



HE COMPROBADO PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090.....

1126

10 ABR 2013

P. Landi B

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 129 - 2013 - OSCE/PRE

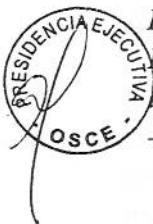
Jesús María, 10 ABR. 2013

SUMILLA:

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.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento del 4 de diciembre de 2012 subsanada el 6 de diciembre de 2012 (Expediente de Recusación N° R71-2012); el escrito presentado por el árbitro Mario Manuel Silva López; y el Informe N° 025-2013-OSCE/DAA del 12 de marzo de 2013 que contiene la opinión técnico - legal de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE;



CONSIDERANDO:



Que, el 28 de febrero de 2006, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en adelante la "Entidad") y la empresa Contratistas Asociados Mesala S.A.C. (en adelante el "Contratista") suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-VIVIENDA-VMCS-DNS-UTF para la ejecución de la obra "Saneamiento de las localidades de Tate, Pueblo Nuevo y Pachacútec, provincia y departamento de Ica - Sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de desagüe"; derivado del Procedimiento de Excepción por Exoneración de Proceso de Selección N° 001-2006-VIVIENDA-VMCS-DNS-UTF; por el monto de S/.11,858,973.67 (Once Millones Ochocientos Cincuenta y Ocho Mil Novecientos Setenta y Tres con 67/100 Nuevos Soles);

Que, con fecha 25 de setiembre de 2006, la Entidad y el Contratista suscribieron la Cláusula Adicional N° 01 del citado Contrato de Ejecución de Obra, con la finalidad de establecer mecanismos de coordinación para la complementación de la intervención económica de la obra¹;



Que, con fecha 25 de setiembre de 2008, la Entidad (representada por el Programa "Agua para Todos") y el Contratista suscribieron la Adenda N° 02 al Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-VIVIENDA-VMCS-DNS-UTF, relacionada al nuevo calendario valorizado de ejecución de

¹ El penúltimo párrafo de la Cláusula N° 01 Adicional señala que se mantienen la plena existencia, validez, vigencia y eficacia de las demás cláusulas del Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-VIVIENDA-VMCS-DNS-UTF.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA. REG. N° 090 2/20
10 ABR 2013  PATRICIA LANDI BULLÓN FEDATARIO - OSCE Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

obra, diagrama Gantt, inexistencia de gastos generales y penalidades, cumplimiento de avances parciales programados, entre otros²;

Que, con fecha 21 de noviembre de 2012, el Contratista formuló solicitud de arbitraje ante la Entidad designando como árbitro de parte al señor Mario Manuel Silva López;

Que, con fecha 27 de noviembre de 2012, a través de la Carta N° 562B-2012-MMSL-DJ dirigida a la Entidad, el señor Mario Manuel Silva López con motivo de haber aceptado su designación como árbitro presentó declaración jurada efectuando su deber de revelación;

Que, con fecha 4 de diciembre de 2012, la Procuraduría Pública de la Entidad, formuló solicitud de recusación contra el árbitro Mario Manuel Silva López. Dicha solicitud fue subsanada mediante escrito del 6 de diciembre de 2012;

Que, con fecha 17 de diciembre de 2012, a través de los Oficios N° 6358 y N° 6359-2012-OSCE/SAA, se efectuó el traslado de la recusación al Contratista y al árbitro Mario Manuel Silva López, respectivamente, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifiesten lo que estimen conveniente a su derecho;

Que, con fecha 21 de diciembre de 2012, el Contratista cumplió con efectuar la absolución al traslado de la recusación formulada. Lo propio hizo el árbitro recusado con fecha 27 de diciembre de 2012;

Que, la recusación se sustenta en el incumplimiento del deber de revelación, así como dudas justificadas de la independencia e imparcialidad del árbitro Mario Manuel Silva López, según los siguientes fundamentos:

1. Con fecha 27 de noviembre de 2012, mediante Carta N° 562B-2012-MMSL-DJ con motivo de efectuar su deber de revelación, el árbitro Mario Manuel Silva López informó que en los últimos diez (10) años se le han formulado muchas solicitudes de recusación que en su mayoría resultaron infundadas, en otros casos, resultaron improcedentes y también algunas resultaron fundadas.
2. Del mismo modo, el señor Mario Manuel Silva López ha hecho referencia a determinados procesos donde una de las partes era el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Saneamiento – PARSSA, el Programa “Agua para Todos” y el INFES (que pertenecerían al ámbito de la Entidad).
3. Para la recusante, la información revelada que se expone en los dos numerales

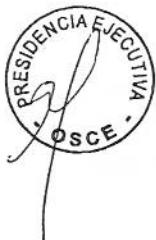
² La Cláusula Tercera de la Adenda N° 02 señala que se mantienen la vigencia de todas las estipulaciones del Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-VIVIENDA-VMCS-DNS-UTF y de su Cláusula Adicional N° 01.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

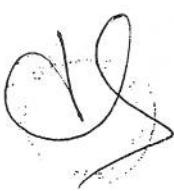
Resolución N° 29- 2013 - OSCE/PRE

precedentes, es limitada e imprecisa pues debió haber informado a qué procesos arbitrales corresponden, las partes que fueron parte en dichos procesos, la fecha de inicio de arbitraje, la pretensión, el número de expediente, el tipo de arbitraje, si se trataba de árbitro único o Tribunal, cuál de las partes interpuso la recusación o cual fue la parte que lo designó como árbitro, entre otras consideraciones. Como consecuencia de ello, la recusante señala que en determinados casos no se puede establecer que se tratan de los mismos procesos o son arbitrajes distintos.



4. Por otro lado, la recusante señala que el árbitro Mario Manuel Silva López reveló que fue recusado en nueve (9) procesos arbitrales; sin embargo, sólo hace referencia a seis (6) Resoluciones de Presidencia Ejecutiva del OSCE, sin precisar las tres (3) restantes. Indica además que de una simple revisión de la página web del OSCE se determina que el señor Mario Manuel Silva López fue recusado en por lo menos veintiséis (26) procesos en los que el Estado es o fue parte – incluyendo las seis (6) Resoluciones señaladas-. Señala que el hecho de que las Resoluciones de recusaciones se encuentren publicadas en la página web del OSCE no exime al árbitro de su cumplimiento.
5. Asimismo, indica que el señor Mario Manuel Silva López, ha omitido informar que interpuso demanda de amparo contra dos (2) resoluciones del OSCE que declararon fundadas las recusaciones formuladas en su contra y que finalmente fueran declaradas improcedentes por el Tribunal Constitucional.
6. Finalmente señala que, por información del árbitro Mario Manuel Silva López dicho profesional ha sido designado por el Contratista en reiteradas oportunidades sin detallar apropiadamente dicha información conforme lo exige el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, razón por la cual se generan dudas justificadas de la independencia e imparcialidad del citado profesional.

