



PERÚ

Ministerio
de Economía y FinanzasOrganismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

PRESIDENCIA EJECUTIVA

OSCE

Dirección de Arbitraje Administrativo

15 ABR 2011

Resolución N° 257-2011-OSCE/PER E CIBIDO

Jesus María,

15 ABR 2011 Nro. Ingreso:..... Exp.

VISTOS:

La solicitud de recusación contra dos (2) miembros del Tribunal Arbitral, formulada el 11 de enero de 2011, por el Consorcio Ejecutores de Lima, integrado por las empresas Ale Contratistas S.R.L., Constructores de Ingeniería S.A., Bitumen S.A., y Proyectos y Construcciones San José S.A.C., en el proceso arbitral seguido contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional, signada con el número de expediente R.002-2011;

El escrito s/n presentado el 2 de febrero de 2011, de manera individual por la recusada Ana María Arrarte Arisnabarreta, y el escrito s/n presentado en la misma fecha conjuntamente con el recusado Raúl Leonid Salazar Rivera;

El escrito N° 1 presentado el 2 de febrero de 2011 por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional, a través de la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones;

Los escritos presentados el 17 y 22 de febrero de 2011 por el Consorcio Ejecutores de Lima, a través de los cuales amplía su solicitud de recusación y comunica haber tomado conocimiento de nuevos hechos;

El escrito s/n presentado el 18 de febrero de 2011 por el abogado Javier Tovar Gil, Socio Principal del Estudio Echecopar Abogados, con el propósito de expresar su solidaridad con la recusada;

El escrito s/n presentado el 2 de marzo de 2011 por el Consorcio Ejecutores de Lima;

Los escritos s/n presentados el 3 de marzo de 2011 por la recusada Ana María Arrarte Arisnabarreta, a través de los cuales comunica su renuncia al cargo de Presidenta del Tribunal Arbitral;

Los escritos s/n presentados el 7 de marzo de 2011 por el recusado Raúl Leonid Salazar Rivera, a través de los cuales comunica su renuncia al cargo de Árbitro;

El Informe N° 029 -2011-OSCE/DAA, emitido con fecha 6 de abril de 2011;

CONSIDERANDO:

Que, el 9 de enero de 2007, el Consorcio Ejecutores de Lima, integrado por las empresas Ale Contratistas S.R.L., Constructores de Ingeniería S.A., Bitumen S.A., y Proyectos y Construcciones San José S.A.C., en adelante el Consorcio, y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional en adelante la Entidad, suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 003-2007-MTC/20, para la ejecución de obra: "Mejoramiento de la Carretera Mojón – Chiquián – Aquia – Empalme Nueva Carretera Conococha – Huallanca, Tramo 1: Mojón – Chiquián", ubicado en el

departamento de Ancash";

Que, mediante Carta Nº 0324-2008, comunicada el 17 de octubre de 2008, el Consorcio plantea su solicitud de inicio de arbitraje a la Entidad, la misma que fue contestada por la Entidad mediante Oficio Nº 1876-2008-MTC/20, comunicado el 31 de octubre de 2008;

Que, con fecha 18 de noviembre de 2008, el Consorcio solicitó a esta Dirección la instalación del Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias surgidas con relación a la ejecución del Contrato antes referido;

Que, para el desarrollo de las actuaciones arbitrales, tanto el Consorcio como la Entidad designaron como árbitros de parte a los abogados Raúl Leonid Salazar Rivera y Fernando Cantuarias Salaverry, respectivamente; quienes a su turno designaron como tercer árbitro y Presidenta a la abogada Ana María Arrarte Arisnabarreta, conformando de este modo el Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias planteadas en el proceso;

Que, el 10 de diciembre de 2008, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación con la presencia de ambas partes, en la sede institucional del OSCE, conforme consta en el Acta de Instalación Nº 170-2008-AH/CONSUCODE, designándose como Secretaria Arbitral a la señorita Roxana Gayoso Arnillas;

Que el 11 de enero de 2011, a través del escrito Nº 01, el Consorcio plantea ante el OSCE Recusación contra los árbitros Raúl Leonid Salazar Rivera y Ana María Arrarte Arisnabarreta, la misma que fue puesta en conocimiento de los árbitros recusados y de la Entidad mediante Oficios Nº 860-2011-OSCE/DAA, Nº 861-2011-OSCE/DAA y Nº 858-2011-OSCE/DAA, respectivamente, y que fueran notificados el 26 de enero de 2011;

Que, mediante escrito Nº 1, presentado el 2 de febrero de 2011, la Entidad absuelve el traslado de la recusación. Asimismo, mediante escrito s/n presentado el 2 de febrero de 2011, de manera individual, y mediante escrito s/n presentado conjuntamente con el recusado Raúl Leonid Salazar Rivera, en la misma fecha, los árbitros absuelven el traslado de la recusación planteada por el Consorcio;

