



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 632-2011-OSCE/PRE

Jesús María,

26 OCT. 2011

VISTOS:

- (i) La solicitud de recusación presentada por la Municipalidad Distrital de Guadalupe, el 29 de marzo de 2011, ampliada mediante escrito de fecha 4 de mayo de 2011;
- (ii) Los escritos de fecha 18 de abril y 31 de mayo de 2011, mediante los cuales se absuelve traslado de la solicitud de recusación y de su escrito ampliatorio respectivamente;
- (iii) El Informe N° 054 -2011-OSCE/DAA de la Dirección de Arbitraje Administrativo, emitido con fecha 13 de setiembre de 2011;

CONSIDERANDO:

Que, el 18 de marzo de 2009, el Consorcio Namul, integrado por las empresas ARSAC Contratistas Generales y J.J.M Contratistas Generales SRL., en adelante el Consorcio, y la Municipalidad Distrital de Guadalupe, en adelante la Entidad, suscribieron un Contrato para la Ejecución de Obra "Proyecto Agua Potable y Alcantarillado de la Localidad de Guadalupe – Pacasmayo – La Libertad", bajo el sistema de Suma Alzada;

Que, dentro de la ejecución del referido contrato, surgió una controversia entre las partes, por lo que en aplicación de su Cláusula Décimo Octava, decidieron someterla a Arbitraje, designándose como árbitros de parte a los señores abogados Alfredo Enrique Zapata Velasco y Jesús Iván Galindo Tipacti, respectivamente; quienes a su turno designaron como tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral al señor abogado Fidel Alberto Castro Machado;

Que, conforme consta del Acta de Instalación N° 095-2010-AH/OSCE del 4 de junio de 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación con la presencia de representantes de ambas partes, en la sede institucional del OSCE, designándose como Secretaria Arbitral a la abogada Alicia Vela López, con Reg. CAL. 14907;

Que, el marco normativo vinculado al arbitraje, para los temas de fondo, de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación N° 095-2010-AH/OSCE, de fecha 4 de junio de 2010, y la Resolución N° 9 del 22 de septiembre de 2010, emitida por el propio Tribunal Arbitral, es el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, que aprobó el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en adelante la Ley; su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM en adelante el Reglamento; y el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje;

Que, de acuerdo con el documento i) de Vistos, la Entidad planteó ante el OSCE, una recusación contra el Tribunal Arbitral, por la existencia sobreviniente de la causal prevista en el numeral 3) del artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto



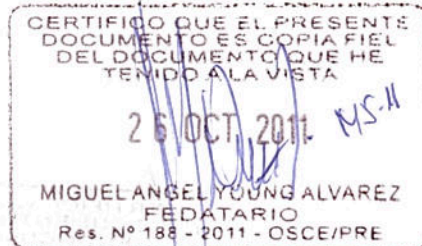
Supremo N° 184-2008-EF, indicando que existen circunstancias que generan dudas justificadas respecto de la imparcialidad, independencia o idoneidad de los árbitros para seguir conociendo del proceso arbitral;

Que, la Entidad expone como circunstancias o hechos que deben ser materia de análisis, los siguientes:

- 1) El Tribunal Arbitral no habría aplicado las normas constitucionales, legales y reglamentarias que ordenan que la defensa jurídica del Estado está a cargo del Procurador Público, al no haber emplazado con la demanda arbitral al Procurador encargado de la defensa jurídica de la Entidad.
- 2) La Entidad, a través de su abogado, habría advertido esta situación al Tribunal Arbitral, no obstante éste decidió continuar con el arbitraje y acumular posteriormente nuevas pretensiones, solicitadas por el Consorcio, a pesar de la oposición de la Entidad.
- 3) El Tribunal Arbitral, habría emitido la Resolución N° 2 - dentro de un Cuaderno Cautelar -, sin que la Entidad haya tenido conocimiento de ésta, concediendo una medida cautelar a favor del Consorcio, e infringiendo el numeral 3 del Artículo 47° del Decreto Legislativo N° 1071.