Que, el Contratista ha absuelto el traslado de la recusación señalando los siguientes argumentos:



1. Considera que el árbitro Mario Manuel Silva López ha cumplido con su deber de revelación y que los detalles de los procedimientos de recusación no es obligatorio declararlos, por cuanto las Resoluciones emitidas por el OSCE, se encuentran en su página web que es de público conocimiento.



- (Seal of the Presidency of the OSCE)*
- (Seal of the Office of Legal Affairs)*
- (Seal of the Office of Legal Affairs)*
2. No entienden como la Entidad contratante recién puede tener conocimiento de las Resoluciones del OSCE que se mencionan en la declaración del árbitro Mario Manuel Silva López pues éstas se encuentran publicadas desde octubre de 2009, y son de conocimiento público. Por ese motivo, consideran que la recusación resulta improcedente por haberse interpuesto fuera del plazo señalado en el artículo 284º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.
 3. Asimismo, señalan que el hecho de que el árbitro Mario Manuel Silva López no haya manifestado los detalles de los procedimientos de recusación, no debería ser materia de observación, ello en razón de que dicho árbitro es un profesional de calidad y de una trayectoria reconocida.
 4. Del mismo modo, considera que estos hechos no son suficientes para suponer que dicho profesional tenga una postura direccionada pues hasta el momento no se observa que el indicado árbitro haya demostrado un comportamiento como tal, máxime que ni siquiera se ha planteado la demanda arbitral.
 5. Considerando que las circunstancias en que se basa la recusación no están probadas, se evidencia la animadversión de parte de los funcionarios de la Entidad, debiendo declararse infundada la recusación.

Que, el árbitro Mario Manuel Silva López ha absuelto el traslado de la recusación señalando los siguientes argumentos:

1. La recusación debe declararse improcedente por extemporánea, toda vez que desde que se notificó a la Entidad la solicitud de arbitraje con fecha 21 de noviembre de 2012, en la cual se le designaba como árbitro, han transcurrido en exceso el plazo de cinco (5) días hábiles que señala el artículo 284º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
2. Respecto a la solicitud de la recusante de detallar con precisión y de manera taxativa los casos en los que ha participado como árbitro, dicho pedido no se encuentra sustentado en las normas de contrataciones del Estado, en las normas de arbitraje y tampoco en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado. En todo caso, la Entidad hubiera solicitado la información adicional que requería.
3. En concordancia con lo resuelto mediante la Resolución N° 360-2012-OSCE-PRE, en el artículo 5º del citado Código de Ética y el artículo 28º del Decreto Legislativo que Norma



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 0490.....
5/2

10 ABR 2013

Patricia LB

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 129- 2013 - OSCE/PRE

el Arbitraje, aprobado por Decreto Legislativo N° 1071, basta con que el árbitro informe de cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad e independencia, lo cual cumplió con informar oportunamente.

4. Además, debe tenerse en cuenta que la mayoría de recusaciones que ha informado, y respecto de las cuales la recusante exige detalles, no guardan relación con el proceso arbitral para el cuál el árbitro en cuestión fue designado. Además, las Resoluciones de Presidencia Ejecutiva del OSCE se encuentran disponibles en su página web, lo que se corrobora con el escrito de recusación donde la Entidad ha consignado las mismas.
5. Asimismo, conforme lo indicado en la Resolución N° 360-2012-OSCE-PRE del 22 de noviembre de 2012, sólo está obligado a revelar aquellos procesos que mantiene o ha mantenido con alguna de las partes. Además, si comunicó de algunas recusaciones que no tienen relación con las partes que intervienen en el arbitraje fue por un asunto de transparencia.
6. Del mismo modo, la recusación de un árbitro no es una sentencia ni tiene efectos vinculantes con otros procesos arbitrales, de manera que el árbitro recusado en un proceso arbitral referido a dos (2) partes y un determinado contrato, se encuentra perfectamente habilitado para participar como árbitro en otro arbitraje entre las mismas partes pero con diferente contrato.
7. Asimismo, ha cumplido con revelar respecto de los procesos arbitrales en los cuales ha intervenido como árbitro cuando la Entidad ú otras Entidades que pertenecen a su sector eran una de las partes, por lo cual considero repetitivo e innecesario detallar cada uno de los procesos, máxime cuando sólo uno de ellos se refiere al contrato materia del arbitraje del cual deriva la presente recusación.
8. Respecto a los procesos judiciales que inició el árbitro recusado para impugnar las Resoluciones N° 341-2009-OSCE-PRE y N° 365-2009-OSCE-PRE, conforme a lo señalado en la Resolución N° 360-2012-OSCE-PRE, no resultaba relevante informar tales hechos considerando que se tratan de casos donde no interviene alguna de las partes (Entidad o Contratista).
9. Asimismo, precisa que teniendo en cuenta que en un proceso una de las partes era el



Programa "Agua para Todos" (hoy Programa Nacional para el Saneamiento Urbano), la Entidad tenía pleno conocimiento de los detalles y exigencias que demanda, por lo que consideró que bastaba con declarar que participó en dicho arbitraje como árbitro y que el mismo había culminado con el laudo arbitral.

10. Respecto a la información de su participación en tres (3) procesos arbitrales en los que el Programa "Agua para Todos" (hoy Programa Nacional para el Saneamiento Urbano) fue parte, se entiende que en dichos procesos se encuentra el arbitraje suscitado entre el Contratista y el citado Programa respecto del Contrato N° 001-2006-VIVIENDAA-VMCS-DNS-UTF. Y, respecto a la serie de precisiones que exige la Entidad, éstas no se encuentran en la normativa de contrataciones, las normas de arbitraje o en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.
11. Del mismo modo, respecto a la información brindada sobre su participación como árbitro donde las partes eran PARSSA o INFES, es evidente que estos procesos son diferentes a los casos en los cuales la Entidad era una de las partes, teniendo en cuenta que cuando PARSSA o INFES son partes de un proceso arbitral la participación de la Procuraduría Pública responde a un cumplimiento de las normas sobre defensa jurídica del Estado, pero no por ello se puede afirmar que todas sean una misma persona jurídica.
12. Sobre la aseveración de que ha sido designado reiteradamente por el Contratista, considera que ello no es impedimento para formar parte de un Tribunal Arbitral que resolverá las controversias entre las mismas partes y derivadas del mismo contrato.
13. Por todas las consideraciones expuestas, señala que no existen dudas justificadas de su independencia e imparcialidad;

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, según el convenio arbitral³ acordado por las partes es de derecho, ad hoc⁴ y nacional.

