



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 046-2013 - OSCE/PRE

Jesús María,

31 ENE. 2013

SUMILLA: La constitución del Tribunal Arbitral no se encuentra supeditada al agotamiento o no de la oportunidad que tienen las partes de recusar a sus miembros con posterioridad a la aceptación de éstos.

La recusación no es la vía idónea para cuestionar decisiones emitidas en el ámbito competencial de los árbitros, como son la resolución de una medida cautelar o la designación de la secretaría arbitral.

Para fundamentar la existencia de dudas justificadas que comprometan la imparcialidad e independencia de los árbitros, no basta la sola imputación sobre la base de la existencia de un vínculo entre éstos, sino que se requiere la presencia de mayores elementos de juicio que denoten un riesgo potencial en la conducción neutral del arbitraje, en detrimento del trato equitativo de las partes.

Las especializaciones sobre derecho administrativo, arbitraje y contrataciones del Estado establecidas en la Ley de Contrataciones como requisitos para que los abogados puedan ejercer el cargo de presidente del tribunal arbitral o árbitro único, pueden acreditarse a través del grado de formación académica o instrucción que ostenta el profesional (grados obtenidos como consecuencia de haber cursado y aprobado programas de estudio o cursos de especialización) o, a través del "expertise" o conocimientos altamente calificados obtenidos por la práctica reiterada del tema o materia en el tiempo.

VISTOS:

La solicitud de recusación del 08 de agosto de 2012, complementada mediante escrito del 13 de agosto del mismo año, formulada por la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres contra el abogado Iván Galindo Tipacti (Presidente del Tribunal Arbitral) (Expediente de Recusación N° R052-2012), los escritos de absolución presentados por el citado profesional y el Consorcio Perú y, el Informe N° 129-2012-OSCE/DAA del 11 de diciembre 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 10 de noviembre de 2011, la Municipalidad Distrital de San Martín De Porres (en adelante la "Entidad") y el Consorcio Perú, conformado por las empresas Corporación Villa S.A.C., Corporación Horizonte S.A.C. y MVA Contratistas Generales S.A.C. (en adelante "el Consorcio") suscribieron el Contrato N° 048-2011-MDSMP para la ejecución de la obra: "Rehabilitación y mejoramiento de la Avenida Perú del Distrito de San Martín de Porres, Lima - Lima" (en adelante el Contrato);

Que, con fecha 25 de junio de 2012, el Consorcio solicitó el inicio del proceso arbitral a la Entidad, designando como árbitro de parte al ingeniero Mario Manuel Silva López, quién comunicó su aceptación mediante carta de la misma fecha;

Que, la Entidad contestó la solicitud de inicio del arbitraje, mediante escrito de fecha 05 de julio

1

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 029..... 1/3..

31 ENE 2013
Patricia Landi Bullón
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

de 2012, designando como árbitro de parte a la abogada Giovanna Regina Abad Saldaña, quién comunicó su aceptación mediante carta de fecha 09 de julio de 2012;

Que, los árbitros previamente designados por las partes nombraron como Presidente del Tribunal Arbitral al abogado Iván Galindo Tipacti, quien comunicó su aceptación mediante carta de fecha 16 de julio de 2012;

Que, el 08 de agosto de 2012, a través de su Procuraduría Pública, la Entidad formula recusación contra el Presidente del Tribunal Arbitral, alegando dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad;

Que, con fecha 08 de agosto de 2012, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral;

Que, mediante escrito de fecha 13 de agosto de 2012, la Entidad amplió los argumentos de su recusación;

Que, con fecha 17 de agosto de 2012, el árbitro recusado Iván Galindo Tipacti efectúa sus respectivos descargos. Asimismo, con fecha 23 de agosto de 2012, dicho árbitro absolvio el traslado de la ampliación de argumentos presentada por la Entidad;

Que, por su parte, con fecha 21 de agosto de 2012, el Consorcio absolvio el traslado de la recusación;

Que, con fecha 03 de octubre de 2012, el árbitro recusado, abogado Iván Galindo Tipacti, comunicó su renuncia al cargo de Presidente del Tribunal Arbitral;

Que, las posiciones de los involucrados en la presente se recusación son las siguientes:

a) **Posición de la recusante:**

La recusación formulada por la Entidad se sustenta en que existen dudas justificadas respecto a la independencia e imparcialidad del árbitro recusado, según los siguientes fundamentos:

- i) La Entidad alega que el árbitro Iván Galindo Tipacti, en su condición de Presidente del Tribunal Arbitral, ha vulnerado los principios de independencia e imparcialidad, al haber recibido la solicitud de medida cautelar en su domicilio y haberla resuelto aun estando pendiente la constitución plena del Tribunal Arbitral.
- ii) Respecto a dicho punto, la Entidad precisa que, mediante Resolución N° 01 de fecha 25 de julio de 2012, el Tribunal Arbitral presidido por el árbitro recusado resolvió conceder la medida cautelar de no Innovar a favor del Consorcio, decisión emitida sin correr traslado previamente a la contraparte y que fuera notificada por la secretaría arbitral, la abogada Yesenia Lucila Pérez Caccha únicamente con su firma, sin las rubricas de los miembros del Tribunal Arbitral.
- iii) Señala también que, en el momento de la emisión de la referida Resolución N° 01, el Tribunal Arbitral no se encontraba plenamente constituido, en tanto si bien se produjo la aceptación de los árbitros, siendo la última aceptación la del Presidente del Tribunal Arbitral con fecha 16 de julio de 2012, ésta debía entenderse por consentida una vez transcurridos los plazos para la debida notificación a las partes y para la formulación de recusación dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, conforme lo establece el inciso 1) del artículo 226º del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante “el Reglamento”). De igual modo, debió entenderse el consentimiento de la

DE COMPROBADO, PREVIO COTEJO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 029..... 213 de la Ley adelante

31 ENE 2013
Patricia Landi Bullón

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



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 049-2013 - OSCE/PRE

ampliación del deber de información presentado por el árbitro Mario Manuel Silva López, mediante carta de fecha 17 de julio de 2012, recibida por la Entidad el 23 de julio de 2012, computándose a partir de dicha fecha los plazos antes referidos, luego de los cuales, a criterio de la recusante, podía entenderse por constituido plenamente el Tribunal Arbitral.

- iv) Respecto a la ampliación de información presentada por el árbitro Mario Manuel Silva López, la Entidad señala que, si bien se cumplió con revelar la información, se ha evidenciado a partir de esta declaración la existencia de una vinculación entre dicho árbitro y el recusado, en tanto han participado como coárbitros en más de un proceso arbitral, lo que aunaría a los otros motivos señalados sobre las dudas a la independencia e imparcialidad del árbitro recusado.
- v) Asimismo, la Entidad cuestiona la falta de transparencia en la designación de la secretaría arbitral, en tanto no le habría sido notificada dicha decisión arbitral con anterioridad a la notificación de la Resolución N° 01 antes referida. Finalmente, la Entidad sostiene que el árbitro recusado no cumplió con acreditar, al momento de su aceptación, su especialización en contrataciones con el Estado, arbitraje y derecho administrativo, de conformidad con la exigencia legal contemplada en el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017; de ese modo, a criterio de la recusante, el árbitro Iván Galindo Tipacti no cumple con las exigencias legales para ejercer el cargo de Presidente del Tribunal Arbitral.

b) **Posición de la Parte Recusada (descargos presentados por el árbitro):**

Sobre la recusación formulada en su contra, el abogado Iván Galindo Tipacti manifestó su rechazo a la misma en todos sus extremos, formulando los siguientes descargos:

- i) Que el Tribunal Arbitral se encontraba plenamente constituido al momento de emitir la Resolución N° 01 de fecha 25 de julio de 2012, en tanto formuló su aceptación con anterioridad a dicha fecha, el 16 de julio de 2012, la misma que fuera notificada a la Entidad el 17 de julio de 2012, a horas 12:42 p.m. En ese sentido, desde aquella última aceptación y habiendo transcurrido más de cinco (5) días sin que las partes impugnarán la medida cautelar formulada por el Consorcio.
- ii) Con relación al punto anterior, el árbitro recusado precisó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 47º del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, una vez constituido el Tribunal Arbitral está facultado para, a petición de parte, adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo. Asimismo, el numeral 3) de dicho artículo faculta al Tribunal Arbitral a conceder una medida cautelar sin conocimiento previo de la otra parte.
- iii) En cuanto a su vinculación con el árbitro Mario Manuel Silva López, el árbitro recusado manifestó que dicho vínculo es estrictamente arbitral y no se extiende a otros ámbitos del

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N°
31 ENE 2013
Pta. Patricia Landi Bullón
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

ejercicio profesional ni al ámbito personal, no pudiéndose considerar como causal de recusación el solo hecho de haber participado como coárbitros en otros procesos arbitrales, más aún cuando se ha cumplido con el deber de revelación en este extremo.