Que, asimismo, mediante su escrito ampliatorio, la Entidad, señala como documentos o circunstancias adicionales, que hacen dudar de la imparcialidad, independencia o idoneidad de los árbitros, entre otros, los siguientes:

- 1) La emisión de la Resolución N° 01 emitida por los recusados, por la que se modifica el numeral 5 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, precisando la sede del arbitraje.
- 2) Escrito N° 02 presentado por el Consorcio solicitando la acumulación de nuevas pretensiones y emisión de un laudo parcial, que contendría una falsa firma del representante legal del Consorcio; pero que no obstante, el Tribunal Arbitral proveyó y admitió como válido.
- 3) Resoluciones N° 8, 9 y 10 y las constancias de notificación respectivas, emitidas por la Secretaría Arbitral, las que, según detalla la Entidad, habrían estado firmadas por dos de los tres miembros del Tribunal Arbitral, faltando la firma de su Presidente, sin haberse expresado voto en discordia, abstención o voto singular por parte de aquél. Asimismo, la Entidad señala que en las cédulas de notificación de las resoluciones mencionadas se consigna "una falsedad absoluta", dado que las mismas no se encuentran firmadas como se señala al final de las cédulas, por los recusados. En el caso de la Resolución N° 9, agrega que, el Tribunal ha modificado un aspecto sustancial del Acta de Instalación, vinculado con las normas legales y reglamentarias aplicables al arbitraje (numeral 4 del Acta).

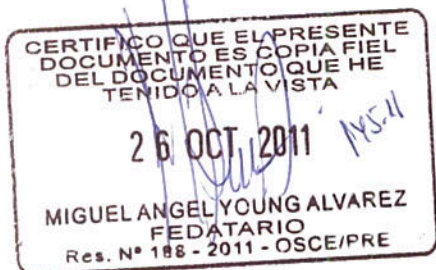


Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 632 - 2011 - OSCE/PRE

- 4) La Resolución N° 12, mediante la que se indica que la Entidad fue debidamente notificada con la Resolución N° 10, y admite los alegatos escritos del Consorcio. No obstante, según afirma la Entidad, esta resolución sería irregular, dado que no habría sido correctamente notificada con la Resolución N° 10. Señala además que la constancia de notificación de la Resolución N° 12 solo estaba firmada por dos miembros del Tribunal Arbitral.
- 5) La Resolución N° 13, que ordena traer el expediente para emitir laudo parcial, resultaría también irregular por las mismas razones expuestas.
- 6) La emisión del Laudo Arbitral parcial que declara fundada la pretensión principal del Consorcio consistente en el pedido de aprobación del presupuesto adicional N° 4, sería irregular por los hechos expuestos; así como por haber sido emitido contra el texto del quinto párrafo del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017, que prohíbe a los árbitros conocer y resolver controversias sobre aprobación de adicionales de obra. La Entidad, señala además que la constancia de notificación del laudo arbitral (que no contaría con la indicación del DNI. del notificador), es un hecho que no otorga garantía de la realización del acto de notificación.
- 7) Carta del Presidente del Tribunal Arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, con la que se remitió copia del laudo arbitral parcial, según indica la Entidad, luego de vencido con exceso el plazo establecido en la Ley para ese fin.
- 8) Resolución N° 16 a través de la cual se admitieron a trámite nuevas pretensiones, entre ellas, otra pretensión de adicional de obra, pronunciándose contra lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 que prohibiría expresamente el sometimiento a arbitraje de las decisiones de una Entidad sobre adicionales. Asimismo, la Resolución N° 20, a través de la cual se admite nuevamente una pretensión de adicional de obra.
- 9) Resolución N° 22, que presuntamente contendría la firma falsificada del Presidente del Tribunal Arbitral, según indica, se aprecia al compararla con las firmas que aparecen en el Acta de Instalación y en las resoluciones 1, 2, 3 y 20, entre otras. Por otro lado, la Entidad señala que mediante Resolución N° 27, el Tribunal Arbitral decidió continuar con el arbitraje y acumular las nuevas pretensiones solicitadas por el Consorcio a pesar de su oposición y el hecho que la etapa de pruebas de arbitraje concluyó, habiéndose emitido en noviembre de 2010 un Laudo Parcial sobre las pretensiones iniciales de la demanda arbitral, infringiéndose así el artículo 229° del Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.