³ Las partes pertinentes de la Cláusula Décima Tercera del Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-VIVIENDA-VMCS-DNS-UTF del 28 de febrero de 2006, suscrito entre la Entidad y el Contratista, señalan lo siguiente: "Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje (...) Si la conciliación concluyera (...) sin acuerdo, las partes se someterán a un Arbitraje de Derecho, a fin que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente. La solución de controversias se efectuará conforme a lo dispuesto por el Artículo 272º y siguientes del Reglamento de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM (...) los árbitros de común acuerdo establecerán las reglas bajo las cuales se realizará el arbitraje (...)."

⁴ La parte pertinente del artículo 274º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM señala: "(...) Si en el contrato no se estipula que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá en un arbitraje ad hoc (...)".



10 ABR 2013
Daudib
PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 29- 2013 - OSCE/PRE

2. *El marco normativo aplicable para resolver la presente recusación, corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante el "TUO"), su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante "el Reglamento"), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante la "LA")⁵, 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 puntos controvertidos de la presente recusación consisten en:*

Determinar: i) si la solicitud de recusación ha sido formulada en forma extemporánea, y ii) si el árbitro Mario Manuel Silva López, con motivo de efectuar su aceptación al cargo, ha cumplido con efectuar su deber de revelación en forma amplia y rigurosa respecto de arbitrajes, procedimientos de recusación y designación de árbitros, entre otros; en los cuales habría tenido participación, de modo que no se generen dudas justificadas de su independencia e imparcialidad en el arbitraje del cual deriva la presente recusación.

i) *¿Determinar si la solicitud de recusación ha sido formulada en forma extemporánea?*

a) *El árbitro Mario Manuel Silva López y el Contratista han alegado una supuesta extemporaneidad de la recusación formulada, en atención a lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 284º del Reglamento⁶ (que refiere que las recusaciones deben interponerse ante el OSCE dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobrevenida).*

b) *Al respecto, debe considerarse que el citado plazo de cinco (5) días hábiles no ha sido calificado por el TUO o por su Reglamento como un plazo de caducidad. Del*

⁵ La Segunda Disposición Transitoria del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje aprobado por Decreto Legislativo N° 1071 vigente a partir del 1º de setiembre de 2008 señala que: "Salvo pacto en contrario, en los casos que con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto legislativo, una parte hubiere recibido la solicitud para someter la controversia a arbitraje, las actuaciones arbitrales se regirán por lo dispuesto en la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje". En el presente caso, el Contratista formuló solicitud de arbitraje con fecha 21 de noviembre de 2012, cuando estaba vigente el Decreto Legislativo N° 1071.

⁶ Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM señala: "Artículo 284º.- Procedimiento de recusación

(...) 1) La recusación debe formularse ante CONSUCODE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobrevenida"

10 ABR 2013

Haupt B

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

mismo modo, debe tenerse en cuenta lo señalado por el inciso 3) del artículo 29º de la LA, que determina que iniciado el plazo para emitir el laudo no es procedente recusación alguna, salvo pacto en contrario.

- c) En consecuencia, de la aplicación e interpretación sistemática de la citada normativa se colige que, en los arbitrajes en materia de contrataciones con el Estado, cualquier parte afectada podrá interponer recusación contra un árbitro dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado, o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobrevenida, siempre que no se haya iniciado el cómputo del plazo para laudar, en cuyo caso sería improcedente.
- d) En ese orden de ideas, al haberse formulado la presente recusación sin verificarse el inicio del cómputo del plazo para laudar, podemos concluir que ésta no es extemporánea, por lo que debe desestimarse lo señalado por el árbitro recusado y el Contratista.

- ii) ¿El árbitro Mario Manuel Silva López, con motivo de efectuar su aceptación al cargo, ha cumplido con efectuar su deber de revelación en forma amplia y rigurosa respecto de arbitrajes, procedimientos de recusación y designación de árbitros, entre otros; en los cuales habría tenido participación, de modo que no se generen dudas justificadas de su independencia e imparcialidad en el arbitraje del cual deriva la presente recusación?

ii.1) Considerando que la recusación se ha sustentado en el incumplimiento del deber de revelación y dudas justificadas de la independencia e imparcialidad del árbitro recusado, cabe delimitar los alcances de dichos conceptos en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.

- a) 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 partes en su persona, informe de todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia (Alonso, 2008: 323)⁷. 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

⁷ 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.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGEN
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090 91

10 ABR 2013

Mayo B

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 029 - 2013 - OSCE/PRE

virtud a ello adoptar las medidas pertinentes, entre ellas efectuar una mayor indagación⁸.

- b) 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" (Alonso, 2008: 324)⁹ (El subrayado es agregado).

- c) Respecto al alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros, la doctrina informa de las siguientes pautas de importancia: a) Perspectiva en la revelación: No sólo debe revelarse lo que uno considere que puede generar dudas (criterio subjetivo); sino todo lo que crea que a los ojos de las partes pueda ser objeto de cuestionamiento (criterio objetivo) (Alonso, 2008:324)¹⁰; b) Nivel del contenido: Informar lo relevante y razonable (Castillo, 2007)¹¹; c) Extensión: Amplia visión para revelar hechos o supuestos, en equilibrio con el criterio de relevancia (Alonso, 2008: 324)¹²; d) In dubio pro declaracione: en toda duda sobre la obligación de declarar debe resolverse a favor de hacer la declaración (De Trazegnies, 2011: 345)¹³; y, e) Oportunidad de la revelación (Fernández, 2010)¹⁴.
- d) Asimismo, en el marco del TUO, los árbitros están obligados a declarar oportunamente alguna circunstancia que les impediría actuar con imparcialidad y

⁸ 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)

⁹ ALONSO PUIG, JOSE 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.

¹⁰ JOSE MARÍA ALONSO PUIG: "El deber de revelación del árbitro"; publicado en el Libro *El Arbitraje en el Perú y el Mundo* – Instituto Peruano de Arbitraje – 2008 – Pág. 324.

¹¹ MARIO CASTILLO FREYRE – "El deber de declaración" artículo correspondiente a Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Volúmen N° 5. publicado en http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol5/DIA-3-6.pdf.

¹² JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG "El deber de revelación del árbitro"; publicado en el Libro *El Arbitraje en el Perú y el Mundo* – Instituto Peruano de Arbitraje – 2008 – Pág. 324.

