



## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 380 - 2009 - OSCE/PRE

Jesús María, 05 OCT. 2009

#### VISTOS:

La solicitud de recusación de árbitro formulada por el Gobierno Regional de San Martín con fecha 30 de marzo de 2009 (Expediente de Recusación N° 027-2009);

El escrito presentado por el Consorcio Cáceres con fecha 29 de abril de 2009;

El escrito presentado por el abogado Luis Javier Farro Mendiola con fecha 21 de mayo de 2009;

El Informe N° 016-2009/DAA/JJ, de fecha 22 de setiembre de 2009, que analiza la recusación formulada contra el abogado;

#### CONSIDERANDO:

Que, el Gobierno Regional de San Martín (en adelante el "GRSM") y el Consorcio Cáceres, conformado por las empresas Tecnología y Desarrollo Contratistas Generales SAC, SIGMA SA Contratistas Generales y DISA Contratistas Generales SA (en adelante "el Consorcio"), suscribieron el Contrato N° 002-2006-GR-SM/PGR para la ejecución de la obra: "Electrificación Departamento de San Martín - Sector 1";

Que, con fecha 30 de marzo de 2009, el GRSM formula ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante "OSCE"), recusación contra el doctor Luis Javier Farro Mendiola, señalando que, a su juicio, existen circunstancias insalvables que han generado una duda justificada y razonable respecto de la actuación imparcial del referido profesional durante el desarrollo del proceso arbitral;

Que, con fechas 22 y 14 de mayo de 2009 respectivamente, el OSCE puso en conocimiento del Consorcio y del doctor Luis Javier Farro Mendiola la recusación formulada, otorgándoles el plazo de cinco (5) días, a fin de que expresen lo que convenga a su derecho;

Que, con fecha 29 de abril de 2009, el Consorcio absuelve la recusación formulada; del mismo modo, con fecha 21 de mayo de 2009, el doctor Luis Javier Farro Mendiola, absuelve la recusación mencionada;

Que, el GRSM sustenta su recusación en que el Árbitro recusado ha venido asumiendo conductas y decisiones que les han generado dudas razonables y justificadas, respecto a su actuación independiente e imparcial en el proceso, demostrando más bien que tiene un mal manejo del mismo, al haber infringido reiteradamente las normas a las cuales se sujetó y que se encuentran establecidas expresamente en el Acta de Instalación;

Que, señalan que los hechos por los cuales plantean la recusación es que a través de la Resolución N° 14 (notificada en la ciudad de Moyobamba con fecha 23 de marzo de 2009), el árbitro recusado no ha subsanado su infracción (referida a que el Tribunal Arbitral ha dado trámite a un escrito presentado por el contratista o demandante, que no ha sido recibido



en la sede del Tribunal, fijado en la ciudad de Moyobamba, situación que evidenciaría un trato privilegiado que el colegiado otorgaría a dicho Consorcio, en desmedro del trato igualitario), en concordancia con los fundamentos expuesto en el numeral 1 del escrito de fecha 06 de marzo de 2009, a través del cual se formuló reposición contra lo dispuesto por el Tribunal en la Resolución N° 13 (notificada el 03 de marzo de 2009, mediante la cual, transcurridos diez meses, provee un escrito de fecha 15 de mayo de 2008, supuestamente presentado por el Consorcio en la sede del Tribunal fijada en Moyobamba y en la fecha antes indicada, el cual admite y da trámite, sin contar con el cargo de recepción que haya sido suscrito por la persona encargada en la sede del Tribunal);

Que, en el citado escrito se expone como argumento lo siguiente:

"(...) que resulta contrario al Debido proceso y al Legítimo Derecho de Defensa que nos asisten la circunstancia que recién a través de la Resolución impugnada que nos fuera notificada con fecha 03 de marzo de 2009, el Tribunal Arbitral haya procedido a poner en nuestro conocimiento de la existencia [sic] del escrito presentado por la parte demandante de fecha 15 de mayo de 2008 [sic] (segundo resolutivo de la impugnada). Lo más sorprendente es el hecho que conforme se aprecia del mencionado escrito, sobre el mismo no figura sello alguno de recepción o fecha de la misma que hubiera sido colocada en la sede de la Mesa de Partes del Tribunal Arbitral al momento de su presentación. Adicionalmente, está el hecho que ni antes ni durante las diligencias de Audiencias de Pruebas y de Alegatos, las cuales se llevaron a cabo con posterioridad a la fecha que data el escrito en mención, el Colegiado en ningún momento nos hizo conocimiento de la existencia del mismo o de que se encontraba pendiente de resolver.

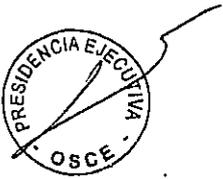
(...)

En tal sentido, consideramos que el Tribunal ha vuelto a recaer en una conducta irregular al incumplir e infringir las propias reglas establecidas para el presente procedimiento arbitral y que se encuentran contenidas en el Acta de Instalación de fecha 24 de agosto de 2007, toda vez que la forma en que han procedido a dar cuenta y tramitar el escrito presentado por la demandante de fecha 15 de agosto de 2008, ha trasgredido el debido proceso, pues el documento que se nos notifica carece de sello y fecha de recepción de la Mesa de Partes del Tribunal con sede en la ciudad de Moyobamba, afectándose de esta forma la veracidad de su presentación [sic] en la fecha indicada por el Colegiado, así como su presentación en la sede del Tribunal, vicio procesal del que es posible la Resolución impugnada".

Que, más aún, conforme se desprende del Acta de Constatación Notarial de fecha 02 de junio de 2008, obtenida por el GRSM, el señor Hugo Vásquez Ramírez, quien era la persona que cumplía con recibir todos los documentos que las partes presentaban en la ciudad de Moyobamba, afirmó de manera expresa que el Consorcio "no había presentado escrito ni documentación alguna relacionada al presente proceso arbitral" hasta dicha fecha, lo cual evidencia con carácter objetivo que el escrito de fecha 15 de mayo de 2008 presentado por el Consorcio, el cual recién fue notificado el 03 de marzo de 2009, no presentado ni recibido en la sede del Tribunal, de ahí que no cuente con la firma del citado señor;

Que, sin embargo, el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 14 de fecha 13 de marzo de 2009, notificada el 23 del mismo mes y año, declaró infundado el referido recurso, argumentando en su segundo considerando lo siguiente:

"Que, la cuenta que se ha dado del escrito del CONSORCIO CÁCERES del 15 de mayo de año pasado se ha efectuado en virtud de la razón emitida por el actual secretario en funciones nombrado por el Tribunal Arbitral, la misma que informa sobre la existencia del citado documento; pronunciamiento que es concordante al estudio de autos y al tiempo en que se emitió la resolución, en pleno cumplimiento precisamente de los preceptos que regulan el debido proceso. En este contexto las opiniones o apreciaciones dadas por terceras personas ajenas al secretario no nombradas por el Tribunal carecen de relevancia".





## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 380 -2009 - OSCE/PRE

Que, en atención a dicha expresión, el Colegiado no hace sino perpetuar ilegalmente una conducta irregular al incumplir e infringir las propias reglas establecidas para el presente proceso arbitral y que se encuentran contenidas en el Acta de Instalación, toda vez que, según su dicho, se encuentra plenamente acreditado que el Colegiado ha consentido y permitido indebidamente el ingreso y presentación del escrito del Consorcio Cáceres, de fecha 15 de mayo de 2008, en sede distinta y ajena a la Mesa de Partes fijada, hecho que se acredita por: (i) el escrito no cuenta con firma de recepción suscrita por la persona encargada en la sede del Tribunal y, (ii) la manifestación del señor Hugo Vásquez Ramírez, contenida en el Acta de Verificación Notarial de fecha 10 de marzo de 2009;