10) Resolución N° 02 del Cuaderno Cautelar, con la que el Tribunal Arbitral concedió medida cautelar a favor del Consorcio, sin que se haya puesto en conocimiento de la Entidad previamente el pedido cautelar, vulnerando presuntamente el numeral 3 del Artículo 47° del Decreto Legislativo N° 1071, el cual dispone poner previamente en conocimiento de la otra parte un pedido cautelar. Asimismo, la Entidad señala que por la Resolución N° 03 del Cuaderno Cautelar, el Tribunal Arbitral concedió otra medida cautelar a favor del Consorcio ordenando el pago de una valorización.

Que, respecto de los hechos, circunstancias o documentos referidos por la Entidad, referidos en los numerales 1, 2 y 3 del Considerando Sexto de la presente resolución, mediante el documento ii) de Vistos, los árbitros recusados han manifestado lo siguiente:

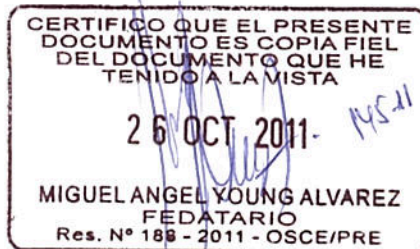
- 1) Sobre la presunta omisión en notificar al Procurador Público de la Entidad, el Tribunal Arbitral señala que mediante escrito presentado el 26 de enero de 2011, la Entidad solicitó la nulidad de lo actuado. Ante el pedido, el Tribunal Arbitral requirió a la Entidad (resolución N° 25), la presentación de la copia fedateada de la resolución de designación del Procurador Público, en un plazo de cinco (05) días, requerimiento que no fue cumplido, resolviendo en consecuencia, declarar improcedente el pedido de nulidad (resolución N° 26).

Sobre la acumulación de nuevas pretensiones, el Tribunal Arbitral señala que es una facultad establecida en el artículo 229° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y que en uso de la misma, ha resuelto disponiendo ésta medida mediante resoluciones que no han sido objeto de reconsideración por parte de la Entidad, quedando consentidas.

- 2) Del mismo modo, señala sobre la tramitación de la medida cautelar que de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1071, tiene facultad de poner o no en conocimiento de la otra parte la solicitud de la medida, en éste último caso, sin vulnerar en modo alguno el derecho de defensa o el debido proceso. Así, ha resuelto dos medidas cautelares, de las cuales, la primera no ha sido cuestionada, en tanto que respecto de la segunda, está pendiente de resolver un recurso de reconsideración. El Tribunal agrega que, los argumentos de la Entidad son cuestiones de carácter jurisdiccional, que deben ser resueltas por el Tribunal, de acuerdo con sus facultades y no constituyen causales de recusación, mecanismo que no es el idóneo para cuestionar las decisiones del Colegiado.

Que, sobre los documentos y circunstancias expresados por la Entidad, referidos en los numerales 1 al 10 del Considerando Séptimo de la presente resolución, los árbitros recusados han señalado lo siguiente:

- 1) Sobre la modificación del numeral 4 y 5 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, este Colegiado agrega que la naturaleza del proceso arbitral corresponde a uno Ad Hoc, por lo que la determinación de la sede arbitral es de su exclusiva competencia, y debía ser fijada en lugar distinto a las oficinas del OSCE, ya que dicha entidad sólo es sede arbitral y lleva la secretaría de los procesos administrativos seguidos bajo el Sistema Nacional de Arbitraje



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 632-2011-OSCE/PRE

Administrativo, por lo que en tales condiciones, la determinación de la sede arbitral fuera de las oficinas del OSCE era imprescindible, sin constituir irregularidad alguna.

Agrega en ese sentido, que la modificación del numeral 4 del Acta de Instalación, respondía a un error cometido al momento de la instalación cuando, entre otros aspectos, se señaló que el proceso iba a ser resuelto bajo lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1017, y su Reglamento, siendo que lo que correspondía era la aplicación del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, y su Reglamento, conforme aparece en las Bases y demás documentos del proceso de selección que corresponde al contrato de fecha 18 de marzo de 2009.