Que, mediante escrito s/n, presentado el 17 de febrero de 2011, el Consorcio amplía su solicitud de recusación y comunica al OSCE haber tomado conocimiento de nuevos hechos que en su oportunidad no fueron revelados por los recusados;

Que, el 18 de febrero de 2011, el abogado Javier Tovar Gil, Socio Principal del Estudio Echecopar Abogados, en su calidad de Jefe del Área de Derecho Regulatorio, que comprende, según indica, temas de derecho administrativo del Estudio Echecopar, remite a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, una carta con el propósito de expresar su solidaridad con la recusada, y explicar el contexto de uno de los hechos invocados como causal de recusación que habría generado duda justificada sobre la imparcialidad e independencia de la referida abogada;

Que, mediante escrito s/n, presentado el 22 de febrero de 2011, el Consorcio subsana la omisión del escrito ampliatorio presentado el 17 de febrero de 2011, en el que por error no adjuntaron los cuadros que referían los procesos arbitrales donde los recusados habrían participado como árbitros, que no habrían sido declarados;

Que, mediante Oficios Nº 2062-2011-OSCE/DAA, Nº 2063-2011-OSCE/DAA y Nº 2064-2011-OSCE/DAA, notificados el 28 de febrero de 2011 a la Entidad, los árbitros Raúl Leonid Salazar Rivera y Ana María Arrarte Arisnabarreta, respectivamente, se pone en su conocimiento los escritos presentados por el Consorcio el 17 y 22 de febrero de 2011; asimismo, se les informó sobre la carta



PERÚ

Ministerio
de Economía y FinanzasOrganismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

PRESIDENCIA EJECUTIVA

s/n de fecha 18 de febrero de 2011, presentada por el abogado Javier Tovar Gil;

Que, mediante escrito s/n presentado el 2 de marzo de 2011, el Consorcio hace de conocimiento del OSCE su extrañeza por lo declarado por el abogado Tovar Gil, quien habría dado a entender que conoce todo el contexto de los procesos arbitrales y cuestionamientos formulados en contra de la recusada. Asimismo, señala que esa afirmación compromete gravemente a la recusada pues con lo afirmado por el referido abogado, se estaría probando la afectación a los principios de buena fe, independencia y confidencialidad que deben regir la conducta de los árbitros;

Que, mediante Carta s/n, presentada el 3 de marzo de 2011, la recusada comunica al OSCE su renuncia al cargo de Presidenta del Tribunal Arbitral, conformado conjuntamente con el abogado recusado Raúl Leonid Salazar Rivera y el abogado Fernando Cantuarias Salaverry;

Que, mediante Carta s/n presentada el 3 de marzo de 2011, la recusada en su calidad de Presidenta del Tribunal Arbitral referido en el punto anterior, hace de conocimiento –según indica, de conformidad con el Artículo 38º del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE- su decisión de apartarse del cargo de árbitro también en otro Tribunal Arbitral conformado en otro proceso por los doctores Gonzalo García Calderón y Víctor Palomino Ramírez, a cargo de resolver la controversia suscitada entre el Consorcio Obrainsa y Proviñas Nacional;

Que, mediante Carta s/n, de fecha 4 de marzo de 2011, presentada el 7 de marzo de 2011, el recusado Raúl Leonid Salazar Rivera, hace de conocimiento –según indica, de conformidad con el Artículo 38º del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE- su decisión de renunciar al cargo de árbitro de parte, apartándose del procedimiento;

Que, mediante Carta s/n, de fecha 7 de marzo de 2011, presentada el 7 de marzo de 2011, el recusado Raúl Leonid Salazar Rivera, responde el Oficio Nº 2063-2011-OSCE/DAA, reiterando su decisión de apartarse del encargo de árbitro;

Que, mediante Oficios Nº 2898-2011-OSCE/DAA, Nº 2901-2011-OSCE/DAA y Nº 2902-2011-OSCE/DAA, notificados el 21 de marzo de 2011 al árbitro Fernando Cantuarias Salaverry, a la Entidad y al Consorcio, respectivamente, se hicieron de conocimiento las renuncias de los árbitros recusados.