- iv) *Con relación a los cuestionamientos sobre la designación de la secretaría arbitral, el árbitro recusado precisó que en el punto quinto de la parte resolutiva de la Resolución N° 01 de fecha 25 de julio de 2012, se designó a la abogada Yesenia Lucila Pérez Caccha como secretaria arbitral del proceso, por lo que carece de fundamento lo señalado por la Entidad, respecto a que dicha decisión arbitral fuera notificada con posterioridad a la emisión de la referida Resolución N° 01.*
- v) *Finalmente, con relación a los cuestionamientos sobre su idoneidad profesional para el ejercicio de la función arbitral, el árbitro recusado señaló que no existe en el marco legal vigente ninguna disposición que exija al árbitro acreditar las especializaciones exigidas por el artículo 52º de la Ley al momento de su aceptación, por lo que este extremo de la recusación habría caducado a la fecha de la presentación de la presente recusación. Asimismo, indicó que al pertenecer al Registro de Árbitros del OSCE, esta institución ha recibido la documentación que acredita su experiencia y especialización en contrataciones con el Estado, arbitraje y derecho administrativo.*

Sin perjuicio de los descargos antes señalados, el árbitro recusado formuló su renuncia al cargo de Presidente del Tribunal Arbitral.

c) **Posición de la contraparte en el arbitraje**

Sobre la recusación formulada en contra del abogado Iván Galindo Tipacti, el Consorcio manifestó su rechazo a la misma en todos sus extremos, señalando lo siguiente:

- i) *No existe hecho o circunstancia significativa que pudiera dar lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro recusado, por cuando emitió la Resolución N° 01 cuando el Tribunal Arbitral estaba válidamente constituido desde la aceptación del abogado Iván Galindo Tipacti, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27º de la Ley de Arbitraje; por lo que, en ningún extremo, el Consorcio considera que el árbitro recusado haya vulnerado el debido proceso.*
- ii) *La Entidad en su escrito de recusación señaló haber consultado a la árbitra designada por dicha parte, la abogada Giovanna Regina Abad Saldaña, a fin de saber si había firmado o no la Resolución N° 01, lo que evidencia que existe una conexión y acercamiento entre la Entidad y la árbitra designada por ésta, hecho que si genera dudas sobre la independencia e imparcialidad de dicha profesional;*

Que, habiéndose señalado las posiciones de los involucrados en la presente recusación, corresponde efectuar el análisis de sus alcances, en razón del marco legal aplicable y los aspectos relevantes:

1. *El arbitraje es de derecho y ad hoc, según el convenio arbitral acordado por las partes, contenido en la cláusula décimo novena del Contrato, y conforme a la normativa aplicable, por lo que las partes se comprometen libremente las reglas a las que debe someterse el Tribunal Arbitral Ad Hoc, siempre y que estas no contravengan normas de orden público.*

REG. N° 0291 413

31 ENE 2013

P. Landi B.

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



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 049 - 2013 - OSCE/PRE

2. El marco normativo vinculado al arbitraje, aplicable para resolver la presente recusación, corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado 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 "Ley de Arbitraje"), 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").

3. Los aspectos relevantes identificados en la recusación, que deben ser motivo de análisis son:

i. ¿La emisión de la Resolución N° 01 con fecha 25 de julio 2012 por parte del Tribunal Arbitral, antes de su instalación y posteriormente a la notificación de la aceptación del Presidente del Tribunal con fecha 17 de julio de 2012, constituye una decisión adoptada sin competencia arbitral y, por ende, una causal de recusación en contra del Presidente del Tribunal Arbitral?

i.1. Establecido el citado marco normativo, son causales de recusación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 225º del Reglamento, las siguientes:

"Artículo 225º del Reglamento

Causales de recusación.- Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas:

- 1) Cuando se encuentren impedidos conforme el Artículo 221º o no cumplan con lo dispuesto en el Artículo 224º.
- 2) Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias
- 3) Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa. (el resaltado es nuestro)

Por su parte, respecto a los deberes de independencia e imparcialidad de los árbitros, el artículo 224º del Reglamento dispone lo siguiente:

"Artículo 224.- Independencia, imparcialidad y deber de información
Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales profesionales o comerciales. (...)"

