendario después de su emisión; circunstancia que a decir del recusante, no puede ser justificada objetivamente, más aún cuando durante ese tiempo, el Tribunal Arbitral notificó otras resoluciones<sup>4</sup> a las partes, lo que le hace suponer que los árbitros recusados habrían intentado realizar actos irregulares con el Consorcio a fin de acceder a su pedido.*

*Finalmente, el Ministerio aduce que los abogados Felipe Guillermo Silva Sologuren y Sergio Antonio Calderón Rossi habrían incumplido las reglas del proceso arbitral al admitir los escritos de excepción de cosa juzgada y contestación a la demanda presentados por el Consorcio el 19 y 26 de abril de 2012, respectivamente; aún cuando dicho plazo habría vencido el 13 y 20 de abril de ese año, puesto que a decir del recusante, el 04 de abril de 2012 se habría notificado a las partes la Resolución N° 11 mediante la cual se otorgó al Consorcio los plazos de cinco (05) y diez (10) días hábiles para deducir excepciones<sup>5</sup> y contestar la demanda.*

**b) Posición de la Parte Recusada (descargos presentados por los árbitros):**

*El abogado Felipe Guillermo Silva Sologuren absolvió la recusación formulada en su contra señalando lo siguiente:*

- *El Ministerio motiva su recusación en temas netamente jurisdiccionales que además de no guardar un nexo causal con la afirmación sobre la supuesta falta de idoneidad de los árbitros para ejercer el cargo, tampoco evidencia una conducta irregular que afecte la transparencia dentro del proceso arbitral.*

<sup>4</sup> Conforme se verifica de la revisión de los documentos ofrecidos por el Ministerio en calidad de medios probatorios (Anexo 1-E), correspondientes a las Resoluciones N°s. 12 y 13 del cuaderno principal, las cuales fueron notificadas a dicha parte el 11 de mayo de 2011.  
<sup>5</sup> Conforme se verifica de la revisión del documento ofrecido por el Ministerio en calidad de medio probatorio (Anexo 1-F), correspondiente a la Resolución N° 11 del cuaderno principal, la cual fue notificada a dicha parte el 04 de abril de 2012.



## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 045 - 2013 - OSCE/PRE

- En ese sentido, respecto de la supuesta demora en la notificación de la Resolución N° 01 sobre medida cautelar, refiere que la fecha consignada en dicho documento corresponde al momento en el cual el este pedido fue puesto en conocimiento de los árbitros para su deliberación.
- Asimismo, desvirtúa lo alegado por el Ministerio sobre la improcedencia y extemporaneidad de la contestación de demanda y la excepción de cosa juzgada, toda vez que dicha parte asume erróneamente que el escrito de demanda arbitral fue notificado el mismo día a ambas partes (04 de abril de 2012), cuando conforme a los cargos de notificación puede verificarse que el Consorcio recibió dicho documento el 12 de abril de 2012.

Por su parte, el abogado Sergio Antonio Calderón Rossi absolvió el traslado de la recusación señalando lo siguiente:

- La fecha consignada (26 de abril de 2012) en la Resolución N° 01 a la que alude el recusante, corresponde al momento a partir del cual ésta fue puesta en conocimiento de los árbitros para su deliberación y pronunciamiento, tal como se realiza con todas las resoluciones que expide el Tribunal Arbitral (fecha que se mantiene mientras dure el proceso de deliberación), y no al de su expedición como afirma el recusante; toda vez que si bien inicialmente los miembros del Tribunal Arbitral estuvieron de acuerdo con el contenido de la citada Resolución, no sucedió lo mismo respecto de la determinación sobre la conveniencia de disponer el traslado previo al Ministerio, divergencia que generó el prolongamiento de la etapa deliberativa hasta el 23 de mayo de 2012, fecha en la que el profesional designado como árbitro por el Ministerio de Educación, abogado Richard James Martin Tirado manifestó mediante comunicación electrónica su decisión definitiva respecto de la procedencia de tal Resolución en mayoría.
- En ese sentido, agrega que el hecho que el proceso deliberativo para la emisión de cualquier resolución sea ajeno al conocimiento de las partes del proceso, no puede generar que se dude de la imparcialidad y calidad moral de los árbitros; puesto que si el Ministerio hubiese considerado que la demora en la notificación de la Resolución N° 01 le causó algún perjuicio, dicha parte debió impugnar lo resuelto por el Tribunal en ese extremo.
- Finalmente, señala que los cuestionamientos realizados por el Ministerio sobre la admisión a trámite de los escritos de excepción de cosa juzgada y contestación de demanda arbitral presentados por el Consorcio no tienen fundamento, puesto que han sido formulados sin la previa revisión del expediente arbitral; de modo tal que el recusante asume que la Resolución N° 11 mediante la cual se corrió traslado del escrito de demanda arbitral, fue notificado al Consorcio el 04 de abril de 2011, cuando conforme puede evidenciarse en los cargos de notificación de la citada Resolución, este hecho se produjo el 12 de abril de 2012.