Que, debe señalarse que el marco normativo vinculado al presente arbitraje, de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación signada con el Nº 170-2008-AH, de fecha 10 de diciembre de 2008, es el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 083-2004-PCM, en adelante la Ley; su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM, en adelante el Reglamento; y el Decreto Legislativo Nº 1071, Ley de Arbitraje;

Posición de la Recusante

Que, mediante escrito s/n, presentado el 11 de enero de 2011, el Consorcio presenta recusación contra dos (2) de los miembros del Tribunal Arbitral, el árbitro Raúl Leonid Salazar Rivera y la árbitro Ana María Arrarte Arisnabarreta, señalando como fundamentos 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 Consorcio manifiesta que existe parcialización de los recusados con la Entidad, que ha podido apreciarse en los hechos acontecidos en otro proceso arbitral seguido por el Consorcio con la Entidad, sobre la misma obra, donde los recusados comparten también el Tribunal Arbitral;

Que, el Consorcio manifiesta que en el proceso arbitral instalado el 19 de diciembre de 2008, conforme consta en el Acta Nº 156-2008-AH/CONSUCODE, donde los recusados, conjuntamente con el abogado Fernando Alfaro Bravo, conforman el Tribunal Arbitral, éste mediante Resolución Nº 21, de fecha 4 de agosto de 2009, ordenó la suspensión del proceso arbitral, por acuerdo de ambas partes. Esta suspensión habría tenido como sustento evitar la emisión de laudos contradictorios, dado que en otro proceso ante otro Tribunal Arbitral, la materia sometida a arbitraje es la resolución del contrato;

Que, con fecha 18 de febrero de 2010, en el proceso arbitral suspendido, la Entidad solicita al Tribunal Arbitral el levantamiento de la suspensión. Este pedido sería declarado improcedente, mediante Resolución Nº 26 de fecha 10 de marzo de 2010, indicándose como fundamentos: (a) que el pedido fue acordado por ambas partes; (b) que para levantar la suspensión debe haber acuerdo de ambas partes con ese propósito; y (c) que a la fecha aún no se resolvía el proceso arbitral "principal", que habría motivado la suspensión;

Que, la Entidad, mediante escrito de 12 de abril de 2010, presentó recurso de reconsideración contra la resolución referida, el mismo que mediante Resolución Nº 28 de fecha 30 de abril de 2010, fue declarado infundado, bajo los mismos argumentos;

Que, el Consorcio señala que mediante escrito de fecha 3 de septiembre de 2010, la Entidad intentaría nuevamente levantar la suspensión del proceso, cuestionando la Resolución Nº 28, pedido que mediante Resolución Nº 30 sería atendido, declarándose el levantamiento de la suspensión del proceso, sin mediar acuerdo entre ambas partes. Luego de cuestionar esta decisión, el Tribunal Arbitral, mediante Resolución Nº 31, solicitó al Consorcio pronunciarse sobre la necesidad de mantener la suspensión del proceso arbitral;

Que, el Consorcio señala que la decisión adoptada por la Entidad, es una exigencia sin sustento y un indicativo de parcialización. Del mismo modo, manifiesta que otro indicativo de parcialización habría sido el hecho que el Estudio de Abogados del que forma parte la recusada, asesore al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a Proviñas Nacional, según el Contrato de Consultoría Nº 24-2008-MTC/20, de fecha 18 de febrero de 2008;

Que, el Consorcio manifiesta que su recusación se motiva en hechos acontecidos en otro proceso arbitral seguido por las mismas partes, sobre la misma obra, y en la existencia de un vínculo entre la Entidad y el Estudio Echecopar Abogados;

Posición de la Entidad

Que, mediante escrito Nº 1, presentado el 2 de febrero de 2011, la Entidad absuelve el traslado de la recusación planteada, señalando que de conformidad con el inciso 3 del Artículo 28º del Decreto Legislativo Nº 1071, Ley de Arbitraje, sólo se puede recusar a un árbitro 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. Agrega, además, que de las actuaciones arbitrales se puede advertir que no ha existido decisión del Tribunal Arbitral que carezca de sustento;

Que, la Entidad señala que la recusación planteada contra la abogada Ana María Arrarte Arisnabarreta, debe ser declarada improcedente por haber sido presentada de manera extemporánea, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 1 del Artículo 284º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, según el cual, la recusación debe formularse al OSCE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de conocida la causal sobreviniente que se invoca. Conforme obra en autos, mediante Resolución Nº 16 de fecha 19 de noviembre de 2009, el Tribunal



PERÚ

Ministerio
de Economía y FinanzasOrganismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

PRESIDENCIA EJECUTIVA

Arbitral puso en conocimiento de ambas partes la carta mediante la cual la recusada revelaba los hechos que ahora son materia de recusación;

Posición de los recusados

Que, mediante escrito s/n, presentado el 2 de febrero de 2011, la recusada Ana María Arrarte Arisnabarreta, absuelve el traslado de la recusación planteada, señalando, entre otros argumentos, que mediante carta de octubre de 2009 aceptó la designación formulada por sus co-árbitros en el proceso arbitral sobre Adicionales de Obra, indicando que se consideraba "en aptitud de ejercer el cargo propuesto con la imparcialidad, solvencia e independencia exigida". Asimismo, reitera que informó a las partes, entre otros hechos:

