



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 056-2011 - OSCE/PRE

Jesús María,

04 FEB. 2011

VISTOS:

La solicitud de recusación contra los miembros del Tribunal Arbitral, formulada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108, en el proceso arbitral seguido con la empresa VASMER CADS SA., signada con el Expediente N° R011-2010;

Los escritos presentados por la empresa VASMER CADS SA., y los árbitros Víctor Wenceslao Palomino Ramírez, Raúl Leonid Salazar Rivera y Álvaro González Peláez, el 20 de julio de 2010;

El Informe N° 003-2011-OSCE/DAA, de fecha 20 de enero de 2011, emitido por la Dirección de Arbitraje Administrativo el 20 de enero de 2011;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 21 de enero de 2008, la empresa VASMER CADS S.A., en adelante la Contratista, y el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108, en adelante la Entidad, suscribieron el Contrato N° 039-2008-ME/SG-OGA-UABAS. Exoneración del Proceso N° 0007-2008-2008-EDU/UE-108, para la Elaboración del Expediente Técnico y la Ejecución de la Obra de la Institución Educativa Antonia Moreno de Cáceres, del distrito, provincia y departamento de Ica;

Que, mediante Carta N° 053-2008-VCSA, comunicada el 17 de febrero de 2009, la Contratista presenta su solicitud de inicio de arbitraje a la Entidad, la misma que mediante Oficio N° 708-2009-PP/ED, comunicada el 3 de marzo de 2009, fue contestada por la Entidad;

Que, tanto la Contratista como la Entidad designaron como árbitros de parte a los abogados Raúl Leonid Salazar Rivera y Álvaro Pedro González Peláez, respectivamente; quienes a su turno designaron como tercer árbitro y Presidente al abogado Víctor W. Palomino Ramírez, conformando de este modo el Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias planteadas en el proceso;

Que, el 19 de octubre de 2009, en la sede institucional del OSCE, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación con la presencia de ambas partes, conforme consta en el Acta de Instalación N° 183-2009-AH/OSCE, designándose como secretaria arbitral a la señorita Jéssica Lourdes Palomino Torres;

Que, el 12 de abril de 2010, a través del escrito N° 01, la Entidad presenta ante el OSCE una Recusación contra todos los miembros del Tribunal Arbitral, la misma que mediante Oficio N° 2855-2010-OSCE/DAA, notificado el 5 de mayo de 2010, fue observada dado que no cumplió con los requisitos establecidos en el TUPA. Dicha observación fue subsanada por la Entidad mediante escrito N° 02, presentado el 10 de mayo de 2010;

Que, mediante Oficios N° 4732, 4733, 4734, 4735 y 4736-2010-OSCE/DAA, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, puso en conocimiento de los abogados Álvaro González Peláez, Víctor Palomino Ramírez y Raúl Leonid Salazar Rivera; así como de la Contratista y de la Entidad, respectivamente, la recusación planteada. Mediante escritos presentados el 20 de julio de 2010, los recusados Raúl Salazar Rivera, Víctor W. Palomino Ramírez y la Contratista absuelven el traslado de la recusación;

Que, la recusación contra todos los miembros del Tribunal Arbitral, se fundamenta en la existencia de circunstancias que dan lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia de los árbitros para seguir conociendo del proceso arbitral, causal establecida en el inciso 3) del Artículo 283º del Reglamento;

Que, el marco normativo vinculado al presente arbitraje, de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación N° 183-2009-AH/OSCE de 19 de octubre de 2009, es el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, en adelante la Ley, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, en adelante el Reglamento, y de la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071;

Que, la recusante manifiesta que el Tribunal Arbitral no habría tenido una conducta correcta, ya que en la tramitación de las actuaciones arbitrales habría actuado de manera parcializada; señalando como hecho suficiente para probar lo afirmado, el contenido de las Resoluciones N° 06 y 08, que demostrarían su actitud a favor de la Contratista;

Que, de la revisión de los actuados y los hechos descritos, se tiene que, con fecha 9 de diciembre de 2009, la recusante presentó su escrito de contestación de demanda. Mediante Resolución N° 03, de fecha 14 de diciembre de 2009, el Tribunal Arbitral tuvo por contestada la demanda, notificándola a su contraparte;