i.2. Con relación a este punto, el sustento legal de la recusación formulada por la Entidad contra el árbitro Iván Galindo Tipacti, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, se basa en el artículo 224º y en el numeral 3) del artículo 225º del Reglamento, en cuanto alega que dicho profesional habría infringido el debido proceso al emitir, conjuntamente con los demás miembros del Tribunal Arbitral, la Resolución N° 01 de fecha 25 de julio de 2012, mediante la cual se concede a favor del Consorcio una medida cautelar, la misma que fuera resuelta por el Tribunal Arbitral sin conocimiento previo de la Entidad y sin que el Tribunal Arbitral estuviese plenamente constituido, al no haberse agotado los plazos para cuestionar la aceptación del Presidente del Tribunal Arbitral y al no haberse instalado formalmente dicho colegiado, hechos que justificarían a criterio de la recusante dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro recusado.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 028 5/13

31 ENE 2013
Patricia Landi Bullón
PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 528. 6/13

31 ENE 2013
P. Landi B.

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

i.3. En tal sentido, habiéndose cuestionado la imparcialidad e independencia del Presidente del Tribunal Arbitral, previamente cabe delimitar los alcances de dichos conceptos en la doctrina. Al respecto, GONZÁLES DE COSSÍO recoge a modo de resumen la posición de la doctrina mayoritaria, señalando lo siguiente:

"(...) La doctrina y la jurisprudencia arbitral, si bien no en forma unánime, les ha dado un contenido que resumiría de la siguiente manera:

- **Independencia:** Es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. Se calificará de independiente a un árbitro que carezca de vínculos "próximos, sustanciales, recientes y probados". Claro que el quid reside precisamente en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un árbitro sea considerado como carente de independencia.
- **Imparcialidad:** Es un criterio subjetivo y difícil de verificar, que alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular. (...)

El tema de la independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros es de gran importancia en el arbitraje por la siguiente sencilla razón: el arbitraje se basa en la confianza. (...)"

Por su parte, FLORES RUEDA indica que los términos "imparcialidad" e "independencia" no están definidos por las leyes, ni por los reglamentos de arbitraje, debido a que las causas que afectan a la imparcialidad de los árbitros, son muy variadas y dependen de las circunstancias particulares de cada caso². Mientras JIJÓN LETORT precisa que estas nociones han sido acogidas por la doctrina, la cual es unánime al señalar que la independencia posee un criterio objetivo, mientras que la imparcialidad posee un criterio subjetivo³.

i.4. De lo verificado en la información proporcionada por la parte recusante y tomando en cuenta las consideraciones doctrinarias antes citadas, no se evidencia elementos de juicio objetivos que infieran una relación de dependencia o una orientación en la conducción del proceso del árbitro recusado a favor del Consorcio.

Queda en evidencia que la recusante no ha justificado con pruebas fehacientes o indicios razonables la supuesta afectación a los principios de independencia e imparcialidad por parte del árbitro recusado, en tanto el fundamento de la presente recusación tiene relación con un supuesto ánimo del Presidente del Tribunal Arbitral de favorecer al Consorcio, no habiéndose demostrado elementos de juicio que permitan demostrar razonablemente ello.

i.5. En el fondo, la presente recusación cuestiona la decisión del Tribunal Arbitral, presidido por el abogado Iván Galindo Tipacti, de conceder la Medida Cautelar a favor del Consorcio, sin que se haya puesto en conocimiento previo de la Entidad y sin que antes haya transcurrido la oportunidad de las partes de formular recusación en su contra, los cuales son aspectos incidentales propios de una decisión estrictamente de competencia arbitral.

Al respecto, debe tenerse en cuenta el artículo 27º de la Ley de Arbitraje, que establece lo siguiente:

¹ Cfr. GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco, "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros", en www.gdca.com.mx. Pp. 2-3.

² Cfr. FLORES RUEDA, Cecilia. "El trato igual y la plena oportunidad de hacer valer los derechos: Regla fundamental en el arbitraje" en El Arbitraje en el Perú y el Mundo 1, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008. pp. 311.

³ Cfr. JIJÓN LETORT, Rodrigo, "Independencia de los árbitros", en El Arbitraje en el Perú y el Mundo 1, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008. pp. 357-359.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 046-2013 - OSCE/PRE

"Artículo 27.- Aceptación de los árbitros.

1. Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.
2. Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido. (el resaltado es nuestro).

En el presente caso, la última aceptación fue la del abogado Iván Galindo Tipacti al cargo de Presidente del Tribunal Arbitral, la misma que fuera notificada a las partes, habiéndose notificado en el caso específico de la Entidad recusante el 17 de julio de 2012; desde aquel momento, de conformidad con el artículo 27º antes citado, el Tribunal Arbitral se constituyó válidamente, sin perjuicio del derecho de las partes de manifestar, por motivos sobrevinientes a su aceptación, su oposición a la participación de dicho profesional o de cualquiera de los demás miembros del Tribunal Arbitral. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la constitución del Tribunal Arbitral no se encuentra supeditada al agotamiento o no de la oportunidad que tienen las partes de recusar a sus miembros con posterioridad a la aceptación de éstos.

En ese orden de ideas, a fin de entender el alcance eminentemente competencial de la decisión arbitral cuestionada en la presente recusación, resulta pertinente remitirse al artículo 47º de la Ley de Arbitraje, que establece lo siguiente:

"Artículo 47.- Medidas cautelares.

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo (...).
2. (...)
3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión. (...)"

Considerando lo dispuesto en el citado artículo 47º y en concordancia con el artículo 27º antes señalado, en el presente caso, habiéndose constituido el Tribunal Arbitral desde el 17 de julio de 2012, dicho colegiado se encontraba facultado para resolver la medida cautelar formulada por el Consorcio, quedando a su discreción evaluar la naturaleza del pedido y decidir resolverlo sin poner en conocimiento previo de la Entidad, en ejercicio de su competencia arbitral, teniendo las partes el derecho a cuestionar dichas medidas a través de los mecanismos previstos para ello en el proceso arbitral.

- i.6. Cabe precisar que la recusación no es la vía idónea para el cuestionamiento de decisiones arbitrales como la resolución de la medida cautelar concedida a favor del Consorcio, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 29º de la Ley de Arbitraje.⁴

⁴ El numeral 5) del artículo 29º de la Ley de Arbitraje dispone que "(...) no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales".

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 029
31 ENE 2013
Patricia Landi Bullón
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE



A mayor abundamiento, cabe señalar que el Tribunal Constitucional⁵ ha dispuesto que el recurso de anulación constituye, por su propia finalidad, "una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate, tales como el derecho al debido proceso."⁶"

- i.7. Por lo antes señalado, la recusación formulada por la Entidad en torno a la supuesta afectación de la independencia e imparcialidad del Presidente del Tribunal Arbitral, por el hecho de haber resuelto con los demás miembros del colegiado conceder la Medida Cautelar a favor del Consorcio, sin que se haya puesto en conocimiento previo de la Entidad y sin que antes haya transcurrido la oportunidad de las partes de formular recusación en su contra desde su aceptación al cargo, carece de fundamento suficiente para ser resuelta por esta vía y, por lo tanto, corresponde declararla infundada en este extremo.
- ii. ¿El hecho de que los árbitros Iván Galindo Tipacti y Mario Manuel Silva López hayan participado como coárbitos en otros procesos arbitrales constituye una causal de recusación (en contra del primero), pese a haberse revelado dicha información a las partes?
- ii.1. Con relación a este punto, el sustento legal de la recusación formulada por la Entidad contra el árbitro Iván Galindo Tipacti, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral se fundamenta en el numeral 3) del artículo 225º del Reglamento, en cuanto alega la existencia de dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro recusado, al haber tomado conocimiento que dicho profesional fue coárbito del ingeniero Mario Manuel Silva López en otros procesos arbitrales, información que fuera puesta en conocimiento de dicha parte por éste último profesional, mediante carta de fecha 17 de julio de 2012, recibida por la Entidad el 23 de julio de 2012.
- ii.2. Al respecto, teniendo en cuenta los alcances de los deberes de independencia e imparcialidad desarrollados en el análisis del acápite anterior, en el presente caso no se evidencian elementos de juicio suficientes que demuestren que la sola participación del abogado Iván Galindo Tipacti y el ingeniero Mario Manuel Silva López como coárbitos en otros procesos arbitrales constituya una relación comercial o se configure como un relacionamiento que afecte la neutralidad en la conducción del proceso arbitral.

Cabe precisar que, según lo informado por el ingeniero Mario Manuel Silva López en su carta de fecha 17 de julio de 2012, en los procesos arbitrales seguidos entre la Entidad y las empresas Consorcio Nering y ABR Contratistas Generales S.A.C., la árbitra designada por dicha parte, la abogada Giovanna Regina Abad Saldaña, y el mencionado ingeniero Mario Manuel Silva López, designado como árbitro por dichas empresas, designaron como Presidente de los respectivos Tribunales Arbitrales al abogado Iván Galindo Tipacti; asimismo, informa que fue coárbito con dicho profesional en más de siete (7) arbitrajes, no detallando las partes ni árbitros participantes.

Al margen de la calificación que se realice sobre la suficiencia de la información proporcionada por el ingeniero Mario Manuel Silva López, así como de la información revelada por el abogado Iván Galindo Tipacti en su carta de aceptación, lo que cuestiona la Entidad es la existencia de la relación entre los referidos profesionales como un elemento de juicio que justifica per se las dudas sobre la independencia e imparcialidad de uno de ellos; no obstante, no basta la sola imputación sobre la base de la existencia de dicho vínculo, sino que se requiere la presencia de mayores elementos de juicio que denoten un riesgo potencial en la conducción neutral del

⁵ EL Tribunal Constitucional estableció precedente de observancia obligatoria con relación al arbitraje, recaída en el expediente Nro. 00142-2011-PA-TC.

⁶ Constitución Política del Perú, artículo 139º. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ...3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 046-2013 - OSCE/PRE

arbitraje, en detrimento del trato equitativo de las partes, elementos que no se han acreditado en este caso y cuya ausencia resta sustentación a este extremo de la recusación. Por lo que, la recusación formulada por la Entidad debe ser declarada infundada en este extremo.

- iii. ¿La decisión del Tribunal Arbitral de nombrar a la abogada Yesenia Lucila Pérez Caccha como secretaria arbitral del proceso, sin conocimiento previo de las partes y antes de la instalación del colegiado, constituye una causal de recusación en contra del Presidente del Tribunal Arbitral?

iii.1. En este punto de la recusación, la Entidad cuestiona la transparencia en la designación de la abogada Yesenia Lucila Pérez Caccha como secretaria arbitral del proceso, designación que habría realizado el Tribunal Arbitral presidido por el árbitro recusado antes de su instalación y que se habría producido, según señala la Entidad, con posterioridad a la emisión de la Resolución N° 01 de fecha 25 de julio de 2012, mediante la cual el Tribunal Arbitral concedió una Medida Cautelar a favor del Consorcio; en tal sentido, la Entidad justifica en este punto sus dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro recusado.

iii.2. Sobre el particular, cabe precisar que la designación de la secretaría arbitral es una decisión de competencia del Tribunal Arbitral, la misma que puede ejercerse desde su constitución. Si bien es una práctica habitual en los arbitrajes ad hoc que el Tribunal Arbitral designe a la secretaría arbitral en la audiencia de instalación, ello no limita el ejercicio de dicha competencia arbitral en el momento que el colegiado estime pertinente para el inicio de las actuaciones arbitrales. En el presente caso, conforme se verifica de la documentación proporcionada por la recusante y por el recusado a través de sus descargos, la designación de la abogada Yesenia Lucila Pérez Caccha como secretaria arbitral del proceso se efectuó en el punto quinto de la parte resolutiva de la Resolución N° 01 emitida por el Tribunal Arbitral.

iii.3. En vista que este extremo de la recusación cuestiona una decisión propia de la competencia arbitral y considerando lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 29º de la Ley de Arbitraje⁷, carece de fundamento lo argumentado respecto a la designación de la secretaría arbitral, por lo que la recusación debe ser declarada infundada en este extremo.

- iv. ¿El abogado Iván Galindo Tipacti no cumple con las especialidades requeridas por el artículo 52º de la Ley para el ejercicio de la función arbitral y, por ende estaría incurso en una causal de recusación?

iv.1. En otro extremo de la recusación, la Entidad plantea como punto a resolverse, la supuesta falta de especialización del abogado Iván Galindo Tipacti, conforme a los requisitos previstos por el artículo 52º de la Ley para ejercer la función arbitral, específicamente el cargo de Presidente del Tribunal Arbitral.

iv.2. Sobre el particular, resulta pertinente remitirse a lo señalado expresamente en el citado artículo 52º, el cual establece que:

⁷ El numeral 5) del artículo 29º de la Ley de Arbitraje dispone que "(...) no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales".

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.