- Que presidia Tribunales Arbitrales encargados de resolver controversias en las que Proviñas Nacional era parte;
- Que integraba Tribunales Arbitrales en controversias en las que Proviñas Nacional era parte y que había sido designada como árbitro por tal Entidad;
- Que había integrado en el pasado Tribunales Arbitrales que se pronunciaron respecto de controversias en las que Proviñas Nacional era parte;
- Y que el Estudio Echecopar Abogados, del que forma parte, se encontraba patrocinando a una empresa en un arbitraje iniciado contra Proviñas Nacional;

Que, la recusada señala que ninguna de las circunstancias fueron consideradas por las partes como hechos que pudieran afectar su imparcialidad e independencia. Asimismo, señala que solicitó a la Secretaría Arbitral de los procesos seguidos por el Consorcio contra Proviñas Nacional, poner en conocimiento de las partes lo siguiente:

- (i) Que dado que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones había asumido la defensa de todos los procesos de Proviñas Nacional, consideró pertinente informar que el Estudio Echecopar Abogados, del que forma parte, se encontraba patrocinando dos (2) procesos arbitrales iniciados contra la Entidad, sobre reclamos de indemnización por expropiación.
- (ii) Que había tomado conocimiento que los abogados Jorge Danós Orgoñez y Juan Carlos Morón Urbina habían recibido recientemente tres (3) consultas concretas formuladas por la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico y la Dirección de Transporte Terrestre del MTC, respecto de temas que no guardaban relación con el proceso arbitral seguido entre el Consorcio y la Entidad.

Que, la recusada señala que estos hechos fueron revelados en ambos procesos arbitrales mediante cartas de fechas 29 de septiembre y 18 de noviembre de 2009. Asimismo, fueron notificadas a las partes mediante Resoluciones Nº 23 y Nº 24 de fecha 30 de septiembre y 19 de noviembre de 2009 en el caso del arbitraje de Adicionales de Obra, y mediante Resoluciones Nº 14 y Nº 16 de fechas 21 de octubre y 19 de noviembre en el caso de arbitraje sobre Adelanto Directo. Ninguna de las partes objetó los hechos indicados;

Que, sobre lo afirmado por el Consorcio, en relación a las asesorías brindadas por encargo de la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico y la Dirección General de Transporte del Ministerio de Comunicaciones, la recusada señala que estos hechos fueron informados oportunamente y por lo tanto debería ser declarada improcedente por extemporánea, dado que el recusante ha invocado este hecho después de haber transcurrido más de un (1) año desde que fuera revelado. No obstante ello,

señala que al considerar que la recusación formulada por el Consorcio carece de fundamentos, debería ser declarada infundada, y que más que buscar garantizar su permanencia en el arbitraje, lo que su escrito de descargo busca es despejar cualquier duda sobre su independencia e imparcialidad para asumir el cargo de árbitro;

Que, de otro lado, mediante escrito s/n, presentado el 2 de febrero de 2011, conjuntamente con la recusada, el abogado Raúl Salazar Rivera, absuelve el traslado de la recusación formulada en su contra, señalando como cuestión previa que quienes suscriben el referido escrito, consideran imprescindible señalar que en su condición de árbitros tienen claro que uno de los deberes esenciales es guardar absoluta independencia e imparcialidad. Agregan que por ello, "si estimáramos que alguna circunstancia, suscitada fuera o dentro de un arbitraje, ha afectado la posibilidad de que cumplamos con respetar dichos principios en el ejercicio de nuestro cargo, renunciaríamos inmediatamente, sin necesidad de que se formule recusación en nuestra contra";

Que, en cuanto a los argumentos de la recusación, señalan que ésta no guarda relación con el arbitraje sobre Adelanto Directo, y que no se sustenta en hechos acontecidos en el trámite del mismo, ni pretende cuestionar decisiones adoptadas por los árbitros recusados en ese proceso; sino más bien en otro proceso arbitral (Acta de Instalación Nº 156-2008, de fecha 19 de noviembre de 2008), los mismos que han sido planteados por el Consorcio en el Expediente Nº R. 001-2011;

Que, en cuanto a los hechos descritos por el Consorcio, sobre la decisión del Tribunal Arbitral de levantar la suspensión del proceso arbitral, los recusados señalan que esta decisión fue adoptada luego de haber evaluado los argumentos de cada parte. En tal sentido, luego de haber escuchado las posiciones de ambas partes, y después de revisar el cuadro de procesos que había presentado Proviñas Nacional, que detallaban el estado de los ocho (8) arbitrajes vinculados al mismo contrato, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución Nº 30 de fecha 13 de octubre de 2010, y solicitó a ambas partes explicar si era necesario o no que el arbitraje permanezca suspendido hasta que culmine el "proceso principal", para evitar que se emitan laudos contradictorios;