Que, en tal sentido, no resultaría siendo ni verdad ni cierto lo argumentado por el Colegiado en la Resolución N° 14, en la que refiere que "...las opiniones o apreciaciones dadas por terceras personas ajenas al secretario no nombradas por el Tribunal carecen de relevancia", toda vez que el propio Colegiado en todo momento, ha consentido, autorizado y permitido que el señor Hugo Vásquez Ramírez, sea la persona que reciba toda la documentación que se presente en la sede fijada por el Tribunal, mas aun si se tiene en cuenta que ni el secretario arbitral anterior: señor Josef Essewanger Ballesteros, ni el actual secretario, señor Jorge Pariasca Martínez, residen y/o laboran en la ciudad de Moyobamba, donde precisamente se encuentra ubicada la sede del Tribunal; en tal sentido, consideran que las declaraciones del señor Hugo Vásquez Ramírez en temas relacionados con la entrega y recepción de documentos en la sede del Tribunal, si poseen relevancia legal;

Que, en concordancia con todo lo expuesto, el GRSM señala que la conducta del Colegiado les ha generado una grave desconfianza, respecto a la actuación independiente, imparcial, objetiva y equitativa en el presente proceso arbitral, mas aun cuando el GRSM debe cautelar el interés público, el cual es también deber del OSCE, desconfianza que se ha generado al amparar y perpetuar que se incumpla e infrinja a favor del Consorcio, las propias reglas del procedimiento arbitral establecidas en el Acta de Instalación, las cuales tienen que ser respetadas por el Colegiado;

Que, con fecha 29 de abril de 2009, el Consorcio solicita se declare infundada la recusación formulada, sobre la base de que la misma habría sido presentada de manera extemporánea, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 284° del Reglamento, toda vez que, de acuerdo al citado artículo, el GRSM contaba con cinco (5) días para plantear la recusación y recién lo hizo, veintisiete (27) días después de conocido el hecho;

Que, sin perjuicio de ello, señala que el GRSM si conoció inicialmente la existencia del escrito de fecha 15 de mayo de 2008 y la omisión de parte del ex secretario arbitral de dar cuenta del mismo, en el curso del proceso de recusación que siguió contra el mismo árbitro (Exp. 036-2008), el pasado 25 de agosto de 2008, en donde se conoció que el doctor Essenwanger, anterior secretario, al formular sus descargos al Tribunal, había reconocido haber recibido y no dado cuenta por omisión del escrito presentado el 15 de mayo de 2008, lo cual evidencia que el GRSM conoció de este hecho, ratificándose la extemporaneidad de la presente recusación;

Que, del mismo modo, consideran pertinente reiterar la voluntad dilatoria del GRSM para retrasar el desarrollo del proceso, señalando que el 25 de agosto, conforme se puede verificar de los expedientes 036, 037 y 038-2008, el GRSM recusó al presente Tribunal Arbitral, siendo resuelto el 27 de enero de 2009, motivando la suspensión del proceso por casi



150 días, hecho que pretende suceda nuevamente, por lo que solicitan no se suspenda el trámite del proceso arbitral y se imponga una sanción al GRSM a efectos de que se abstenga de seguir obstruyendo el derecho del Consorcio de alcanzar tutela efectiva en la vía arbitral, precisando que la demanda se presentó con fecha 10 de setiembre de 2007;

Que, indica que el cuestionamiento a la imparcialidad e independencia de los árbitros debe estar relacionado en estricto con el desempeño del cargo, es decir, cuando los árbitros en ejercicio de sus funciones o ejecución de sus facultades adoptan medidas que, sin respaldo en las reglas del proceso, terminan por beneficiar directa o indirectamente a una de las partes, supuesto que no se ha configurado en el presente caso;

Que, del mismo modo, debe tenerse presente que la decisión del Tribunal de considerar en la Resolución N° 13 que carece de objeto pronunciarse sobre el ofrecimiento del Consorcio para asumir los gastos arbitrales, no beneficia directa ni indirectamente al Consorcio y mucho menos aún perjudica o lesiona derecho o interés alguno del GRSM;