¹³ FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA - Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje - Tomo I, pág. 345, Instituto Peruano de Arbitraje Primera Edición Enero 2011. -

¹⁴ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS - Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso Arbitraje La Habana 2010- Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.



autonomía¹⁵. El Reglamento del acotado TUO, 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 aceptación, precisando que cualquier duda respecto a si determinada circunstancia debe informarse o no se resolverá a favor de la revelación¹⁶.

- e) Finalmente, el artículo 5º del Código de Ética, dispone lo siguiente:

"Artículo 5º. Deber de información

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

(...)

5.4. Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros.

5.5. Si ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje, o si las ha asesorado o representado en cualquiera de sus modalidades.

(...)

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

(...)

La omisión de cumplir el deber de información por parte del árbitro, dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del caso y/o para la tramitación de la sanción respectiva". (El subrayado es agregado).

- f) Sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, JOSE MARÍA ALONSO 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" (Alonso, 2006: 98)¹⁷.

- g) Del mismo modo, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, expresa:

¹⁵ La parte pertinente del artículo 53º del TUQ establece que: "(...) Los árbitros deberán cumplir con el deber de declarar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida actuar con imparcialidad y autonomía (...)" (El subrayado es agregado).

¹⁶ La parte pertinente del artículo 282º del Reglamento señala: "(...) Todo árbitro, debe cumplir, al momento de aceptar el cargo, con el deber de informar sobre cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de informar respecto de la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a la aceptación. (...) Cualquier duda respecto a si determinadas circunstancias deben o no revelarse, se resolverá a favor de la revelación que supone el cumplimiento del deber de información para con las partes".

¹⁷ JOSÉ MARÍA ALONSO - Revista Peruana de Arbitraje – Tomo 2-2006; pág. 98- Editorial Jurídica Grijley.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090

10 ABR 2013

Habac B.

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 129 - 2013 - OSCE/PRE

"(...) 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 calidad acreditada para apreciar la falta de independencia, utilizándose criterios tales como proximidad, continuidad o índole reciente que, bien entendido, deben ser acreditados convenientemente.

(...)” (Fernández, 2010)¹⁸ (El subrayado es agregado).

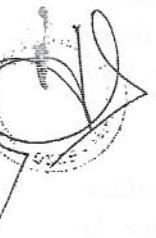
- h) Asimismo, el artículo 282º del Reglamento precisa que: “Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales (...). Asimismo, el artículo 283º del citado Reglamento prevé como causal de recusación la existencia de (...) circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa”.

- ii.2) Conforme a los criterios doctrinarios y normativos señalados, es necesario analizar los aspectos que sustentan la recusación, cuando se centran en cuestionar la información brindada por el árbitro Mario Manuel Silva López en su Carta N° 562B-2012-MMSL-DJ del 27 de noviembre de 2012, con motivo de efectuar su deber de revelación. Al respecto se pueden distinguir los siguientes aspectos que sustentan la solicitud de recusación:

¹⁸ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS - Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso Arbitraje La Habana 2010- Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090
12/16

10 ABR 2013
Patty B
PATRICIA LANDIBULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE



a) *Información incompleta e imprecisa sobre recusaciones formuladas.- La recusante cuestiona el hecho de que el señor Mario Manuel Silva López informó que en los últimos diez (10) años le formularon muchas solicitudes de recusación, sin precisar datos importantes como los procesos arbitrales vinculados a dichos procedimientos, las partes de los arbitrajes, las pretensiones, fecha de inicio de arbitrajes, entre otros. También, cuestiona que el árbitro recusado haya informado de nueve (9) procesos arbitrales donde fuera recusado, cuando sólo ha adjuntado seis (6) Resoluciones emitidas por el OSCE y cuando revisada la página web de dicho Organismo Supervisor el referido profesional habría sido recusado en por lo menos veintiséis (26) procedimientos – que incluyen las seis (6) Resoluciones acotadas.*

a.1) *Para resolver este aspecto, resulta pertinente transcribir literalmente lo que ha declarado el árbitro Mario Manuel Silva López en su Carta N° 562B-2012-MMSL-DJ:*

"En los últimos diez años en que he venido desempeñándome como árbitro conformando Tribunales Arbitrales, me han planteado muchas solicitudes de Recusación ante el OSCE, las mismas que en su gran mayoría resultaron INFUNDADAS, en otras el resultado fue de IMPROCEDENTE, pero también existen Resoluciones que resultaron FUNDADAS, es decir he sido recusado en nueve procesos arbitrales, resoluciones que se pueden visualizar y apreciar en la página web del OSCE como las Resoluciones N° 263-2011-OSCE/PRE, 605-2011-OSCE/PRE, 088-2012-OSCE/PRE, 071-2012-OSCE/PRE, 497-2008-CONSUCODE/PRE y 498-2008-CONSUCODE/PRE y en otras tres resoluciones, ninguna relacionadas con este proceso."

a.2) *Considerando las seis (6) Resoluciones emitidas por el OSCE que ha revelado de modo específico el árbitro recusado y teniendo en cuenta los otros veinte (20) procedimientos de recusación que ha detallado la recusante según el portal institucional de dicho Organismo Supervisor, hemos procedido a elaborar el siguiente cuadro:*

Cuadro N° 01 "Recusaciones formuladas contra el árbitro Mario Manuel Silva López que se han resuelto ante el OSCE"

N°	RESOLUCIÓN N°	FECHA DE RESOLUCION	PARTES DEL PROCESO	OBJETO DE LA CONTROVERSIAS	SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN
I	139-2006- CONSUCODE/PRE	23.03.2006	Oficina Registral Nor Oriental del Marañón - JMEPSA	Ejecución de obra (Contrato derivado de LP N° 001-2002- ORNOM)	Infundada