Que, posteriormente, con fecha 15 de enero de 2010 la recusante presentó su escrito de ampliación de contestación de la demanda, el mismo que mediante Resolución N° 04, de fecha 18 de enero de 2010, se tuvo por presentado; resolución que a su vez tuvo por ofrecidos los nuevos medios probatorios, y agregados al expediente, otorgando el plazo de cinco (05) días a la Contratista para que exprese lo que considere conveniente a su derecho;

Que, mediante escrito N° 03, presentado el 1 de febrero de 2010, la Contratista absuelve el traslado de la Resolución N° 04, notificada el 26 de enero de 2010, señalando como argumentos, entre otros, que las reglas del proceso arbitral establecían los plazos que tenían las partes para la presentación de la demanda y contestación, y de ser el caso reconvención; y que siendo éstos perentorios, el Tribunal Arbitral debía declarar improcedente la ampliación de la contestación de la demanda y el ofrecimiento de los nuevos medios probatorios anexados;

Que, mediante Resolución N° 06, el Tribunal Arbitral declara improcedente el pedido de ampliación de demanda afirmando en sus considerandos, entre otras razones, que "considera necesario indicar que la Ley de Arbitraje no es aplicable al presente proceso, puesto que el Contrato suscrito entre las partes se realizó con fecha 21 de enero de 2008, siendo que dicha ley entró en vigencia en septiembre del 2008" [sic], pero además, que el numeral 3) del Artículo 39º del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje -al que hace referencia la Entidad- señala que salvo acuerdo en contrario durante el curso de las actuaciones cualquiera de las partes puede modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el Tribunal Arbitral considere que no corresponde permitir la ampliación;



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 056-2011 - OSCE/PRE

Que, con fecha 3 de marzo de 2010, la Entidad interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 06, señalando, entre otras cosas que el Decreto Legislativo N° 1071, contrariamente a lo afirmado por el Tribunal Arbitral, sí es de aplicación y que el Tribunal Arbitral ya había admitido el escrito de ampliación de demanda a través de la Resolución N° 04, el que es declarado infundado mediante Resolución N° 08, de fecha 24 de marzo de 2010, y notificada a ambas partes el 5 de abril de 2010;

Que, posteriormente, mediante escrito presentado el 13 de abril de 2010, la Entidad señala que, en la referida resolución, el Tribunal Arbitral calificó su ampliación de contestación de demanda como una reconvencción, expresando su desacuerdo;

Que, el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 09 de fecha 19 de abril de 2010, resuelve tener presente el escrito presentado por la Entidad, invocando al Procurador Público "actuar y expresarse con prudencia, cordura y buena fe". No obstante, en la parte considerativa se establece que "el Colegiado hace presente que efectivamente la ampliación de la contestación de la demanda no es una reconvencción, habiéndose incurrido en un error al calificarla como tal, solamente en los considerandos séptimo y noveno, pero en los otros considerandos del laudo se le califica como ampliación de la contestación de la demanda (...) pero este hecho no atenta el debido proceso y resulta poco relevante, ya que la razón por la cual el Tribunal declaró improcedente dicho escrito están debidamente sustentadas en la Resolución N° 06..." [sic];

Que, es importante señalar que, a pesar de los argumentos vertidos tanto por la Contratista como por la Entidad, sobre las decisiones y el criterio profesional demostrado durante el proceso por parte del Tribunal Arbitral en cuanto a la aplicación incorrecta de la norma, corresponde únicamente al OSCE valorar la exposición de los hechos y la actuación de los árbitros con el único propósito de determinar la existencia de circunstancias que generen dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros, en tanto éstas no estén basadas en las decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral durante el proceso arbitral;

Que, es relevante pronunciarse sobre la procedencia dado que la Contratista en su escrito N° 01 presentado el 20 de julio de 2010, advierte la impertinencia de la norma invocada como causal de recusación, solicitando además que se declare su improcedencia por haber sido presentada la recusación de manera extemporánea;


Que, por tanto, este análisis se debe centrar, en primer lugar, en determinar la procedencia de la solicitud de recusación, y en segundo lugar, si lo expuesto por la recusante como sustento de la recusación tiene mérito suficiente y efectivamente queda demostrada la duda justificada sobre la imparcialidad e independencia del Tribunal Arbitral, alegada por la recusante;

Que, en cuanto a los requisitos de procedibilidad, se debe analizar si la recusación planteada por la Entidad ha sido formulada conforme a lo establecido en el Artículo 284º del Reglamento, esto es, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente;