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral, emitió la Resolución Nº 31, resolviendo correr traslado a cada una de las partes de los escritos presentados para que manifiesten lo que consideren conveniente, asimismo, invocó a ambas partes absolver lo indicado en la Resolución Nº 30;

Posición del recusante (Ampliación de Recusación)

Que, mediante escritos s/n, presentados el 17 y 22 de febrero de 2011, el Consorcio amplía el sustento de las solicitudes de recusación planteadas y pone en conocimiento del OSCE nuevos hechos;

Que, el Consorcio manifiesta que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 224º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje: independientes e imparciales, deberes que "los obliga a actuar y decidir de manera proporcional y razonada respecto de cualquier incidencia, solicitud, u oficiosa intervención, ocurrida en el desarrollo de las actuaciones";

Que, asimismo, señala que el segundo párrafo del artículo antes citado dispone que todo árbitro al momento de aceptar su designación "debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia", deber que comprende además "la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación, y que pudiera afectar su imparcialidad e independencia";

Que, en el mismo sentido, el Artículo 28º del Decreto Legislativo Nº 1071, dispone que los



PERÚ

Ministerio
de Economía y FinanzasOrganismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

PRESIDENCIA EJECUTIVA

árbitros deben ser y permanecer durante el arbitraje independientes e imparciales, asimismo, establece que deberán revelarse todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Indicándose además, que el árbitro, a partir de su nombramiento, debe revelar a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia;

Que, el Consorcio señala que entre los hechos no revelados por los recusados se encuentran: por parte de la recusada, como hechos previos al inicio del arbitraje: (1) Haber sido designada por Provías Nacional – MTC como árbitro en el proceso arbitral seguido por el Consorcio Madre de Dios contra la Entidad; (2) Haber sido designada por Provías Nacional – MTC como árbitro en el proceso arbitral seguido por el Consorcio Vial Ichu contra la Entidad¹; (3) Haber sido designada Presidenta del Tribunal Arbitral en el proceso arbitral seguido por la Constructora Prado Contratistas Generales S.R.L. contra Provias Rural – MTC; (4) Haber sido designada Presidenta del Tribunal Arbitral en el proceso arbitral seguido por el Consorcio Vial Cusco contra Provías Descentralizado – MTC; y como hechos posteriores a la instalación del arbitraje: Haber sido designada Presidenta del Tribunal Arbitral en el proceso arbitral seguido por el Consorcio Obrainsa SVC. contra Provías Nacional – MTC;

Que, del mismo modo, el Consorcio señala como otros hechos que debieron ser revelados durante el transcurso de las actuaciones arbitrales por parte del recusado, los siguientes: (1) Haber conformado el Tribunal Arbitral en el proceso arbitral seguido por PMB Contratistas Generales S.R.L. contra Provías Descentralizado – MTC; (2) Haber conformado el Tribunal Arbitral en el proceso arbitral seguido por Martha Fanny La Torre Cabanillas contra Provías Descentralizado – MTC; (3) Haber conformado el Tribunal Arbitral en el proceso arbitral seguido por el Consorcio San Ignacio contra Provías Descentralizado – MTC;

Que, finalmente, el Consorcio señala que los argumentos desarrollados en sus solicitudes de recusación así como la no revelación de los hechos descritos en su escrito ampliatorio, "suponen para el Consorcio razones suficientes que dan lugar a la existencia de dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros recusados, dado que han incumplido su deber de revelación";

Que, de otro lado, mediante escrito s/n, presentado el 2 de marzo de 2011, el Consorcio, absolvío el traslado de la Carta s/n, presentada por el abogado Javier Tovar Gil, Socio Principal del Estudio Echecopar Abogados, y puesta en su conocimiento el 28 de febrero de 2011, haciendo de conocimiento del OSCE que la referida misiva no correspondería al caso que se está ventilando. No obstante, manifiestan su "profunda extrañeza" por las declaraciones del citado abogado, al expresar su solidaridad con la recusada "dando a entender que conoce todo el contenido del procedimiento arbitral y los cuestionamientos que se formulan en contra de dicha abogada".