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090
13/06

10 ABR 2013

Mary B

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 129 - 2013 - OSCE/PRE

					Fundada (Dudas justificadas de independencia e imparcialidad)
2	241-2006- CONSUCODE/PRE	06.06.2006	Gobierno Regional de Loreto -LyM Constructores S.A.C.	Ejecución de obra (Contrato derivado de la LPN N° 001-2004-GRL/GRI.COM.ESP)	
3	437-2006- CONSUCODE/PRE	03.10.2006	Provias Descentralizado - Consorcio EPS-TECPRO	Ejecución de obra (Contrato N° 688-2005-MTC/21)	Infundada
4	444-2006- CONSUCODE/PRE	10.10.2006	Provias Descentralizado - Consorcio EPS TECPRO	Ejecución de obra (Contrato N° 002-A-2006-MTC/21)	Infundada
5	900-2008- CONSUCODE/PRE	03.03.2008	Banco de la Nación – Consorcio Puerto Maldonado	Remodelación de Infraestructura (Contrato Licitación Pública N° 061-2005-BN)	Infundada
6	101-2008- CONSUCODE/PRE	03.03.2008	Banco de la Nación – Consorcio Sullana B.B.	Remodelación de Infraestructura (Contrato Licitación Pública N° 060-2005-BN)	Infundada
7	265-2008- CONSUCODE/PRE	05.06.2008	Banco de la Nación – JB Telecomunicaciones y Seguridad S.A.C.	Locación de servicios (Contrato del 10 de octubre de 2005)	Infundada
8	301-2008- CONSUCODE/PRE	17.06.2008	Banco de la Nación – JB Telecomunicaciones y Seguridad S.A.C.	Locación de servicios (Contrato del 10 de octubre de 2005)	Improcedente
9	497-2008- CONSUCODE/PRE	29.09.2008	Banco de la Nación – Consorcio Puerto Maldonado-BN	Expediente técnico y ejecución de obra (Contrato del 20 de enero de 2006)	Fundada (Incumplimiento del deber de revelación)
10	498-2008- CONSUCODE/PRE	29.09.2008	Banco de la Nación – Consorcio Sullana BN	Expediente técnico y ejecución de obra (Contrato del 16 de enero de 2006)	Fundada (incumplimiento del deber de revelación)
11	081-2009- CONSUCODE/PRE	30.01.2009	Municipalidad Provincial de Arequipa – Salgon Contratistas	Ejecución de obra (Contrato N° 004-2006-MPA)	Infundada

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090 14/26

10 ABR 2013

Mauricio B.

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

		Generales S.A.C.			
12	092-2009- OSCE/PRE	26.03.2009	Ministerio de Educación (Unidad Ejecutora N° 108) – Contratistas Asociados Mesala S.A.C.	Ejecución de obra (Contrato N° 135-2008-ME-SG/OA-UA- APP)	Improcedente
13	093-2009- OSCE/PRE	26.03.2009	Ministerio de Educación (Unidad Ejecutora N° 108) – Constructora C y J Contratistas Generales	Expediente técnico y ejecución de obra (Contrato N° 069- 2008ME/S-G-OA-UABAS)	Fundada (Incumplimiento del deber de revelación- dudas de la independencia e imparcialidad)
14	098-2009- OSCE/PRE	30.03.2009	Ministerio de Educación (Unidad Ejecutora N° 108) – Consorcio Vasmer Cads S.A.-Azaf Contratistas Generales S.R.L.	Expediente técnico y ejecución de obra (Contrato N° 161- 2006-ME/S-G-OA-UA-APP)	Fundada (Incumplimiento del deber de revelación- dudas de la independencia e imparcialidad)
15	178-2009- OSCE/PRE	10.06.2009	Ministerio del Interior – Construcciones Consultoría y Suministros de la Construcción S.A.C.- CONSIC S.A.C.	Ejecución de obra (Contrato del 15 de diciembre de 2006).	Infundada
16	183-2009- OSCE/PRE	10.06.2009	Gobierno Regional de Cajamarca – Víctor Alfonso Baltodano Tello	Ejecución de Obra (Contrato N° 005-2007-GR.CAJ/GGR)	Improcedente
17	184-2009- OSCE/PRE	10.06.2009	Ministerio de Educación (Unidad Ejecutora N° 108) – Consorcio Shungo Ingenieros S.A.C.-MYGSA S.A.C.- Percy Vicente Enrique Esquivel	Trabajos de mantenimiento (Contrato N° 138-2006- ME/S-G-OA-UA-APP)	Improcedente
18	340-2009- OSCE/PRE	22.09.2009	Ministerio de Educación (Unidad Ejecutora N° 108) – Constructora Solis S.A.	No se precisa	Improcedente



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090
15/2

10 ABR 2013

Mayo B

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 129 - 2013 - OSCE/PRE

			Gobierno Regional de Cajamarca - AZAF Contratistas Generales S.R.L.	Ejecución de obra (Contrato N° 002-2007-GR.CAJ MTC/20)	Fundada (dudas justificadas de independencia e imparcialidad)
19	341-2009-OSCE/PRE	22.09.2009	Municipalidad Distrital de Nuevo Imperial – Consorcio Amauta	Ejecución de Obra (Contrato del 3 de mayo de 2007)	Fundada (dudas justificadas de independencia e imparcialidad)
20	365-2009-OSCE/PRE	05.10.2009	Gobierno Regional de la Libertad – Constructora Gutiérrez SRL	No se precisa	Improcedente
21	375-2009-OSCE/PRE	05.10.2009	Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Provías Nacional) – Consorcio Andino	Ejecución de Obra (Contrato N° 112-2007-MTC/20)	Infundada
22	263-2011-OSCE/PRE	27.04.2011	Banco de la Nación – C&R Inversiones Generales S.A.C.	Ejecución de Obra (CO-09-0064-DABMI-B.N.)	Fundada (Incumplimiento del deber de revelación)
23	605-2011-OSCE/PRE	05.10.2011	Banco de la Nación – C&R Inversiones Generales S.A.C.	Ejecución de obra (CO-1760-2009-DA)	Concluido el procedimiento
24	071-2012-OSCE/PRE	22.03.2012	Ministerio de Educación (Unidad Ejecutora N° 108) – Contratistas Asociados Mesala S.A.C.	Expediente técnico y ejecución de obra (Contrato N° 135-2008-ME-SG/OA-UA-APP)	Fundada (incumplimiento del deber de revelación)
25	088-2012-OSCE/PRE	03.04.2012	Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. – EPSASA – Consorcio Huascahura	Implementación de sistema de agua potable y otros (Contrato N° 38-2009-EPSASA/GG)	Infundada
26	331-2012-OSCE/PRE	18.10.2012			

a.3) Del cuadro señalado, se puede observar que, en los casos indicados en los numerales 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 24 y 26, las partes que intervienen, la relación jurídica y, por ende, el objeto de la controversia, no tienen relación con las partes y la materia del arbitraje del cual deriva la presente recusación. Del mismo modo, de una revisión general de la información de las Resoluciones que se vinculan a dichos casos y de los



elementos aportados por la recusante, no se han demostrado situaciones, actuaciones, vínculos o relaciones concretas y significativas derivados de dichos procesos arbitrales susceptibles de afectar la independencia e imparcialidad en el arbitraje del cual deriva la presente recusación.