Que, corrido traslado al doctor Luis Javier Farro Mendiola de la recusación formulada en su contra, mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2009, solicita que la misma sea declarada infundada;

Que, asimismo, precisa que la recusación planteada, conforme lo dispuesto por el inciso 1) del artículo 284° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 084-2004-PCM (en adelante el "Reglamento"), deviene en improcedente por extemporánea, toda vez que el plazo de cinco (5) días contenido en el citado artículo habría vencido;

Que, por otro lado, señala que de la revisión del expediente arbitral, se puede constatar que en el escrito presentado por el ex secretario, Josef Essenwanger Ballesteros, de fecha 11 de agosto de 2008, referido a la solicitud de inhibición planteada por el propio GRSM, se hace expresa mención al escrito presentado en mayo del año pasado por el Consorcio mediante el cual manifiesta su compromiso de pagar los honorarios y gastos no abonados hasta esa fecha, en caso el GRSM no cumpla con sus obligaciones;

Que, a pesar de lo señalado por el ex secretario arbitral en agosto del año pasado, este escrito del Consorcio no fue puesto en conocimiento oportuno a los miembros del Tribunal y por ello, no se pronunciaron sobre el mismo en la Audiencia de Pruebas del 26 de mayo de 2008;

Que, luego de la aceptación o la renuncia del señor Jossef Essenwanger Ballesteros al cargo de secretario en agosto de 2008 y de la suspensión del proceso, en febrero de este año, el nuevo secretario arbitral, señor Jorge Pariasca Martínez, emitió una razón, dando cuenta al Tribunal, entre otros, del escrito de fecha 15 de mayo de 2008 presentado por el Consorcio, emitiendo la Resolución N° 13 correspondiente;

Que, agrega que es verdad que el escrito bajo análisis no contiene sello o constancia de recepción; sin embargo, es evidente que este documento fue entregado durante la gestión del anterior secretario arbitral, señor Jossef Essenwanger Ballesteros, quien omitió consignar la fecha y hora de recibo; precisa que la omisión del secretario no debe perjudicar a la parte litigante que efectivamente presentó el escrito;

Que, también es verdad que el actual secretario en funciones, luego del levantamiento de la suspensión del proceso, la misma que fuera motivada por la recusación planteada por el GRSM contra los tres miembros del Tribunal arbitrales desde agosto de 2008 hasta febrero de 2009, constató e informó al Tribunal la existencia de este escrito, el mismo que se encontraba en el expediente pendiente de pronunciamiento;





## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 380 - 2009 - OSCE/PRE

Que, la función de recibir los escritos presentados por las partes y de trasladarlos al Tribunal Arbitral, corresponde exclusivamente al Secretario nombrado conforme los términos del Acta de Instalación; de acuerdo a los antecedentes desarrollados, es claro que el escrito del demandante del 15 de mayo de 2008 fue recibido por el anterior Secretario, el mismo que fue puesto en conocimiento del Tribunal en febrero de este año;

Que, la no consignación de fecha y hora de recibo del documento no debe inhibir al Tribunal Arbitral a que se pronuncie sobre el mismo, más aún si se tiene en cuenta que el actual secretario, de acuerdo a sus responsabilidades y funciones, emitió una razón comunicando al tribunal sobre la existencia del aludido escrito, el mismo que se encontraba referido a un hecho ya desfasado en el tiempo y sin mayor importancia procesal;

Que, precisa que es falso que con la constatación notarial del 02 de junio de 2008, se pruebe objetivamente que no se presentó en la sede de Moyobamba el escrito del 15 de mayo de 2008; a través de dicho instrumento se acredita que una de las personas que domicilian en la antigua sede arbitral, señor Hugo Vásquez Ramírez, contestó una pregunta referida a la presentación de los documentos exigidos por el Tribunal en la diligencia del 26 de mayo de 2008, manifestando específicamente sobre el particular que no había recibido ninguna documentación del Consorcio y el escrito en cuestión está referido a hechos previos a la realización de la referida diligencia;