#### c) Posición de la contraparte en el arbitraje

El Consorcio absuelve el traslado de la recusación señalando que ésta se fundamenta en actos

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,  
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO  
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL  
QUE HE TENIDO A LA VISTA.  
REG. N° 028

31 ENE 2013

PATRICIA LANDI BULLÓN  
FEDATARIO - OSCE  
Res N° 045 - 2013 - OSCE/PRE



*netamente jurisdiccionales que no guardan ninguna relación con la supuesta falta de idoneidad para ejercer la función arbitral.*

*En ese orden de ideas, refiere que el Ministerio se equivoca al concluir que existió una demora de aproximadamente treinta (30) días calendario entre la aprobación y notificación de la Resolución N° 01, puesto que la fecha consignada en dicho documento no alude necesariamente a la de su aprobación. Asimismo, alega que de haberse producido la supuesta demora en la notificación de la Resolución N° 01, ésta hubiese resultado perjudicial para el Consorcio, mas no para el recusante, puesto que en dicho documento se estaba resolviendo el pedido de medida cautelar destinado a evitar el pago por saldo de liquidación de obra exigido por el Ministerio.*

*Por otro lado, descarta que los árbitros recusados hayan incumplido las reglas del proceso, puesto que la Resolución N° 11 mediante la cual se corrió traslado del escrito de demanda arbitral fue notificada al Consorcio el 12 de abril de 2012, lo que evidencia que los escritos de contestación de demanda arbitral y formulación de excepción de cosa juzgada fueron presentados dentro del plazo legal establecido; precisando además que, si bien existe una diferencia sustancial entre las fechas de notificación de la Resolución N° 11 a las partes del proceso arbitral del cual deriva la presente recusación, ésta no es injustificada toda vez que los días 05, 06, 07 y 08 de abril fueron días inhábiles por corresponder a los feriados de Semana Santa. Finalmente, añade que si la decisión de los árbitros de admitir a trámite los escritos mediante los cuales el Consorcio deduce excepción de cosa juzgada y contesta la demanda arbitral, generó cuestionamientos por parte del Ministerio, dicha parte debió ejercer oportunamente su defensa interponiendo el recurso de reconsideración, puesto que esta circunstancia no puede ser materia de recusación.*

*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:*

**a) De la acumulación de procedimientos administrativos**

*Conforme se observa de los antecedentes, el Ministerio ha solicitado ante el OSCE la recusación de los abogados Felipe Guillermo Silva Sologuren y Sergio Antonio Calderón Rossi, con expedientes N°s. R037 y R038- 2012.*

*De la revisión de ambas solicitudes se verifica que: i) dichos profesionales son miembros del Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias derivadas de una misma relación contractual (Contrato N° 056-2009-ME/SG-OGA-UA-APP), ii) las recusaciones han sido formuladas en los mismos términos, al cuestionarse en ambos casos la imparcialidad e idoneidad de los árbitros recusados, así como el cumplimiento de los principios de Eficiencia, Integridad y Transparencia, y; iii) existe identidad entre los hechos expuestos para fundamentar las solicitudes de recusación.*

*En consecuencia, teniendo en cuenta que los procedimientos señalados guardan conexión, es necesario proceder con su acumulación conforme lo señala el artículo 149° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>6</sup>.*

<sup>6</sup> Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General  
"Artículo 149.- Acumulación de procedimientos

La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión".



# Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

## Resolución N° 045-2013 - OSCE/PRE

### b) Del marco legal aplicable a la recusación

El arbitraje según el convenio arbitral contenido en la cláusula vigésima sexta<sup>7</sup> del contrato objeto de controversia, es de derecho y ad hoc<sup>8</sup>, por lo que las partes pueden determinar libremente las reglas a las que se debe someter el Tribunal Arbitral, siempre que no contravengan las disposiciones del derecho público.

En ese sentido, el marco normativo vinculado al arbitraje del cual deriva la presente recusación, que se aplicará supletoriamente a las reglas fijadas por las partes en el Acta de fecha 26 de mayo de 2011; 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 que Norma el Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante "la 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").

Los aspectos relevantes identificados en la recusación, que deben ser motivo de análisis son:

i) ¿El supuesto incumplimiento de los Principios de Integridad, Eficiencia y Transparencia en el que habrían incurrido los árbitros recusados debido a la supuesta demora en la notificación de la Resolución N° 01 sobre medida cautelar, constituye una circunstancia susceptible de generar una recusación?

1. Sobre el particular, considerando que el Ministerio sustenta este extremo de la recusación aduciendo que los abogados Felipe Guillermo Silva Sologuren y Sergio Antonio Calderón Rossi habrían inobservado o trasgredido los principios de Eficiencia, Integridad y Transparencia, debido a la demora de aproximadamente treinta (30) días con la que habrían efectuado la notificación de la Resolución N° 01 sobre medida cautelar; cabe delimitar los alcances normativos de dichos principios.
2. En ese sentido, corresponde remitirnos al Código de Ética que en el artículo 3°, numerales 3.4, 3.5 y 3.8, señala: i) Respecto de la eficiencia: que los árbitros deberán actuar con dedicación y diligencia para conocer en forma integral la controversia sometida a arbitraje, cuidando que

7 "Cláusula Vigésima Sexta: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

(...)  
**Aplicación del Arbitraje.-**

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 Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros. A falta de acuerdo en la designación de los mismos 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 Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado conforme a las disposiciones administrativas del REGLAMENTO o conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje al que se hubiesen sometido las partes (...)"

- 8 Al no haberse precisado en el convenio arbitral, que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante arbitraje ad hoc, de conformidad con lo señalado en el artículo 216° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF que indica: "(...) Si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia 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° 028..... 5/12

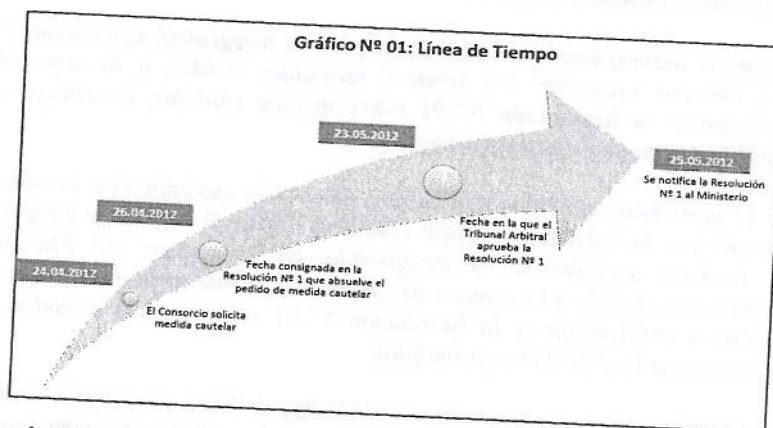
31 ENE 2013

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



esta se desarrolle y culmine con la mayor celeridad posible, evitando las demoras en las actuaciones; ii) Respecto de la integridad: que el árbitro deberá obrar con rectitud y moralidad al aceptar ejercer el cargo y durante toda la secuela del arbitraje, sin incurrir en actos de corrupción ni, en general, en actos ilícitos y; iii) Respecto de la transparencia: que el árbitro deberá informar respecto de todos los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas que afecten la integridad del arbitraje y, en general, de cualquiera de los principios regulados en dicho Código.