- a.4) En tal sentido, en concordancia con lo señalado en el numeral 5.4 y 5.7 del artículo 5º del Código de Ética, el árbitro recusado no se encontraba en la obligación de revelar tales hechos, de manera que, si la información brindada por dicho profesional respecto de esas recusaciones era incompleta, imprecisa o equívoca, no resulta relevante para determinar un incumplimiento del deber de revelación.
- a.5) Supuesto distinto se presenta en los procedimientos de recusación restantes. Efectivamente, en los casos 12 y 25 del citado cuadro podemos observar que una de las partes que intervino en los procesos arbitrales a que se refieren tales recusaciones, es el Contratista que precisamente participa en el arbitraje del cual deriva la presente recusación; razón por la cual era imperativo que el árbitro Mario Manuel Silva López haya cumplido con revelar tales hechos de acuerdo a lo señalado por el numeral 5.4 del artículo 5º del Código de Ética.
- a.6) Sin embargo, de la revisión de su Carta N° 562B-2012-MMSL-DJ, se observa que el árbitro Mario Manuel Silva López no informó de modo expreso del procedimiento de recusación a que se refiere la Resolución N° 092-2009-OSCE/PRE del 26 de marzo de 2009 (caso 12). Y respecto del procedimiento de recusación resuelto con la Resolución N° 088-2012-OSCE/PRE del 3 de abril de 2012 (caso 25) sólo ha referido la numeración de ésta, señalando que se encuentra publicada en la página web del OSCE, lo cual no se condice con la rigurosidad y amplitud que exige el deber de revelación, donde lo relevante es el contenido de la información, que para estos efectos –y conforme así lo exige el Código de Ética– es el hecho de que fue recusado en un proceso arbitral donde una de las partes es el Contratista. Además, cabe recalcar, que la publicidad de tales resoluciones no exime el cumplimiento del deber de revelación por parte del árbitro, atendiendo a que se trata de una obligación “intuito personae” que se realiza en el contexto particular de cada arbitraje.
- a.7) En relación con los casos 2, 9, 10, 13, 14, 19, 20, 23 y 25 del citado cuadro, conforme puede observarse corresponden a procedimientos de recusación



10 ABR 2013

Baudib

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° J29 - 2013 - OSCE/PRE



contra el árbitro Mario Manuel Silva López que han sido declarados fundados por el OSCE motivados por dudas justificadas de su independencia e imparcialidad, así como el incumplimiento del deber de revelación. En tal contexto, el hecho de que un árbitro cuente con nueve (9) recusaciones declaradas fundadas, por motivos éticos –particularmente por infracción a los principios de independencia e imparcialidad-, todos ellos relacionados a arbitrajes en contratación pública; constituye una circunstancia significativa que a los ojos de cualquiera de las partes puede motivar dudas de una actuación imparcial e independiente en este tipo de arbitrajes, de manera que se impone la obligación de revelar tales hechos.

a.8) No obstante ello, según la Carta N° 562B-2012-MMSL-DJ, el árbitro recusado no ha informado de manera expresa las recusaciones relacionadas con los numerales 2, 13, 14, 19 y 20 del Cuadro N° 01. Y respecto a los procedimientos de recusación indicados en los numerales 9, 10, 23 y 25 sólo ha referido la numeración de las Resoluciones que resuelve cada procedimiento – las cuales se mencionan conjuntamente con otras Resoluciones-, sin discriminar de manera directa y clara a que procesos arbitrales corresponden y el carácter de fundada de cada una de ellas, alegando que se encuentran publicadas en la página web del OSCE, lo cual no se condice con la rigurosidad y amplitud que exige el deber de revelación, máxime si la publicidad de tales resoluciones no exime el cumplimiento del deber de revelación como se indicó anteriormente.

Por lo expuesto, la recusación, por el aspecto analizado en este literal, debe declararse fundada.

b) Información incompleta e imprecisa sobre su participación como árbitro en procesos donde una de las partes era el Programa “Agua para Todos”, el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Saneamiento – PARSSA y el INFES. La recusación cuestiona que la información que ha brindado el árbitro Mario Manuel Silva López respecto a las Instituciones señaladas es incompleta e imprecisa, y que existen dudas de los procesos arbitrales informados respecto de tales Programas y de aquellos que corresponden a la Entidad, pues no se discrimina apropiadamente si se trata de los mismos arbitrajes o de procesos distintos.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 890 18/26

10 ABR 2013

Rauldi B

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



b.1) Antes de analizar este aspecto, es pertinente clarificar la participación y/o relación del Programa "Agua para Todos" y del Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Saneamiento del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento – PARSSA con el arbitraje del cual deriva la presente recusación:

- Mediante Decreto Supremo N° 004-2002-VIVIENDA del 24 de setiembre de 2002 se estableció que el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Saneamiento del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento – PARSSA estará adscrito al Viceministerio de Construcción y Saneamiento, con autonomía técnica y administrativa, contando con la Unidad Ejecutora N° 04 – Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Saneamiento del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.
- Luego, con Decreto Supremo N° 006-2007-VIVIENDA del 23 de febrero de 2007, se creó el Programa "Agua para Todos" adscrito¹⁹ al Viceministerio de Construcción y Saneamiento del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, integrando las acciones administrativas y otras que se requieran para el desarrollo de actividades que se ejecuten en el ámbito del PARSSA, entre otros. Se señaló además que dicho Programa, es parte de la Unidad Ejecutora N° 04 (PARSSA) indicada línea arriba, que en adelante se denominará: Unidad Ejecutora N° 004 – "Programa Agua para Todos".
- Finalmente, a través de la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 002-2012-VIVIENDA, se modificó la denominación del Programa "Agua para Todos" por la de Programa Nacional de Saneamiento Urbano.

b.2) Conforme puede observarse, la actividad del Estado en materia de saneamiento se efectuó a través de estructuras funcionales adscritas a la Entidad, inicialmente con la denominación de PARSSA y luego Programa "Agua para Todos", para que luego, éste último, varíe su denominación a "Programa Nacional de Saneamiento Urbano".