Que, en el mismo sentido, el Consorcio manifiesta que lo afirmado por el abogado Javier Tovar Gil compromete gravemente a la recusada, y "prueba que guarda una relación directa con el abogado nombrado precedentemente y por lo tanto también con el Estudio Echecopar al hacer de su conocimiento los procesos arbitrales que dicha abogada lleva a cabo, violentando de esta manera la independencia de sus actos que todo árbitro debe mantener";

Que, este hecho habría vulnerado la estricta reserva que debe mantenerse sobre los procesos arbitrales, por lo que corresponde al OSCE revisar los hechos y manifestar lo correspondiente;

Análisis de los hechos y las posiciones del recusante y recusados

¹ El Consorcio señala que la recusada en sus cartas de fecha 13 de octubre y 10 de noviembre de 2008, puntos (iv) y (v) respectivamente, informa ser Presidenta del Tribunal Arbitral encargado de resolver la controversia entre el Consorcio Vial Ichu y Provías Nacional; sin embargo, omite revelar haber sido designada árbitro de parte por Provías Nacional.

Que, de otro lado, mediante cartas s/n, de fechas 1 y 3 de marzo de 2011, presentadas simultáneamente el 3 de marzo de 2011, la recusada hace de conocimiento del OSCE su decisión de renunciar al cargo de Presidenta del Tribunal Arbitral en el arbitraje seguido por el Consorcio contra la Entidad, instalado el 10 de diciembre de 2008, conforme consta en el Acta de Instalación Nº 170-2008-AH;

Que, del mismo modo, mediante cartas s/n, de fecha 4 y 7 de marzo de 2011, recibidas el 7 de marzo de 2011, el recusado, pone de conocimiento del OSCE su decisión de renunciar al cargo de árbitro miembro del Tribunal Arbitral en el arbitraje seguido por el Consorcio contra la Entidad, instalado el 10 de diciembre de 2008, conforme consta en el Acta de Instalación Nº 170-2008-AH;

Que, en tal sentido, dada la renuncia de los recusados al encargo de árbitros en el proceso arbitral seguido entre el Consorcio y la Entidad, corresponde al OSCE declarar improcedente la solicitud de recusación en contra de los abogados Ana María Arrarte Arisnabarreta y Raúl Leonid Salazar Rivera, por sustracción de la materia;

Que, sin perjuicio de lo indicado, y estando a lo afirmado por el Consorcio en cuanto a la posible vulneración del deber de confidencialidad de las actuaciones arbitrales, contemplado en el Artículo 51º de la Ley de Arbitraje, corresponde al OSCE pronunciarse sobre lo manifestado, y la responsabilidad de la recusada sobre la afectación del citado deber;

Que, el artículo antes citado establece que "salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad";

Que, como puede apreciarse, en el Perú la Ley de Arbitraje ha optado por la confidencialidad como principio, por lo que este es de aplicación a todos los aspectos del arbitraje, a todos los actores que participan en él, y a todos los documentos y actuaciones que se presenten en el proceso arbitral. Mas ha dispuesto una única excepción respecto de la confidencialidad, la cual es de aplicación exclusiva a los arbitrajes en los que interviene el Estado peruano como parte, por la cual se establece que el Laudo será público, manteniéndose, sin embargo el criterio de la confidencialidad para todas las demás actuaciones arbitrales;

Que, la confidencialidad es por tanto, a decir de Fernández Rozas, "una obligación que pesa sobre los árbitros y las partes de no divulgar el contenido del procedimiento, especialmente de los materiales en él producidos"². Para cierto sector de la doctrina, esta obligación deriva directamente del denominado "contrato de arbitraje", extendiéndose a las personas ajena al procedimiento, salvo autorización expresa del tribunal arbitral y de las partes;

Que, el secreto del proceso arbitral suele justificar por sí solo la voluntad de las partes que se enfrentan en un arbitraje, de evitar una "publicidad potencialmente desfavorable o perjudicial que suele ser consustancial en los procesos ante la jurisdicción ordinaria"³. No cabe duda que la confidencialidad se justifica plenamente, dado que las partes recurren al arbitraje porque quieren mantener en secreto su controversia por razones diversas. En ese sentido, "renuncia a la garantía de

² Fernández Rozas, José Carlos (2009) *Trajectorya y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial*. En: *Arbitraje*. Vol. II, Nº 2. Caracas, Editorial Apuntes, p. 337.

³ Idem.