- 2) *Sobre una supuesta firma falsa de uno de los representantes del Consorcio, señala que es una alegación absolutamente equivoca, cuando sobre el asunto, el presunto agraviado – el Consorcio – no ha formulado objeción, ni la Entidad ha ejercido su derecho a impugnar.*
- 3) *Respecto de la afirmación realizada por la Entidad, referida a que las resoluciones N° 8, 9, 10, 12 y 13 no fueron suscritas por los tres miembros del Tribunal Arbitral, estos se remiten a la “Razón de Secretaría” de fecha 27 de mayo de 2011, acompañando su escrito, con copia fedateada de las citadas resoluciones en las que aparecen las firmas de sus tres integrantes.*

En ese contexto, de acuerdo a lo indicado por la Secretaria Arbitral, para el desarrollo de las actuaciones arbitrales del proceso arbitral, los proyectos de resolución son remitidos en su oportunidad a los miembros del Tribunal, vía correo electrónico, para su aprobación y con la conformidad de los mismos por esta vía o telefónicamente, se procede a notificar a las partes. Luego, la firma de las resoluciones se regulariza con posterioridad, sistema que regularmente se usa en los procesos arbitrales ad hoc e institucionales, dada la naturaleza del arbitraje.



- 4) *En cuanto a la emisión de un Laudo Arbitral parcial de fecha 21 de octubre de 2010, el Tribunal señala que el artículo 54° de la Ley de Arbitraje establece la posibilidad de que el Tribunal decida la controversia en un solo laudo o en tantos parciales como estime necesarios, habiendo sido este laudo notificado en el domicilio real y procesal de la Entidad.*
- 5) *Respecto de lo afirmado por la entidad en cuanto a la prohibición legal de someter a arbitraje pretensiones relacionadas a adicionales de obra, el Tribunal señaló que tal limitación ha sido regulada por la actual Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, mas no por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, que es la norma aplicable para resolver el fondo de la controversia.*



- 6) *El Presidente del Tribunal Arbitral ratifica la veracidad de la firma contenida en la Resolución N° 22. El Tribunal, respecto de la prohibición de acumular nuevas pretensiones señalada por la Entidad, argumenta que la etapa de prueba concluida en el proceso correspondía exclusivamente a la materia resuelta con el Laudo parcial, por lo que la*



limitación no es aplicable a nuevas pretensiones, siendo que para este caso, no se había abierto aún la etapa probatoria.

- 7) Sobre las medidas cautelares concedidas, el Tribunal Arbitral señala que no infringió el numeral 3 del artículo 47° del Decreto Legislativo N° 1071, puesto que por la mencionada norma se encuentra facultado para dictar medidas cautelares sin conocimiento previo de la otra parte. Asimismo, manifiesta que conforme obra en autos, oportunamente se puso en conocimiento de la Entidad el contenido del pedido cautelar, precisando que la Resolución N° 02 no fue impugnada por la Entidad, que ya se encontraba apersonada al proceso arbitral a través de su representante; y que en el caso de la Resolución N° 03, la misma es materia de un recurso de reconsideración que debe ser resuelto por el Tribunal Arbitral luego de que sea resuelta la solicitud de recusación materia de análisis. Finalmente, sobre la falta de traslado y comunicación de algunos escritos tanto de la Entidad como del Consorcio, los recusados manifiestan que ello se debe a que todo el Tribunal Arbitral se encuentra recusado.