3. Ahora bien, teniendo en claro lo dispuesto a nivel normativo respecto de cada uno de los principios antes referidos y, considerando que el Ministerio señala que los árbitros recusados incumplieron los principios de Integridad, Eficiencia y Transparencia debido a que habrían incurrido en una demora injustificada al notificar la Resolución N° 01 sobre medida cautelar, corresponde analizar objetivamente este hecho a fin de acreditar su veracidad.
4. Sobre el particular es preciso señalar que, si bien de los documentos aportados por el recusante se verifica que efectivamente existe una diferencia de aproximadamente treinta (30) días entre la fecha consignada en la Resolución N° 01 (26 de abril de 2012) y la fecha en la que ésta fue notificada al Ministerio (25 de mayo de 2012); de la revisión de los documentos ofrecidos en calidad de medios probatorios por el abogado Sergio Antonio Calderón Rossi, los cuales acreditan el intercambio de correos electrónicos sostenido por los miembros del Tribunal Arbitral respecto de ese tema, se constata que dicha Resolución no fue aprobada por los árbitros el 26 de abril de 2012 como señala el Ministerio, sino el 23 de mayo de 2012.



5. En ese orden de ideas, teniendo en claro que la diferencia de días entre la fecha consignada en la Resolución N° 01 y la fecha en la que se efectuó la notificación correspondiente al Ministerio, no puede ser atribuida a una demora en la notificación de la citada Resolución; corresponde desestimar lo alegado por el Ministerio en este extremo de la recusación, en tanto el hecho con el que dicha parte pretendía acreditar el supuesto incumplimiento de los árbitros recusados de los principios de Integridad, Eficiencia y Transparencia, ha quedado desvirtuado.
6. Sin perjuicio de lo antes señalado, es preciso tener en cuenta algunas consideraciones respecto de la infracción de los principios de Eficiencia, Integridad, y Transparencia como circunstancias susceptibles de motivar una recusación:
  - Tanto en la aceptación como en el desempeño del cargo, los árbitros están sujetos a deberes que les imponen las leyes, a las reglas de las instituciones arbitrales cuando éstas intervienen y a los códigos o reglas éticas, muchos de los cuales se superponen o solapan entre sí (Mullerat, Consideraciones sobre la importancia e imparcialidad de los Árbitros en el Arbitraje Internacional, 2011: 2).



# Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

## Resolución N° 045 - 2013 - OSCE/PRE

- Así, el Reglamento regula en el artículo 224° que todo árbitro debe cumplir con lo establecido en el Código de Ética aprobado por el OSCE, precisando además en el numeral 1 del artículo 225°, que el incumplimiento de dicho mandato podrá constituir causal de recusación.
  - De lo expuesto, si bien a partir de la lectura y revisión del numeral 1) del artículo 225° del Reglamento, concordante con el artículo 224° del mismo cuerpo legal, se podría inferir -a priori- que esta proposición jurídica habilita la recusación ante el incumplimiento del Código de Ética, debe tenerse en cuenta que las disposiciones normativas no constituyen mandatos aislados, sino que son parte de un sistema o conjunto denominado "ordenamiento jurídico", lo que determina que éstas deben ser interpretadas en un sentido integral que no admita contradicciones entre ellas mismas.
  - En ese orden de ideas, considerando que el último párrafo del artículo 3° del Código de Ética señala que el OSCE se encuentra facultado para sancionar cualquier infracción a los principios recogidos en dicho cuerpo legal, debemos concluir que la trasgresión a las disposiciones de dicho Código por su sólo mérito, constituye únicamente infracción susceptible de sanción, salvo en los supuestos donde expresamente se señala que tales circunstancias son pasibles de recusación -en tanto se encuentran estrechamente vinculadas con las causales reguladas en el Reglamento-, como son: a) la afectación de los principios de independencia e imparcialidad (numerales 3.1 y 3.2 del Artículo 3°); b) la omisión del deber de información (último párrafo del artículo 5°) y; c) las gestiones del árbitro para promover su propia designación (artículo 7°).
  - En consecuencia, es preciso advertir que aún cuando en el caso de autos, se hubiese acreditado la contravención por parte de los árbitros de los principios de Eficiencia, Integridad y Transparencia del Código de Ética, conforme se señaló en el presente caso; estas trasgresiones no permitirían motivar una recusación, toda vez que no se relacionan objetivamente con las proposiciones expresamente establecidas como supuestos recusables en el citado cuerpo legal.
- ii) ¿La supuesta demora en la notificación de la Resolución N° 01 sobre medida cautelar, así como la admisión de los escritos de contestación de demanda y excepción de cosa juzgada, que a decir del recusante habrían sido presentados extemporáneamente por el Consorcio, genera dudas justificadas que permitan cuestionar la imparcialidad de los árbitros recusados?
1. Teniendo en cuenta que el Ministerio ha cuestionado la imparcialidad de los árbitros recusados, corresponde desarrollar los alcances normativos y doctrinarios de dicho concepto, a fin de determinar si en el caso de autos existen circunstancias objetivas que motiven una recusación por esta causal.
  2. Sobre el particular, podemos partir por señalar que la imparcialidad es un criterio subjetivo y difícil de verificar que alude al estado mental de un árbitro y, que pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular. (González, Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros, s.a.: 2).