PERÚ

Ministerio
de Economía y FinanzasOrganismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

PRESIDENCIA EJECUTIVA

imparcialidad y control que nace de la publicidad a cambio de la deseada confidencialidad⁴;

Que, queda claro, entonces, que el arbitraje se funda en la confianza y respeto de las normas y la ética profesional de los árbitros; por tanto, la confianza constituye "el vehículo esencial para mantener la dignidad de éstos y el prestigio de la institución arbitral si se opta por el arbitraje administrado como mecanismo alternativo de solución de conflictos"⁵. En ese sentido, los árbitros deben considerar todos los aspectos del arbitraje como confidenciales, por lo que se exige de ellos no utilizar las informaciones a que tuvieron acceso durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales para obtener ventajas personales o para favorecer o perjudicar a terceros; obligación que subsiste inclusive después de concluido el litigio;

Que, de la revisión de lo actuado en la presente recusación, se tiene que, en efecto, mediante Carta s/n de fecha 18 de febrero de 2011, el abogado Javier Tovar Gil, Socio Principal del Estudio Echecopar Abogados, y Jefe del Área de Derecho Regulatorio, que comprende, según indica, temas de derecho administrativo del Estudio Echecopar, hace de conocimiento del OSCE una serie de afirmaciones con el propósito de expresar su solidaridad con la recusada Ana María Arrarte Arisnabarreta, y explicar el contexto de uno de los hechos invocados como causal de recusación que habría generado duda justificada sobre la imparcialidad e independencia de la mencionada abogada;

Que, en la referida misiva, el citado abogado manifiesta que resulta "fundamental incidir en que siempre que se designe a un abogado, que además de desempeñarse como árbitro, sea miembro de un Estudio (...), podrá presentarse la situación en la que antes, durante o con posterioridad al transcurso del arbitraje, el Estudio del que es parte absuelva alguna consulta, tome conocimiento, o se vincule con algún asunto que involucre a una de las partes del proceso, aunque éste no guarde relación alguna con la materia discutida en el arbitraje";

Que, no obstante ello, las afirmaciones contenidas en la referida carta no constituyen mérito suficiente para determinar la afectación del deber de confidencialidad, por parte de la recusada, contenido en el Artículo 51º de la Ley de Arbitraje;

Que, por su parte, el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo Nº 1017, dispone que los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el encargo con independencia, imparcialidad y autonomía, obligación que de ser incumplida significará que estos podrán ser sancionados en aplicación del Reglamento y el Código de Ética.

Que, este organismo considera fundamental incidir sobre la importancia del deber de confidencialidad, contenido en el "principio de confidencialidad", establecido en el inciso 3.6 del Artículo 3º del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones con el Estado⁶, aprobado mediante

⁴ De Trazegnies Granda, Fernando (2010) ¿Confidencialidad o publicidad en el arbitraje? Nueva Ley de Arbitraje 2008. En: *Arbitraje, Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Lima, Palestra Editores SAC. pp. 60 – 61.

⁵ Fernández Rozas, José Carlos (2009) Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial. En: *Arbitraje*. Vol. II, Nº 2. Caracas, Editorial Apunser. P. 353.

⁶ Resolución Nº 258-2008-CONSUCODE/Pre – Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones con el Estado
Artículo 3º.- Principios

El árbitro deberá salvaguardar y guiar su accionar de conformidad con los siguientes principios: (...)

3.6. Principio de Confidencialidad. El árbitro deberá mantener la debida reserva respecto de las actuaciones arbitrales, los medios probatorios, la materia controvertida y el laudo arbitral, incluso luego de concluidas sus funciones y sin perjuicio de las normas sobre transparencia en las Contrataciones del Estado y demás normas que corresponda aplicar.
(...)

Los principios que rigen las contrataciones estatales forman parte integrante de este Código, en cuanto sean aplicables al arbitraje.

El CONSUCODE se encuentra facultado para sancionar cualquier infracción a los principios recogidos en este Código, aun cuando el arbitraje haya concluido, el árbitro haya renunciado o haya sido removido del cargo.

Resolución N° 258-2008-Consucode/PRE, y desarrollado en el Artículo 9º de la misma norma⁷, cuya observancia constituye una “obligación” que pesa sobre los árbitros, de no divulgar el contenido del procedimiento, especialmente de lo ocurrido en él, hasta la emisión del laudo arbitral, con el propósito –como ya se ha señalado– de garantizar y salvaguardar el desarrollo de las propias actuaciones arbitrales, justificado por sí solo con la voluntad de las partes de evitar la publicidad potencialmente desfavorable o perjudicial, que suele ser consustancial en los procesos ante la jurisdicción ordinaria. El OSCE se encuentra facultado para sancionar cualquier infracción a los principios recogidos en el Código de Ética, aún cuando el arbitraje haya concluido, el árbitro haya renunciado o haya sido removido del cargo. Cualquier denuncia de infracción al referido Código, es decidida según la gravedad y/o la reiteración de la falta, en el contexto de las normas aplicables, en el procedimiento de Denuncia por Infracción al Código de Ética en el Arbitraje en Contrataciones del Estado;