¹⁹ Mediante Resolución Ministerial N° 087-2009-VIVIENDA del 26 de diciembre de 2009 se aprobó el Manual de Operaciones del Programa Agua para Todos –PAPT señalando su artículo 4º que es un Programa del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento adscrito al Viceministerio de Construcción y Saneamiento, constituyéndose en órgano ejecutor de las acciones de inversión para la implementación de las políticas de saneamiento a nivel nacional.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090
10 ABR 2013
P. L. B.
PATRICIA LADIBULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 129 - 2013 - OSCE/PRE



b.3) Ahora bien, no obstante la adscripción de los citados Programas a la Entidad, los mismos tenían o tienen competencia propia para el desarrollo de sus atribuciones, conforme a sus normas de creación y Manual de Operaciones.

b.4) De otro lado, 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 Estado²⁰ y la del procedimiento administrativo general²¹, los Programas 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.²²

b.5) Se entiende con todo, que la adscripción de los citados Programas (calificados en cada una de las normas citadas como Entidades) a la Entidad, respondería a un criterio de organización del Estado, a través del cual se les alinea en atención a políticas gubernamentales comunes al sector (Vivienda, Construcción y Saneamiento), que a través del Ministerio ejerce funciones de tutela, siendo que los Programas adscritos al Sector, de acuerdo a su propia organización, ejercitan diferenciadamente las atribuciones y funciones

²⁰ El TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM señala:

"Artículo 2.- Ámbito de Aplicación.-

2.1. Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente Ley, bajo el término genérico de Entidad:

(...)

j) Los proyectos, programas, órganos descentrados y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/u operativas de los Poderes del Estado y los organismos públicos descentralizados;"

²¹ Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444:

"Artículo I.- 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 (...)".

²² El TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM señala:

"Artículo 4º.- Especialidad de la Norma y Delegación.-

4.1. Especialidad de la Norma: La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables."

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090 2013

10 ABR 2013

Rhaydib

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



contempladas en sus normas de creación o manuales de operaciones, para lo cual realizan actuaciones administrativas (por ejemplo cuando emiten actos administrativos o celebran contratos cuando tienen capacidad para ello), teniendo para estos efectos una estructura y representación diferenciada²³.

- b.6) Por tanto, si la Entidad y el Contratista suscribieron un contrato en el marco de las normas de contrataciones del Estado, y en mérito a ello, recurren a arbitraje para solucionar las controversias que se deriven de su ejecución, no podría concluirse en un primer análisis que un Programa adscrito a dicha Entidad adquiera o tenga la calidad de parte en el referido arbitraje; de modo que, no se cumpliría el supuesto que señala el numeral 5.4 del Código de Ética que exige revelar al árbitro en determinado proceso otros arbitrajes donde participan las mismas partes.
- b.7) Ahora bien, en el presente caso, si bien es cierto que el Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-VIVIENDA-VMCS-DNS-UTF ha sido suscrito directamente por la Entidad (Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento), la Adenda N° 02 del 25 de setiembre de 2008 al referido documento ha sido suscrito por el Programa "Agua para Todos" en representación de la Entidad, con lo cual se verifica el otro supuesto previsto en el numeral 5.4 del Código de Ética que exige al árbitro revelar otros procesos que mantengan o haya mantenido con los representantes de una de las partes.
- b.8) Esa misma lógica, también resulta aplicable al caso de los procesos arbitrales donde una de las partes era el PARSSA, pues por mandato legal, toda referencia a éste Programa se entiende referida al Programa "Agua para Todos", que actuó en representación de la Entidad.
- b.9) Por esa razón, era razonable exigir al señor Mario Manuel Silva López, revelar en el arbitraje del cual deriva la presente recusación, aquellos procesos arbitrales donde interviene como árbitro y donde una de las partes era PARSSA y el Programa "Agua para Todos", éste último que sólo ha variado actualmente su denominación (por Programa Nacional de Saneamiento)

²³ 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 CÓPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090

10 ABR 2013

Haydi B

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 129 - 2013 - OSCE/PRE

Urbano). Entonces, corresponde verificar si el árbitro cumplió con efectuar dicho deber con amplitud y rigurosidad, para cuyo efecto, resulta pertinente transcribir literalmente lo que ha declarado el señor Mario Manuel Silva López en su Carta N° 562B-2012-MMSL-DJ:

"Cabe precisar es la tercera vez que participa en un proceso en el que el "PROGRAMA AGUA PARA TODOS" forma parte de un proceso donde haya intervenido como árbitro, sin embargo, debo indicar que en dos oportunidades he participado como árbitro en Tribunales donde ha participado como parte el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO. Además, en tres oportunidades he participado como árbitro en procesos en los cuales la entidad PARRSA, que es una entidad que pertenece al sector de dicho Ministerio, es una de las partes involucradas. Asimismo, en una oportunidad he participado como árbitro en procesos en los cuales la entidad, INFES que es una entidad que pertenece al sector del indicado Ministerio, es una de las partes involucradas. Ninguno de los procesos antes mencionados guarda relación con el presente arbitraje."

b.10) Al respecto, el numeral 5.4 del Código de Ética exige revelar al árbitro si "(...) ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros; de donde se desprende que no es suficiente señalar el número de veces de procesos donde habría intervenido el árbitro –como lo ha hecho el recusado- sino que debe contarse con referencias básicas del proceso arbitral respecto del cual ha intervenido dicho profesional (como por ejemplo las partes en controversia, la materia y la situación del proceso) discriminando un arbitraje de otro"²⁴.

b.11) Una interpretación literal y restrictiva de tal dispositivo, como procura el árbitro recusado al indicar que dicha previsión no exige detalles, no se condice con la finalidad del deber de revelación que lo que busca es que las partes cuenten con información relevante y suficiente para efectuar una mayor indagación, otorgar dispensa o eventualmente interponer una recusación. Pero también, por el otro lado, una exigencia pormenorizada y trivial de datos, como pretende la recusante, en la práctica equivaldría a un "overdisclosure" de

²⁴ El propio árbitro Mario Manuel Silva López, con motivo de efectuar el deber de revelación en el arbitraje del cual deriva la presente recusación respecto de un proceso arbitral donde fue designado como árbitro ha hecho referencia a las partes, al contrato objeto de controversia y al estado del proceso, conforme se expone en el literal d.1) de la presente Resolución.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090 22/26
10 ABR 2013 <i>Mario B</i>
PATRICIA LANDI BULLÓN FEDATARIO - OSCE Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE



información que puede resultar irrelevante y que en todo caso bien podría demandarse una vez efectuada la declaración.

b.12) Las referencias básicas de un proceso arbitral distinguiendo uno de otro, tal como lo expusieron líneas arriba, resulta un parámetro de referencia razonable en este caso particular, respecto del cual el árbitro recusado no ha cumplido con efectuar, por lo que, sobre este extremo, la recusación debe declararse fundada.

b.13) Respecto a la información de su participación como árbitro en un proceso donde una de las partes era INFES, ni en la recusación ni en los descargos a la misma se ha sustentado la naturaleza jurídica de tal institución y el nivel de vinculación con la Entidad, habiendo argumentado simplemente que era una "entidad" del Sector, poniéndose en duda, incluso la temporalidad de dicha relación, al punto que el recusante señala que no se puede conocer si cuando se inició el proceso arbitral tal Institución pertenecía o no al Sector. Al no haberse aportado mayores elementos probatorios para concluir que era de carácter ineludible revelar tal arbitraje, no podríamos determinar que se ha incumplido con el deber de revelación, sin perjuicio de que las partes puedan efectuar una mayor indagación, si así lo consideran necesario.