Que, señala también que es falso que con la constatación notarial del 10 de marzo de 2009, se pruebe objetivamente que no se presentó en la sede de Moyobamba el escrito del 15 de mayo de 2008; en este documento, el señor Hugo Vásquez Ramírez, manifiesta, ante la pregunta del Procurador del GRSM, que no recuerda con exactitud si recibió el escrito en cuestión;

Que, del mismo modo, indica que el señor Hugo Vásquez Ramírez nunca fue nombrado por el Tribunal Arbitral para el desarrollo de función o responsabilidad alguna; su participación en este caso se limita al contrato que suscribió con el ex secretario señor Essenwanger para la utilización de su propiedad como sede del Tribunal;

Que, se concluye sosteniendo que lo que el Tribunal ha proveído con relación al aludido escrito del Consorcio del 15 de mayo de 2008 no tiene mayor trascendencia y no causa perjuicio a ninguna de las partes, por lo que los términos de la presente recusación también carecen de real sustento y legítimo interés; a través de dicho escrito, el Consorcio asume el compromiso de abonar los gastos arbitrales no cancelados a esa fecha por el GRSM, con el objeto de no frustrar la Audiencia de Pruebas programada para el 26 de mayo de 2008;

Que, la diligencia igual se realizó y el GRSM abonó lo que le correspondía por concepto de gastos arbitrales, por lo que no fue necesario que el Consorcio asumiera dicho pago;

Que, previamente, debemos señalar que el marco normativo vinculado al presente arbitraje, corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado mediante D.S. N° 084-2004-PCM, y la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, por razones de temporalidad;



Que, según lo establecido el citado marco normativo, conforme lo dispuesto por el artículo 283° del Reglamento, son causales de recusación:

- a. Cuando se encuentren impedidos conforme el Artículo 279° o no cumplen con lo dispuesto en el Artículo 278° de este Reglamento.
- b. Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral.
- c. Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa.

Que, en igual medida, conforme lo señalado en el artículo 28° de la LGA, los árbitros podrán ser recusados solo por:

- a) Cuando no reúnan las condiciones previstas en el Artículo 25° o en el convenio arbitral o estén incurso en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26°.
- b) Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.
- c) Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

Que, ahora bien, el GRSM sustenta la recusación en que, según su dicho, el Tribunal Arbitral, habría recibido y consentido la presentación de un escrito fuera de la sede del Tribunal Arbitral y dicho hecho, le generaría dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia;

Que, definamos de manera previa, los criterios de imparcialidad e independencia; imparcialidad significa, "...falta de designio anticipado o prevención a favor o en contra de personas y cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud"<sup>1</sup>;

Que, asimismo se señala que: "...la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea..."<sup>2</sup>

Que, el concepto de independencia "...es de asegurar que cualquier decisión de los árbitros sea únicamente motivada por los hechos no contestados o probados sometidos a su decisión y no por influencias turbias exteriores (...). El requisito de imparcialidad se refiere a una actitud deontológica vivida durante el proceso arbitral. Su núcleo es el deber del árbitro de tratar a las partes de manera igual y de darles la oportunidad de presentar su caso..."<sup>3</sup>;

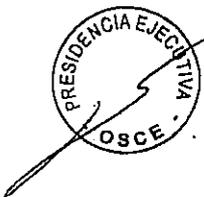
Que, además "...generalmente, se considera que la dependencia se refiere exclusivamente a cuestiones surgidas de la relación entre el árbitro y una de las partes, sea de índole financiera o de cualquier otra naturaleza. Se entiende que esto puede determinarse mediante un criterio objetivo, dado que no guarda ningún tipo de relación con la forma en que está mentalizado el árbitro (...). Por el contrario, se considera que el concepto de imparcialidad está ligado a la preferencia real o aparente del árbitro – ya sea a favor de una de las partes o en relación a las cuestiones controvertidas –. La imparcialidad, es por ende, un concepto subjetivo y más abstracto que el de la independencia, ya que principalmente se refiere a una predisposición mental..."<sup>4</sup>;

<sup>1</sup> CAIVANO, Roque J. En: "Arbitraje" Ed. Ad Hoc SRL, Buenos Aires - República Argentina, Año 2000. P. 175.