Que, cabe recordar que desde comunicada la aceptación, los árbitros se obligan a cumplir el encargo haciéndose responsables por los daños y perjuicios que pudieran causar por dolo o culpa inexcusable, en el ejercicio de sus funciones, respecto de las reglas a las que se sujetan, contenidas en el Acta de Instalación, el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones con el Estado, el Reglamento, o la propia Ley de Contrataciones del Estado⁸;

Que, de otro lado y sin perjuicio de lo señalado, este organismo considera fundamental incidir sobre la importancia del deber de revelación de los árbitros, debiendo entenderse aquél como una de las más importantes obligaciones que debe cumplir el árbitro al momento de aceptar el encargo, que tienen carácter permanente y que se mantienen durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales hasta su culminación; y que implica declarar aquellas situaciones que pudieran ser consideradas por el árbitro o las partes como posible afectación a la independencia o imparcialidad, sean ésta una situación existente al momento de la aceptación, o sobreviniente a la instalación del arbitraje;

Que, se debe recordar que el árbitro, en cada caso en concreto, cuenta con suficientes elementos para determinar qué aspectos debe revelar a las partes para que estas consideren si aquéllos afectan o no verdaderamente su imparcialidad e independencia, y en qué casos debe proceder la abstención, por tanto, el deber de revelación es un auténtico “seguro de vida” de la instancia arbitral; y su incumplimiento, según afirma Fernández Rozas, podrá traer consigo tres mecanismos de sanción: la recusación, la anulación del laudo arbitral y la propia responsabilidad del árbitro⁹. Es por ello, que ante la duda de revelar o no determinada situación, el árbitro siempre deberá optar por declararla;

Que, conforme a lo establecido en el último párrafo del Artículo 5º del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones con el Estado, la omisión por parte del árbitro de cumplir con el deber de información (deber de revelación), da la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del caso y para dar trámite a la sanción respectiva;

Que, en tal sentido, y por las razones expuestas, habiéndose producido la renuncia de los

⁷ Artículo 9º.- Reserva

El árbitro deberá mantener en reserva las actuaciones arbitrales, las decisiones arbitrales y cualquier documentación vinculada a la tramitación del arbitraje.

El árbitro no debe usar la información confidencial que haya conocido, para procurar ventaja personal o para terceros, ni para afectar negativamente los intereses de estos y/o de las partes.

El árbitro no debe adelantar a nadie las decisiones que posiblemente se tomen durante el transcurso del arbitraje, ni dar en forma anticipada su opinión a ninguna de las partes ni a terceros.

⁸ Artículo 32.- Responsabilidad.

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.

⁹ Fernández Rozas, José Carlos (2010) Alcance del deber de revelación del árbitro (Sentencia de la Cour D'appel de Paris de 12 de febrero de 2009). En: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, III (2), pp. 597-606.



PERÚ

Ministerio
de Economía y FinanzasOrganismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

PRESIDENCIA EJECUTIVA

recusados, corresponde declarar la improcedencia de la presente solicitud de recusación por sustracción de la materia;

Que, en ese contexto, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 235º del Reglamento¹⁰, y en los Artículos 12º al 15º del citado Código, corresponde poner en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado estos hechos, a fin de que se determine si existe la comisión de infracción por parte de la recusada y, de ser el caso, se imponga la sanción que corresponda;

Que, estando a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 083-2004-PCM; y su Reglamento;

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 Nº 006-2009-EF;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar improcedente la recusación formulada por el Consorcio Ejecutores de Lima, contra los abogados Raúl Leonid Salazar Rivera y Ana María Arrarte Arisnabarreta, por sustracción de la materia, por los hechos y fundamentos expuestos.

Artículo Segundo.- Notificar la presente resolución al Consorcio Ejecutores de Lima, y a los abogados Raúl Leonid Salazar Rivera y Ana María Arrarte Arisnabarreta.

Artículo Tercero.- Poner en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado los hechos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, a fin de que se determine si existe la comisión de infracción por parte de la abogada Ana María Arrarte Arisnabarreta.

Artículo Cuarto.- Invocar a los Árbitros que participen o hayan participado en un arbitraje, a los Secretarios Arbitrales, a las partes, sus representantes, abogados y/o asesores, dar cumplimiento a los principios y disposiciones contenidas en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

Artículo Quinto.- 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.gob.pe.

Regístrate, comuníquese y archívese.



CARLOS AUGUSTO SALAZAR ROMERO
Presidente Ejecutivo

¹⁰ **Artículo 235.- Potestad sancionadora del Tribunal**

La facultad de imponer sanción administrativa de inhabilitación, temporal o definitiva, o sanción económica, a que se contraen los artículos 51 y 52 de la Ley, a proveedores, participantes, postores, contratistas, expertos independientes y árbitros, según corresponda, por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, reside en exclusividad en el Tribunal.