REG. N° 013 1013

31 ENE 2013
Patricia B

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

"(...) El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones del Estado (...) " (el resaltado es nuestro)

De lo señalado en el citado artículo se desprende que corresponde verificar el cumplimiento de dichas condiciones tanto a quienes designan al árbitro único o al presidente del Tribunal Arbitral (en este caso, los árbitros de parte, el ingeniero Mario Silva López y la abogada Giovanna Regina Abad Saldaña) como al profesional sobre el cual recae la designación (en este caso, el abogado Iván Galindo Tipacti), a efectos de que la designación y la aceptación sean efectivas.

iv.3. Teniendo en cuenta que el marco legal establece como requisitos de observancia obligatoria el acreditar especialización en arbitraje, derecho administrativo y contrataciones con el Estado, corresponde precisar los alcances de dicha noción a la luz de la normativa y su "ratio legis". Así, se puede apreciar que existen dos (2) formas de acreditar la especialización en una materia o tema:

a) Por un lado, la especialización puede acreditarse a través del grado de formación académica o instrucción que ostenta el profesional sobre una determinada materia, grados obtenidos como consecuencia de haber cursado y aprobado programas de estudio o cursos de especialización. Éstos últimos deben ser entendidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 93⁸ de la Ley N° 23733, Ley de Universitaria, que establece que los estudios de post-grado y de segunda especialización son solo aquellos que como tales son organizados por las Universidades⁹, siendo las únicas con competencia legal para emitir los títulos, las certificaciones o menciones correspondientes.

En ese sentido, no cualquier estudio o curso puede otorgar el grado de especialista en un tema específico o materia determinada, en tanto sólo se podrá obtener el título o ser certificado como tal como consecuencia de haber cursado y aprobado programas de estudio o cursos de especialización organizados por una universidad; y;

b) Por otro lado, puede acreditarse la especialización en una determinada materia o tema específico a través del "expertise" o conocimientos altamente calificados obtenidos por la práctica reiterada del tema o materia en el tiempo. Así, en más de un pronunciamiento, el OSCE ha sentado criterio sobre el alcance que tiene la experiencia al momento de acreditar la especialización en un tema o materia específica; por ejemplo, en el Pronunciamiento N° 074-2011-DSU de fecha 01 de diciembre de 2011, a través de su Dirección de Supervisión, sentó el siguiente criterio:

"(...) la experiencia es entendida como la destreza adquirida por la práctica reiterada de una conducta durante un período determinado, siendo que en el caso de los profesionales propuestos la experiencia se adquiere por los trabajos efectivamente ejecutados y culminados en cierto período. (...)"

En ese sentido, puede acreditarse especialización sobre un tema o materia determinada a través de información o elementos de valor que evidencien un alto grado de conocimiento y

⁸ "CAPÍTULO XIV - DE LOS ESTUDIOS DE POST-GRADO Y DE SEGUNDA ESPECIALIZACIÓN.

Artículo 93º.- Solo las Universidades organizan estudios de postgrado académico en la forma prevista en el artículo 13. Igualmente pueden ofrecer estudios de segunda y ulterior especialidad profesional para los titulados en ellas, los que dan lugar a los títulos o a las certificaciones o menciones respectivas. (...)"

⁹ Artículo 13º.- La Universidad que dispone de los docentes, instalaciones y servicios necesarios, puede organizar una Escuela de Postgrado o secciones de igual carácter en una o más Facultades, destinados a la formación de docentes universitarios, especialistas e investigadores. Sus estudios conducen a los grados de maestro y de Doctor. (...)" (el resaltado es nuestro)



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 046-2013 - OSCE/PRE

dominio de dicha materia o tema, en razón a la práctica reiterada en el tiempo de actividades cuya realización permiten adquirir experiencia verificable y calificable¹⁰.

iv.4. Teniendo en cuenta lo señalado, corresponde verificar en el presente caso los elementos de juicio que permitan determinar si el árbitro recusado tiene especialización en materia de contrataciones del Estado, arbitraje y derecho administrativo, a partir de las dos (02) maneras antes desarrolladas. Para tal efecto, se tendrá en cuenta la información proporcionada por el abogado Iván Galindo Tipacti, tanto en sus descargos a la presente recusación como en su legajo de miembro del Registro de Árbitros del OSCE, la misma que, en principio, se circunscribe básicamente a la acreditación de especialización a través del grado de formación académica o instrucción que ostenta el profesional.