Que, las causales para la recusación de árbitros, se encuentran previstas en el artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y se vinculan con: la presencia de los impedimentos establecidos en el artículo 221° de la misma norma; el deber de permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales, cumpliendo con lo establecido en el Código de Ética del OSCE y los deberes de informar por escrito a las partes sobre circunstancias que se relacionen con este aspecto, al aceptar el cargo y/o durante el transcurso del arbitraje, obteniendo, de ser el caso, de manera expresa la dispensa; cuando no se cumple con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y sus normas complementarias o; cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa;

Que, en consecuencia, una circunstancia que determina la recusación de un Tribunal Arbitral, es la existencia de situaciones concretas que generen dudas justificadas sobre su imparcialidad, o independencia, cuando estas no hayan sido comunicadas a las partes o siendo el caso, no se haya obtenido de manera expresa una dispensa, de acuerdo a lo previsto en el numeral 3 del artículo citado en el considerando anterior, generando por tanto, la apariencia de inequidad en el trato a las partes por parte del Tribunal, afectando la garantía que les corresponde para poder exponer oportunamente sus argumentos, hacer valer sus derechos que incluye el de defensa, así como la libertad y autonomía en el ejercicio de las funciones del Colegiado;

Que, lo antes señalado, es la causal invocada por la Entidad en su solicitud de recusación y sin perjuicio de lo señalado por ésta, de la evaluación del caso, se desprende que existen actuaciones a cargo del Tribunal Arbitral, señaladas como circunstancias que originarían su recusación, que en realidad corresponden al ejercicio de atribuciones, de acuerdo al marco normativo aplicable al arbitraje, incluyendo los principios arbitrales, los usos y costumbres en materia arbitral y a falta de acuerdo expreso de las partes (que regule un aspecto específico), actuaciones o decisiones que



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 632-2011 - OSCE/PRE

resultan justificadas, si se atiende a las circunstancias del caso, conforme a lo previsto en el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 1071;

Que, en ese sentido, se aprecia que los criterios seguidos para la modificación del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, como medidas apropiadas, de acuerdo a su entender - por errores contenidos en ésta - se encuentran justificados por las circunstancias presentadas, máxime cuando no fue materia de reconsideración por las partes. Lo mismo puede señalarse respecto de lo indicado por el Tribunal Arbitral cuando se remite a las "Razones de Secretaría" y la aplicación de usos y costumbres en el proceso arbitral, como descargo por la imputación de deficiencias en la aprobación, emisión y notificación de resoluciones;

Que existen alegaciones de la Entidad sobre una supuesta falsedad de firmas del Presidente del Tribunal Arbitral y el representante legal del Consorcio, que en el primer caso, ha sido desmentida por el propio interesado, ratificando su exactitud y en el segundo no ha sido acreditada mediante documento técnico oficial o pericia sobre la materia, razón por la cual, lo aportado por la Entidad no resulta pertinente o no tiene significado concluyente para valorar su afirmación, sin dejar de lado el hecho que el citado representante legal, notificado con la solicitud de recusación, no haya expresado su posición al respecto;

Que, asimismo, es necesario que se tenga en cuenta que, únicamente corresponde 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 su imparcialidad e independencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF;

Que con este criterio, es de señalar que sin perjuicio de lo afirmado por la Entidad y por los recusados, de conformidad con lo establecido en el numeral 5) del Artículo 29° del Decreto Legislativo N° 1071: "no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales", por lo que lo referido por la Entidad, respecto a la emisión de un Laudo Parcial y la atención de los pedidos cautelares realizados por el Consorcio, no pueden ser valoradas, en tanto el control de las decisiones adoptadas por los árbitros a través de Laudos debe ser entendido como una potestad del fuero jurisdiccional ordinario, al que corresponde revisar los fallos a través del recurso de anulación y en el caso de medidas cautelares, a través de la formulación de una reconsideración contra la resolución, en los plazos establecidos por el marco legal aplicable;

Que, estando a la atribución conferida en el numeral 21) del artículo 10° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF, con el visado de la Dirección de Arbitraje Administrativo y la Oficina de Asesoría Jurídica;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar infundada la recusación formulada por la Municipalidad Distrital de Guadalupe contra los señores abogados Fidel Alberto Castro Machado, Alfredo Enrique

Zapata Velasco y Jesús Iván Galindo Tipacti, por los hechos y fundamentos expuestos.

Artículo Segundo.- La presente Resolución tiene el carácter de definitiva e inimpugnable, de conformidad con el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Artículo Tercero.- Notificar la presente Resolución.

Regístrese, comuníquese y archívese.



MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva

