



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 344 - 2012 - OSCE/PRE

Jesús María, 30 OCT. 2012

SUMILLA:

No puede concluirse que en un proceso arbitral existen suficientes elementos para amparar una recusación contra un árbitro, motivado por el hecho de que dicho profesional suscribió un contrato con una Entidad que no es parte en el referido arbitraje y cuyo objeto contractual no tiene relación directa con el mismo; máxime cuando en la recusación no se ha sustentado ni probado la existencia de actuaciones concretas del árbitro que evidencien preferencias a favor de una parte en perjuicio de la otra; un interés o posición personal respecto de la controversia, o la existencia de relaciones o vínculos relevantes con las partes, representantes, asesores, abogados o árbitros del proceso.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por la Empresa Obrascón Huarte Lain S.A. Sucursal del Perú, con fecha 2 de julio de 2012 (Expediente de Recusación N° R49-2012); el escrito presentado por la árbitra recusada Karina Merle Alvarado León; y el Informe N° 99-2012-OSCE/DAA de fecha 4 de setiembre de 2012, que contiene la opinión técnico - legal de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE;

CONSIDERANDO:

Que, el 05 de mayo de 2010, el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional -PROVIAS NACIONAL (en adelante la "Entidad") y la empresa OBRASCON HUARTE LAIN S.A. SUCURSAL DEL PERU (en adelante la "Contratista"), suscribieron el Contrato N° 095-2010-MTC/20, derivado de la Licitación Pública N° 0024-2009-MTC/20, para la ejecución de la obra "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Ayacucho-Abancay, tramo: Km. 154+000 al Km. 210+000";

Que, surgida la controversia derivada de la ejecución del citado Contrato, mediante Oficio N° 2679-2012-MTC/07 del 14 de junio de 2012, la Entidad designó como árbitra de parte a la abogada Karina Merle Alvarado León, que acepta el cargo mediante escrito de fecha 19 de junio de 2012;

Que, con fecha 2 de julio de 2012, la Contratista formuló ante el OSCE recusación contra la citada árbitra;

Que, la recusación formulada se sustenta en los siguientes argumentos:

- La Contratista sostiene que la árbitra recusada suscribió con el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado - Proviás Descentralizado del



Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante "Provías Descentralizado") el contrato de servicios de consultoría individual – Contrato N° 458-2008-MTC/21 del 18 de setiembre de 2009-, el mismo que no ha sido informado a las partes lo cual implica un incumplimiento de su deber de revelación al tratarse de hechos que generan dudas justificadas respecto a su independencia e imparcialidad y que conforme al Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado conlleva apartar al árbitro del proceso.

- ii) Asimismo, indica que en su carta de aceptación al cargo, la abogada Karina Merle Alvarado León, declara haber sido designada como árbitra en otro caso por Provías Descentralizado, lo cual agrava su situación, pues si declaró este hecho, con mucha mayor razón debió declarar que previamente en el año 2009, firmó un contrato de consultoría precisamente con esa misma Entidad;

Que, sobre la recusación interpuesta la Entidad manifiesta que la árbitra Karina Merle Alvarado León reúne las condiciones para desempeñarse en el cargo encomendado, por lo que debe resolverse conforme a ley;

Que, respecto a la recusación formulada, la árbitra absuelve su traslado mediante escritos del 7 y 12 de julio de 2012, señalando que el Contrato N° 458-2008-MTC/21 del 18 de setiembre de 2009 está relacionado a actividades de capacitación en materia de contrataciones públicas que se dictó en cinco (5) sedes regionales. En virtud a lo indicado, precisa que el tipo de actividad por la cual fue contratada no generaría ningún hecho o circunstancia significativa que pudiera dar lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia, por lo que la recusación debe declararse infundada y/o improcedente;

Que, el marco normativo aplicable para resolver la presente recusación, corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la "Ley"), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante "el Reglamento"), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante "LA") y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE (en adelante el "Código de Ética");

Que, el aspecto relevante identificado es el siguiente:

¿La árbitra Karina Merle Alvarado León incumplió con su deber de revelación al no informar de un contrato de servicio de consultoría que suscribiera dicha profesional con Provías Descentralizado considerando que para la recusante dicha circunstancia genera dudas justificadas de su independencia e imparcialidad?.

- a) Considerando que la recusación se ha sustentado en el incumplimiento del deber de revelación y dudas justificadas de la independencia e imparcialidad, cabe delimitar los



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 344-2012 - OSCE/PRE

alcances de dichos conceptos en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.

- b) Sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, JOSE MARÍA ALONSO¹ ha señalado lo siguiente:

"Hay mucho escrito sobre el significado de cada uno de estos dos términos, 'independencia' e 'imparcialidad', en el contexto del arbitraje internacional. Frecuentemente se ha entendido 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".

- c) Del mismo modo, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS², expresa:

"(...) Como quiera que la imparcialidad es una cuestión subjetiva, los criterios para apreciarla por los terceros descansa en la consideración de los hechos externos, mediante los cuales suele manifestarse la imparcialidad o la falta de ésta; generalmente dicha apreciación se realiza desde la perspectiva de una parte objetiva en la posición de la parte que recusa el árbitro(...) Así concebida, la imparcialidad se configura como una noción de carácter subjetivo de muy difícil precisión pues se refiere a una determinada actitud mental que comporta la ausencia de preferencia hacia una de las partes en el arbitraje o hacia el asunto en particular. Y es aquí donde es oportuna la distinción entre dos conceptos, el de "predilección" y el de "parcialidad". La predilección significa favorecer a una persona sin perjudicar a la otra, mientras que la parcialidad implica favorecer a una persona perjudicando a otra (...)

(...) Si la imparcialidad es una predisposición del espíritu, la independencia es una situación de carácter objetivo, mucho más fácil de precisar (...), pues se desprende de la existencia de vínculos de los árbitros con las partes o con las personas estrechamente vinculadas a éstas o a la controversia, ya sea en relaciones de naturaleza personal, social, económicas, financieras o de cualquier naturaleza (...) El estudio de esos vínculos permite concluir si un árbitro es o no independiente, el problema es su cualidad acreditada para apreciar la falta de independencia, utilizándose criterios tales como proximidad, continuidad o índole reciente que, bien entendido, deben ser acreditados convenientemente (...)"

- d) Asimismo, el artículo 224° del Reglamento precisa que: "Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales (...)"

- e) Por otro lado, el deber de revelación, implica, antes que nada, una exigencia ética al árbitro para que en consideración a la buena fe y a la confianza que han depositado las

¹ JOSÉ MARÍA ALONSO - Revista Peruana de Arbitraje - Tomo 2-2006; pág. 98- Editorial Jurídica Grijley.

² JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS - Contenido Ético del Oficio de Árbitro - Congreso Arbitraje la Habana 2010- Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contentido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.



partes en su persona, informe de "(...) todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia"³. En ese contexto, de manera referencial, las directrices de la International Bar Association-IBA, nos informan que dicha obligación tiene como propósito que las partes puedan juzgar favorable o desfavorablemente la información brindada, y en virtud a ello adoptar las medidas pertinentes, entre ellas, efectuar una mayor indagación⁴.

- f) Asimismo, JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG sobre la amplitud y las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación señala:

"El deber de revelación es el más importante de cuantos tiene el árbitro y por ello debe ser interpretado por él mismo de forma amplia. El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación quiebra la necesaria confianza que forzosamente ha de inspirar la relación partes/árbitro en un proceso arbitral"⁵.

- g) En el marco de la Ley, los árbitros están obligados a informar oportunamente alguna circunstancia que les impediría actuar con imparcialidad, independencia y autonomía⁶. El Reglamento de la acotada Ley, ha delimitado mejor esta regulación, señalando que el deber de información se efectúa con motivo de la aceptación del cargo así como por cualquier causal sobrevenida a la aceptación⁷. Del mismo modo, el Código de Ética especifica que el deber de información se efectúa por escrito a las partes con motivo de la aceptación del cargo y se mantiene durante el transcurso del arbitraje⁸.

- h) Finalmente, el artículo 5° del Código de Ética, dispone lo siguiente:

"Artículo 5°.- Deber de información

En la aceptación al cargo de árbitro, este debe informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias:

(...)

5.2 Si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados,

³ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA, "El deber de revelación del árbitro", En: *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje - IPA, 2008, p. 323.

⁴ El literal b) de la Nota Explicativa sobre la Norma General 3 (Revelaciones del Árbitro) de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, señala que "(...) El propósito de revelar algún hecho o circunstancia es para permitir a las partes juzgar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del árbitro y, si así lo estiman necesario, para que puedan averiguar más sobre el asunto". (http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)

⁵ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA, "El deber de revelación del árbitro". En: *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje - IPA, 2008, p. 324.

⁶ La parte pertinente del artículo 52° de la Ley: "(...) Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía (...)"

⁷ La parte pertinente del artículo 224° del Reglamento señala: "(...) Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su independencia e imparcialidad con el deber de informar sobre cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de todo el arbitraje y que pudiera afectar su imparcialidad e independencia"

⁸ El Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado: "Artículo 5.- Deber de información En la aceptación al cargo de árbitro, éste debe informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias: (...) El deber de información se mantiene durante el transcurso del arbitraje (...)"



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA. 5/8
REG. N° 417

30 OCT 2012

PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 344-2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 344-2012 - OSCE/PRE

asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje de conformidad con lo establecido en este Código.

(...)

5.3 Si es o ha sido representante, abogado, asesor y/funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los árbitros en los últimos cinco años.

(...)

5.7.- Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad o independencia".

- i) Conforme a los criterios doctrinarios y normativos señalados, es necesario analizar los hechos que se le atribuyen a la árbitra recusada para lo cual debe considerarse lo siguiente:

- ❖ La recusante sostiene que la abogada Karina Merle Alvarado León incumplió su deber de revelación al no informar respecto del Contrato N° 458-2008-MTC/21 que suscribiera con Provias Descentralizado para brindar servicios de consultoría, pues se trataba de un hecho que genera dudas justificadas respecto a su independencia e imparcialidad.
- ❖ Sobre el particular, debe considerarse que el Contrato de Ejecución de Obra N° 095-2010-MTC/20, cuyas controversias se ventilan en el arbitraje de donde deriva la presente recusación, ha sido suscrito por la Entidad (Provias Nacional); mientras que el Contrato N° 458-2008-MTC/21 ha sido suscrito por Provias Descentralizado.
- ❖ Al respecto, si bien es cierto, ambos Proyectos se encuentran adscritos al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, tienen competencia propia para el desarrollo de sus atribuciones, conforme a las normas que regulan la organización y funciones del citado Ministerio⁹.

⁹ Mediante Decreto Supremo N° 021-2007-MTC se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en cuyo Capítulo X denominado "Proyectos Especiales", señala lo siguiente:

Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones "De los Proyectos Especiales"

Artículo 95°.- El Ministerio cuenta con los siguientes Proyectos Especiales:

- a) Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.- Tiene a su cargo actividades de preparación, gestión, administración y ejecución de proyectos de infraestructura de transporte relacionada a la Red Vial Nacional, así como de la gestión y control de actividades y recursos económicos que se emplean para el mantenimiento y seguridad de las carreteras y puentes de la Red Vial Nacional.
- b) Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado – PROVIAS DESCENTRALIZADO.- Tiene a su cargo actividades de preparación, gestión, administración y de ser el caso la ejecución de proyectos y programas de infraestructura de transporte departamental y rural en sus distintos modos; así como el desarrollo y fortalecimiento de capacidades institucionales para la gestión descentralizada del transporte departamental y rural.

Del Funcionamiento de los Proyectos Especiales



- ❖ Luego, es importante para el análisis, tener en cuenta que dentro del marco legal que regula la actuación administrativa, se tiene que para la normativa en materia de contrataciones del Estado¹⁰ y la del procedimiento administrativo general¹¹, los Proyectos Especiales califican como "Entidades Públicas". Además, respecto de la primera de las citadas normas, debe señalarse su carácter especial en la regulación de las contrataciones del Estado y su consecuente aplicación para la resolución de controversias surgidas entre las partes o en procedimientos contemplados por dicha norma, como es el caso de la recusación planteada.¹²
- ❖ Se entiende con todo, que la adscripción de los citados proyectos (calificados en cada una de las normas citadas como Entidades) al referido Ministerio, respondería a un criterio de organización del Estado, a través del cual se les alinea en atención a políticas gubernamentales comunes al sector (Transportes y Comunicaciones), que a través del Ministerio ejerce funciones de tutela, siendo que los proyectos adscritos al Sector, de acuerdo a su propia organización, ejercitan diferenciadamente las atribuciones y funciones contempladas en sus normas de creación o Manuales de Operación, para lo cual realizan actuaciones administrativas (por ejemplo cuando emiten actos administrativos o celebran contratos), teniendo una distinta estructura y representación¹³.

Esto permite concluir que si bien es cierto la árbitra recusada celebró un contrato de consultoría con Provías Descentralizado, dicho Proyecto no es una de las partes en el arbitraje de donde deriva la presente recusación. Del mismo modo, el contenido del citado contrato de consultoría está referido a actividades de capacitación que no tienen relación directa con la controversia del referido proceso arbitral. Por lo demás, la recusación no ha sustentado ni probado la existencia de actuaciones concretas de la árbitra recusada que evidencie preferencias a favor de una parte en perjuicio de la otra, un interés o posición personal respecto de la controversia o la existencia de relaciones o vínculos

Artículo 96°.- Los Proyectos Especiales están adscritos al Subsector Transporte y se regularán por sus normas de creación y sus Manuales de Operación".

¹⁰ Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo N° 1017

"Artículo 3.- Ámbito de Aplicación

3.1. Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente norma, bajo el término genérico de Entidad(es):

(...)

j) Los proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, organismos públicos del Poder Ejecutivo, instituciones y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/o operativas de los Poderes del Estado; así como los organismos a los que alude la Constitución Política del Perú y demás que sean creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional. (...)"

¹¹ Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444

"Artículo 1.- Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública:

(...)

7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas (...)"

¹² **Artículo 5.-** Especialidad de la norma y delegación

"El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables" (...).

¹³ Como referencia es pertinente considerar que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley N° 29158) establece los principios y normas básicas de organización, competencias y funciones de este poder del Estado, cuyo Título IV sobre "Las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo", contiene disposiciones sobre los organismos públicos, programas, proyectos, entre otros.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA. 7/8
REG. N° 417

30 OCT 2012

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 344-2012 - OSCE/PRE

relevantes con las partes, representantes, asesores, abogados o árbitros del proceso.

- ❖ Finalmente, si bien es cierto la abogada Karina Merle Alvarado León ha informado que participa como árbitra en un proceso arbitral donde es parte Provias Descentralizado, tal hecho no le obliga necesaria y automáticamente a revelar todo tipo de situaciones o eventos que se relacionen con el citado Proyecto, en tanto que el deber de revelación se circunscribe a la particularidad de cada circunstancia a revelar y a los supuestos que prevé la normativa para su cumplimiento.
- ❖ Por las razones expuestas, no se evidencian elementos objetivos de circunstancias que generen dudas justificadas de la independencia e imparcialidad de la árbitra recusada, en cuya virtud tampoco podemos concluir que incumplió con su deber de revelación, razón por la cual la recusación debe declararse infundada;

Que, el inciso i) del artículo 58° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, concordante con el literal h) del artículo 5° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, señala como una función del OSCE designar árbitros y resolver recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento de la citada Ley;

Que, de acuerdo con el literal q) del artículo 11° del citado Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, es atribución de su Presidente Ejecutivo, resolver las recusaciones interpuestas contra conciliadores o árbitros, de conformidad con la normativa de contrataciones con el Estado;

Estando a lo expuesto, y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE; y con el visado de la Dirección de Arbitraje Administrativo y la Oficina de Asesoría Jurídica;

SE RESUELVE:

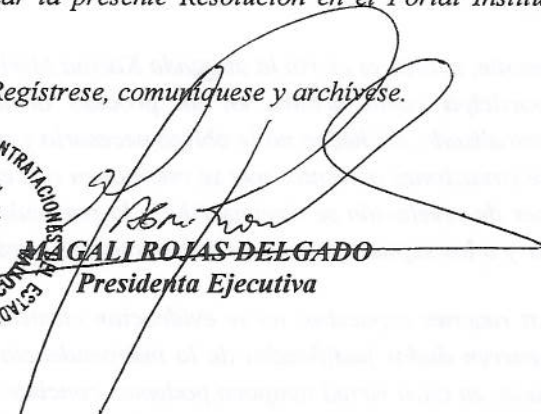

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADA la recusación formulada por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional-PROVIAS NACIONAL contra la árbitra Karina Merle Alvarado León, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.



Artículo Segundo.- Notificar la presente Resolución a las partes, así como a la árbitra recusada.

Artículo Tercero.- Publicar la presente Resolución en el Portal Institucional del OSCE (www.osce.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y archívese.



MAGALLANES DELGADO
Presidenta Ejecutiva