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,  
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO  
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL  
QUE HE TENIDO A LA VISTA.  
REG. N° 028

31 ENE 2013

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



3. Así, mientras la imparcialidad significa la libertad frente a todo favoritismo o prejuicio -ya sea de palabra o de obra- y una disposición de servir a todas las partes por igual y no sólo a una parte, la parcialidad surge cuando un "enjuiciador" favorece de cualquier forma a una de las partes o cuando mantiene prejuicios en relación con la materia objeto de la controversia. (Mullerat, Consideraciones sobre la importancia e imparcialidad de los Árbitros en el Arbitraje Internacional, 2011)
4. De lo expuesto queda claro que, si bien la imparcialidad tiene un contenido subjetivo fuerte, a nivel doctrinario la valoración de la imparcialidad es posible, siempre que se analice el proceder del árbitro a fin de verificar si durante el iter arbitral existió algún afán intencional de éste para favorecer a una de las partes en desmedro de la otra. En ese sentido, corresponde efectuar tal análisis, a partir de los dos hechos expuestos por las partes en el presente caso.
5. Así tenemos que:
  - Respecto a la demora en la notificación de la Resolución N° 01 sobre medida cautelar: El Ministerio señala que los árbitros recusados - quiénes emitieron y suscribieron en mayoría la Resolución N° 01 que absuelve el pedido de medida cautelar- habrían notificado la Resolución N° 01 con una demora de aproximadamente treinta (30) días calendario, dejando entrever la posibilidad de que eventualmente éstos habrían intentado realizar actos irregulares con el Consorcio a fin de acceder a su pedido; sin embargo los árbitros recusados niegan tales afirmaciones y señalan que la fecha consignada en la Resolución no corresponde a la fecha de emisión.

Sobre este punto es preciso señalar que, si bien de la revisión de los documentos ofrecidos por el Ministerio en calidad de medios probatorios, se verifica la ocurrencia de los siguientes hechos: a) la Resolución N° 01 tiene como fecha el 26 de abril de 2012, b) dicha Resolución fue expedida en mayoría por los árbitros recusados, y, c) el 25 de mayo de 2012, se notificó la citada Resolución al Ministerio; éstos no son suficientes per se para cuestionar la imparcialidad de los árbitros recusados, toda vez que no permiten demostrar que la supuesta demora se haya debido al intento por parte de los árbitros recusados, de realizar actos irregulares para favorecer al Consorcio. A lo que debe agregarse los argumentos expresados por los árbitros recusados, quienes han coincidido en señalar que la demora a la que alude el recusante, no se produjo en la notificación de la Resolución N° 01 sobre medida cautelar, sino en el proceso deliberativo del Tribunal; siendo esta circunstancia la que incluso determinó que la referida Resolución fuese aprobada en mayoría el 23 de mayo de 2012, circunstancia que puede ser verificada a partir de la revisión de los documentos que contienen la versión impresa de las comunicaciones que los árbitros sostuvieron sobre dicho tema vía correo electrónico, los cuales han sido ofrecidos en calidad de medios probatorios por el abogado Sergio Antonio Calderón Rossi.

Sin perjuicio de lo antes señalado, considerando que la demora en el desarrollo de una actuación arbitral que depende exclusivamente de los árbitros, cualquiera sea su justificación; eventualmente podría evidenciar algún sesgo o intencionalidad del árbitro, en la medida que es susceptible de generar un perjuicio a una de las partes del proceso arbitral; corresponde determinar en el caso de autos, si lo sucedido respecto de la emisión y notificación de la Resolución N° 01, generó algún perjuicio al Ministerio.

Sobre el particular, teniendo en cuenta que conforme a lo expresado por las partes en el presente procedimiento, la Resolución N° 01 de fecha 26 de abril de 2012 tenía como finalidad absolver el pedido de medida cautelar solicitado por el Consorcio, podemos concluir lo siguiente:



# Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

## Resolución N° 045-2013 - OSCE/PRE

- Es insostenible afirmar que la demora en el proceso de emisión y notificación de la citada Resolución pudo generar algún perjuicio al Ministerio, en tanto se trata de un pedido formulado por su contraparte.
- Contrariamente a lo señalado por el Ministerio, la demora a la que alude en su solicitud de recusación, resulta sumamente perjudicial para el Consorcio, ya que al tratarse de una medida cautelar cuyo presupuesto es el peligro en la demora, es evidente que el transcurso del tiempo en su atención, incrementa también la posibilidad o riesgo objetivo sobre la ocurrencia de un evento que haga imposible o limite la realización de los intereses cuya satisfacción se persigue.
- Respecto a la admisión de los escritos de contestación de demanda y excepción de cosa juzgada: El Ministerio señala que los árbitros recusados habrían incumplido las reglas del proceso arbitral al admitir los escritos de contestación a la demanda y excepción de cosa juzgada, pese a haber sido formulados extemporáneamente; sin embargo, de la revisión de la solicitud de recusación formulada por dicha parte, se verifica que ésta no sólo no aporta evidencia objetiva que permita demostrar la veracidad de sus afirmaciones en este extremo, sino que ampara las mismas en una mera suposición, al señalar expresamente que considera que la Resolución N° 11 debió ser notificada a ambas partes contratantes en la misma fecha.

En ese sentido, es preciso resaltar que si bien las partes cuentan con la recusación como un instrumento jurídico cuya ratio essendi consiste en restaurar la buena fe en el proceso ante la desconfianza que puedan tener respecto del correcto actuar o proceder del árbitro -ya que éste tiene a su cargo el poder de decidir con fuerza vinculante la solución de la controversia-, corresponde a la parte que intente habilitar dicho instrumento el onus probandi de la recusación, puesto que el cumplimiento de tal determinación es condición sine qua non para la eficacia de dicho instrumento.

En consecuencia, habiéndose determinado que en el presente caso no existen elementos suficientes que objetivamente nos permitan determinar la existencia de dudas justificadas que comprometan la imparcialidad de los árbitros recusados, corresponde desestimar la presente recusación en este extremo.

iii) ¿La supuesta demora en la notificación de la Resolución N° 01 sobre medida cautelar, así como la admisión de los escritos de contestación de demanda y excepción de cosa juzgada que habrían sido presentados extemporáneamente por el Consorcio, compromete la idoneidad de los árbitros recusados?

1. El Ministerio alega la falta de idoneidad de los árbitros recusados, señalando que éstos no sólo habrían incurrido en una demora en la notificación de la Resolución N° 01 sobre medida cautelar, sino que además habrían admitido los escritos de contestación de demanda arbitral y excepción de cosa juzgada formulados extemporáneamente por el Consorcio.
2. Corresponde entonces analizar tales circunstancias a fin de determinar si resultan relevantes para comprometer la idoneidad de los árbitros recusados; para lo cual previamente verificaremos el sustento legal de la recusación materia de análisis.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,  
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO  
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL  
QUE HE TENIDO A LA VISTA.  
REG. N° 0292 9/12

31 ENE 2013

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° 028 10/12

31 ENE 2013

*Patricia Bullón*

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

3. En ese sentido, es preciso señalar que el Reglamento en el artículo 224° regula la obligación de los árbitros designados de realizar una declaración expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, su capacidad profesional en lo que concierne a contar con conocimientos suficientes para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, así como sobre la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria; obligación que de ser incumplida, constituye causal de recusación conforme a lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 225° del citado Reglamento.
4. Por su parte, el Código de Ética alude también al tema en cuestión en su artículo 4°, disponiendo que la aceptación al cargo de árbitro implica entre otros requisitos, tener la capacidad personal y profesional para resolver la controversia objeto del arbitraje.
5. De lo expuesto podemos concluir que, si bien nuestro ordenamiento jurídico ha regulado los alcances de la idoneidad de los árbitros, legislativamente no se ha reparado en determinar qué debe entenderse por tal concepto; por lo que resulta necesario remitirnos a la doctrina autorizada para tal fin.
6. Así, en líneas generales resulta ilustrativa la siguiente definición:

Calidad de idóneo (...) adecuado o con condiciones para el caso.  
(...) La idoneidad implica un complejo de circunstancias que van desde la comprobación de condiciones físicas y del cumplimiento de requisitos complementarios a la demostración de dotes para el cargo o encargo. Otras veces sólo la práctica, la experiencia coronada por resultados satisfactorios acredita la idoneidad del sujeto o del objeto que ha de elegir o emplear. (Cabanellas, Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2003-4: 366).

7. Ahora bien, desde la perspectiva del arbitraje, podemos referir que a efectos de garantizar la constitución de tribunales arbitrales idóneos, todas las legislaciones arbitrales imponen requisitos mínimos que deberán cumplir aquellas personas que deseen actuar como árbitros, los cuales están referidos a la edad y la capacidad civil, la nacionalidad y las calificaciones profesionales del árbitro (Cantuarias, Requisitos para ser árbitros, Revista Peruana de Arbitraje, 2006: 67-96).
8. Asimismo, corresponde citar también lo comentado respecto del numeral 3° del artículo 28° de la LA, cuando señala que el extremo que registra las hipótesis más frecuentes de los casos que dan lugar a las recusaciones en el quehacer arbitral, está referido casi con unanimidad a la idoneidad moral de los árbitros, o mejor dicho, a su falta de idoneidad moral; no siendo coincidencia que el tema de la recusación siga al de la ética, puesto que la experiencia enseña que se recusa a un árbitro fundamentalmente por cuestiones éticas. (Castillo, Independencia, imparcialidad, deber de declaración y recusación en el arbitraje del Estado, 2012: 04).

<sup>9</sup> Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje  
"Artículo 28°.- Motivos de abstención y recusación  
(...)"

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.  
(...)"



# Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

## Resolución N° 045 - 2013 - OSCE/PRE

9. En síntesis, queda claro que la idoneidad es la aptitud, condición y/o capacidad que se constituye a partir de una pluralidad de elementos, los mismos que desde la perspectiva del arbitraje y con mero efecto ilustrativo, podrían ser agrupados de la siguiente manera: a) elementos técnicos (calificaciones profesionales), b) elementos físicos (referidos a la edad, nacionalidad y otros), y c) elementos ético-morales (principios éticos y morales).
10. Ahora bien, teniendo en cuenta los alcances doctrinarios previamente citados, los alcances normativos aplicables al presente caso y el análisis realizado en los puntos controvertidos precedentes respecto de las circunstancias señaladas por el Ministerio para motivar la presente recusación, como son: a) la supuesta demora en la notificación de demanda y excepción sobre medida cautelar y b) la admisión de los escritos de contestación de demanda y excepción de cosa juzgada que habrían sido presentados extemporáneamente por el Consorcio; podemos advertir que dicha parte no sólo no ha cumplido con acreditar la veracidad de sus afirmaciones, sino que además no ha señalado en qué medida éstas permitirían cuestionar alguna aptitud, condición y/o capacidad de los árbitros recusados, por lo que corresponde desestimar la presente recusación en este extremo.

Que, el inciso i) del artículo 58° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, modificado por la Ley N° 29873, 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 g) 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, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo 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.-** Declarar INFUNDADAS las solicitudes de recusación formuladas por el Ministerio de Educación contra los abogados Felipe Guillermo Silva Sologuren y Sergio Antonio Calderón Rossi, árbitros miembros del Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias surgidas entre el recusante y el Consorcio DHMONT & JLV INGENIEROS; por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

**Artículo Segundo.-** Notificar la presente Resolución a las partes, así como a los árbitros recusados.



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

REG. N° 028

**31 ENE 2013**  
*Patricia B*

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

**Artículo Tercero.-** Publicar la presente Resolución en la página web del OSCE.  
Regístrese, comuníquese y archívese.



*Magali Rojas Delgado*  
**MAGALI ROJAS DELGADO**  
Presidenta Ejecutiva