Que, según afirma la Contratista, la recusación habría sido presentada extemporáneamente, fuera del plazo de cinco (5) días, desde que se tomó conocimiento de la causal sobreviniente. En tal sentido, la Contratista considera que la circunstancia que habría generado dudas justificadas en la Entidad respecto de la imparcialidad del Tribunal Arbitral, habría sido el conocimiento de la Resolución N° 06, a través de su notificación, ocurrida el 24 de febrero de 2010, dado que a través de aquella, el Tribunal Arbitral decidió la improcedencia de la ampliación de la contestación de demanda y de los nuevos medios probatorios, que es la causal que la recusante plantea; y no el conocimiento de la Resolución N° 08 de fecha 24 de marzo de 2010, que le fuera notificada el 5 de abril de 2010;


Que, no obstante lo afirmado por la Contratista, conforme a lo establecido en el Artículo 49º del Decreto Legislativo N° 1071, norma aplicable al presente proceso arbitral de conformidad con lo establecido en su Segunda Disposición Transitoria, las decisiones del Tribunal Arbitral distintas al laudo arbitral pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, dentro del plazo establecido en el arbitraje, señalando asimismo que la reconsideración no suspende la ejecución de la decisión adoptada;




Que, en ese sentido, resulta necesario señalar que la oportunidad de presentación de la solicitud de recusación se debe determinar teniendo en cuenta la coexistencia de dos supuestos de procedencia: (i) un plazo directamente vinculado a las partes, que el Reglamento establece en cinco (05) días hábiles; y (ii) un plazo procesal, ajeno a las partes, que puede de un lado determinar la preclusión de la posibilidad de recusar durante las actuaciones arbitrales, o del otro, dejar expedito el derecho de quien se considere afectado para plantear la recusación;



Que, en el presente caso, del análisis de los actuados, se tiene que la Entidad, sintiéndose afectada por la decisión contenida en la Resolución N° 06 notificada el 24 de febrero de 2010, con anterioridad a la presentación de su solicitud de recusación, presentó ante el mismo Tribunal Arbitral el recurso de reconsideración, con el propósito de que aquél reconsiderara la decisión y los argumentos y consideraciones que la motivaron, emitiendo otra que no le resulte perjudicial. Sin embargo, luego de conocida la decisión que resolvió el recurso invocado, a través de la Resolución N° 08, notificada el 5 de abril de 2010, decide ejercer el derecho a solicitar la recusación, hecho que, a pesar de no haber sido expresamente declarado como tal por la recusante, debe de ser entendido como la circunstancia que ha dado lugar a las dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del Tribunal;



Que, en tal sentido, se debe señalar que la recusante ha ejercido su derecho dentro del plazo de cinco (05) días que el Reglamento establece, pues en la exposición de sus argumentos expresamente indica que la decisión contenida en la Resolución N° 08, es la que ha generado en ella las dudas justificadas motivando la presentación de la solicitud de recusación, por lo que, en principio, la solicitud de recusación deviene en procedente;



Que, en cuanto al tema de fondo, de conformidad con lo establecido en el numeral 5) del Artículo 29º del Decreto Legislativo N° 1071, no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales;

Que, por tanto, estando a que la solicitud de recusación tiene como fundamentos decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral en el transcurso de las actuaciones arbitrales, la misma debe ser declarada infundada, dado que el control de las decisiones adoptadas por los árbitros debe ser entendido ineludiblemente como una potestad del fuero jurisdiccional ordinario, al que corresponde revisar los fallos a través del recurso de anulación exclusivamente;

En uso de la atribución conferida en el numeral 21) del artículo 10º del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2009-EF;



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 056-2011 - OSCE/PRE

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar infundada la recusación formulada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108, contra el Tribunal Arbitral conformado por los abogados Víctor Wenceslao Palomino Ramírez, Presidente, Raúl Leonid Salazar Rivera y Álvaro Pedro González Peláez, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Notificar la presente resolución a la Procuraduría Pública del Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108, , a la empresa VASMER CADS SA., y a los miembros que conforman el Tribunal Arbitral.

Artículo Tercero.- La presente resolución agota la vía administrativa, siendo definitiva e inimpugnable, y deberá ser publicada en el portal institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado www.osce.qob.pe.

Regístrese, comuníquese y archívese.



RICARDO SALAZAR CHÁVEZ
Presidente Ejecutivo