<sup>2</sup> ALONSO, José María. "La independencia e imparcialidad de los árbitros". En: Revista Peruana de Arbitraje N° 02. Ed. Grijley, Lima - Perú. Año 2006. P. 98.

<sup>3</sup> SCHÄFER, Erik. "Elección y Nombramiento de los Árbitros". En: Revista Peruana de Arbitraje. N° 06. Ed. Grijley, Lima - Perú. Año 2008. P. 94.

<sup>4</sup> REDFERN, Alan y otros. En: "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional". 4ta. Edición. Ed. Thomson Aranzadi. Navarra - España. Año 2006. P.305.





## Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

### Resolución N° 380 - 2009 - OSCE/PRE

Que, de esa manera tenemos pues que la doctrina es unánime, al señalar que la independencia posee un criterio objetivo, mientras que la imparcialidad posee un criterio subjetivo;

Que, ahora bien, el GRSM ofrece como medio probatorio de la recusación planteada, una Certificación Notarial expedida por la doctora Ximena Goicochea De Leveau, Notaria de Moyabamba, en la cual, el señor Hugo Vásquez Ramírez manifiesta que actúa por encargo del Tribunal Arbitral para la recepción de todos los documentos relacionados al proceso seguido por el Consorcio Cáceres; igualmente precisa que siendo las 6:30 pm del día 02 de junio de 2008, el Consorcio Cáceres no ha presentado ningún documento exigido por el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Pruebas realizada el 26 de mayo de 2008;

Que, igualmente, adjunta como medio probatorio de la recusación planteada, un Acta de Constatación Notarial expedida por la doctora Ximena Goicochea De Leveau, Notaria de Moyabamba, en la cual, el señor Hugo Vásquez Ramírez manifiesta la imposibilidad de facilitar el expediente por haber sido devuelto al Tribunal Arbitral entre los meses de julio y agosto del año 2008, no recordando con precisión la fecha en que lo hizo; del mismo modo, ante la consulta del representante del GRSM sobre la recepción de un escrito del Consorcio Cáceres con fecha 15 de mayo de 2008, indicó que no recordaba con exactitud;

Que, como podrá apreciarse, el GRSM al adjuntar las actas o constancias notariales, no ha acreditado que el escrito de fecha 15 de mayo de 2008, no fue presentado en la sede del Tribunal, toda vez que, en la Certificación Notarial de fecha 02 de junio de 2008, el señor Hugo Vásquez Ramírez, únicamente indica que, en relación a los documentos exigidos por el Tribunal Arbitral durante la Audiencia de Pruebas de fechas 26 de mayo de 2008, el Consorcio no ha presentado ningún documento;

Que, por otro lado, en el Acta de Constatación Notarial de fecha 10 de marzo de 2009, el citado señor Hugo Vásquez Ramírez, ha manifestado, en relación al escrito del Consorcio de fecha 15 de mayo de 2008, que no recuerda con exactitud;

Que, siendo ello así, el GRSM no ha podido probar que el documento en cuestión no fue ingresado en la sede del Tribunal y, basándose la recusación en dicho único hecho que no ha podido ser demostrado, la misma debe ser declarada infundada;

Estando a lo expuesto, y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y el Decreto Legislativo N° 1071, Norma que regula el Arbitraje.

#### SE RESUELVE:

**Artículo Primero. DECLARAR INFUNDADA** la recusación formulada por el Gobierno Regional de San Martín contra el abogado, Luis Javier Farro Mendiola por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

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



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

*Regístrese, comuníquese y archívese.*



**SANTAGO B. ANTÚNEZ DE MAYOLO M.**  
*Presidente Ejecutivo*