Luego de verificar dicha información, se aprecia que el abogado Iván Galindo Tipacti, mediante Ficha de Actualización de Especialización de Árbitro presentada al OSCE con fecha 23 de mayo de 2012, manifiesta contar con especialización en contrataciones con el Estado, a través de un Diplomado en Contrataciones del Estado (2010) certificado por el Colegio de Abogados del Callao por 210 horas lectivas; asimismo, manifiesta contar con especialización en derecho administrativo a través de un Diplomado en Derecho Administrativo Sancionador (2009) certificado por el Colegio de Abogados del Callao por 210 horas lectivas. En cuanto a arbitraje, el citado profesional manifiesta contar con especialización en la materia, a través de un Diplomado de Arbitraje certificado AmCham Perú, así como capacitaciones cursadas entre el 2007 y 2011, que en suma son más de veinte (20), entre cursos, seminarios y conferencias, algunas certificadas por universidades y otras por instituciones arbitrales y colegios profesionales. Esta información ha sido obtenida del legajo personal del profesional en su calidad de miembro del Registro de Árbitros del OSCE¹¹.

- iv.5. Sin perjuicio de lo señalado en el punto precedente, en cuanto a la verificación de la especialización del árbitro Iván Galindo Tipacti en materia de contrataciones del Estado, arbitraje y derecho administrativo, a través de la valoración de su experiencia profesional, cabe mencionar que, tanto a nivel de la documentación proporcionada con sus descargos como la obrante en su legajo, el referido profesional no ha aportado mayor información sobre este extremo, lo cual condiciona la verificación de dichas especializaciones con mayor fundamentación.
4. Sin perjuicio de lo analizado en los puntos precedentes, cabe señalar que durante el transcurso del presente procedimiento de recusación, el abogado Iván Galindo Tipacti presentó su renuncia al cargo de Presidente del Tribunal Arbitral.
5. Al respecto, corresponde entender dichas renuncias a la luz de lo dispuesto en el artículo 29º de la Ley de Arbitraje, en cuyo inciso 5) se indica:

¹⁰ Este criterio ha sido acogido también en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE vigente, en tanto establece como requisitos para la procedencia de la inscripción de profesionales en el Registro de Árbitros del OSCE, la acreditación de experiencia en alguna de las ramas exigidas por la ley para el ejercicio de la función arbitral.

¹¹ Cabe precisar que no toda la información obrante en los legajos de los miembros del Registro de Árbitros del OSCE se encuentra publicada en la Web, en tanto las fichas de publicación se encuentran acondicionada a un formato que sintetiza la información más relevante.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA. REG. N° 049.....12/13	
31 ENE 2013 <i>Mandy B</i>	
PATRICIA LANDI BULLÓN FEDATARIO - OSCE Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE	

"Artículo 29º: Procedimiento de recusación

(...)

5.- La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados."

6. En vista de la renuncia formulada por el árbitro recusado, debemos considerar que el caso de autos es un procedimiento administrativo regulado prima facie por las normas de contrataciones del Estado, y supletoriamente por las normas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. En ese sentido, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 186¹² de la citada Ley, respecto a la conclusión de un procedimiento por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo.
7. En consecuencia, la presentación de la renuncia del árbitro durante la tramitación del procedimiento de recusación es una causa sobrevenida que impide su continuación y resolución final, en aplicación del artículo 186º antes citado; por lo que corresponde declarar la conclusión del procedimiento administrativo de recusación;

Que, el inciso i) del artículo 58º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 modificada por la Ley N° 29873, concordante con el literal h) del artículo 5º 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 11º del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, es atribución del 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.- DAR POR CONCLUIDO el procedimiento de recusación iniciado a solicitud de la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres contra el abogado Iván Galindo Tipacti, árbitro encargado de presidir el Tribunal Arbitral, constituido para resolver las controversias surgidas entre la recusante y el Consorcio Perú; por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Notificar la presente Resolución a las partes, así como a árbitro recusado.

¹² "Artículo 186º.- Fin del procedimiento

186.1 Pondrá fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el inciso 4) del artículo 188, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable.

186.2 También pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo." (El resaltado es nuestro)



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 046-2013 - OSCE/PRE

Artículo Tercero.- Publicar la presente Resolución en la página web del OSCE.

Regístrate, comuníquese y archívese.



MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA. REG. N° 029 13/13
31 ENE 2013 Patricia B
PATRICIA LANDI BULLÓN FEDATARIO - OSCE Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