Por lo expuesto, la recusación, por el aspecto analizado en este literal, debe declararse fundada.

c) Omisión de información sobre existencia de una acción de garantía (demanda de amparo) contra dos (2) resoluciones emitidas por el OSCE que resuelven procedimientos de recusación.- Se señala que el árbitro recusado ha omitido informar que interpuso demanda de amparo contra las Resoluciones N° 341-2009-OSCE/PRE y N° 365-2009-OSCE/PRE del OSCE que declararon fundadas recusaciones formuladas en su contra, que finalmente fuera declarada improcedente por el Tribunal Constitucional.

c.1) Al respecto, mediante la Resolución N° 341-2009-OSCE de fecha 12 de setiembre de 2009, el OSCE declaró fundada una recusación formulada contra el señor Mario Manuel Silva López en el marco de un arbitraje donde las partes fueron el Gobierno Regional de Cajamarca y la Empresa AZAF Contratistas Generales S.R.L.



10 ABR 2013
P. Landi B
PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Res. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 129 - 2013 - OSCE/PRE

c.2) Por su lado, mediante la Resolución N° 365-2009-OSCE de fecha 5 de octubre de 2009, el OSCE declaró fundada una recusación formulada contra el señor Mario Manuel Silva López en el marco de un arbitraje donde las partes fueron la Municipalidad Distrital de Nuevo Imperial y el Consorcio Amauta.

c.3) Contra los citados actos resolutivos el árbitro recusado interpuso demanda de amparo, la misma que la dirigió contra el OSCE, la cual fue desestimada por las instancias de grado concluyendo cuando el Tribunal Constitucional mediante Resolución del 24 de setiembre de 2010, declaró improcedente el recurso de agravio constitucional.

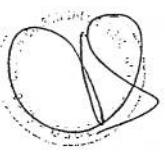
c.4) Es evidente, que las partes y materias a que se refieren las Resoluciones del OSCE no tienen relación directa con el arbitraje del cual deriva la presente recusación. Del mismo modo, el proceso judicial señalado estuvo dirigido contra dicho Organismo Supervisor. Por tanto, no se cuentan con elementos probatorios para determinar que el árbitro recusado se encontraba obligado a revelar la existencia de la acción de garantía interpuesta, por lo que, en este extremo, la recusación debe declararse infundada.

d) Información incompleta sobre designaciones reiteradas que le efectuara el Contratista genera dudas justificadas de independencia e imparcialidad.- Sobre el particular, es pertinente transcribir la parte pertinente de su declaración según Carta N° 562B-2012-MMSL-DJ:

"Cabe precisar, que en una oportunidad anterior el contratista me designó como árbitro para resolver las controversias suscitadas con el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO - "PROGRAMA AGUA PARA TODOS" relacionados con el contrato materia del presente arbitraje. Dicho proceso ha culminado con el laudo arbitral correspondiente.

Además, en otras cuatro oportunidades anteriores el contratista me ha designado árbitro. Asimismo, en tres oportunidades el Consorcio San Pedro me da designado árbitro siendo uno de (sic) sus integrantes CONTRATISTAS ASOCIADOS MESALA S.A.C. Ninguno de los procesos antes mencionados guarda relación con el presente arbitraje."

d.1) En relación al primer párrafo de su declaración, consideramos suficiente dicha información, pues el árbitro ha identificado claramente a las partes del proceso (Contratista y la Entidad), al contrato (que es el mismo que ha originado el

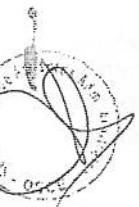


HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090
29/26

10 ABR 2013

Plaza B

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



arbitraje del cual deriva la presente recusación -Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-VIVIENDA-VMCS-DNS-UTF) y ha comunicado que cuenta con laudo arbitral.

- d.2) En relación al segundo párrafo de la declaración, el numeral 5.5 del Código de Ética exige revelar al árbitro si “(...) ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje (...)”; de donde se desprende que no basta mencionar el número de veces que ha sido designado –como lo ha hecho el árbitro recusado al indicar que ha sido designado en cuatro oportunidades- sino que debe brindarse referencias básicas para determinar que dicho profesional fue designado en determinado proceso arbitral (como por ejemplo las partes en controversia, la materia y la situación del proceso), lo cual, y apelando a los mismos criterios expuestos en los literales b.10), b.11) y b.12), constituye un parámetro de referencia razonable en este caso. Por tanto, sobre este extremo la recusación debe declararse fundada.
- d.3) En relación al cuestionamiento de que las reiteradas designaciones generan dudas justificadas de independencia e imparcialidad, debemos señalar:

- El árbitro no representa los intereses de las partes²⁵, salvo que la recusación evidencie lo contrario.
- Según se ha expuesto, no se cuenta con un detalle de los arbitrajes, controversias y partes donde fue designado el señor Mario Manuel Silva López, que permita evidenciar un grado de vinculación relevante con el arbitraje del cual deriva la presente recusación.
- No se ha expuesto, alguna actuación concreta que denote cierto desvío de preferencias a favor o en contra de una de las partes o de la controversia.
- Según expone la doctrina, la simple relación de amistad entre árbitros y abogados, así como su participación en distintos arbitrajes, por su sólo mérito no conlleva la descalificación automática de dichos profesionales, en tanto no se evidencie afectación de los principios de independencia e

²⁵ JOSE CARLOS FERNANDEZ ROZAS ha señalado “(...) Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes (...)” Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso Arbitraje La Habana 2010- Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.



HE COMPROBADO, PREVIO COTIEJO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090.....
29/04/2013

10 ABR 2013

Santos B.

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

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° J29 - 2013 - OSCE/PRE

imparcialidad (Castillo y Sabroso, 2011: 53-54) (Fernández, 2010).
(Victoria-Andréu, 2010)²⁶²⁷.

Por tanto, sobre este aspecto no puede considerarse que las designaciones reiteradas que pueda haberle efectuado una de las partes al árbitro recusado, por su sólo mérito genera dudas justificadas de su independencia e imparcialidad, dando merito a que se declare fundada una recusación.

Que, el inciso i) del artículo 58º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, 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 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 el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, 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 FUNDADA la recusación formulada por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento contra el árbitro Mario Manuel Silva López por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

²⁶ MARIO CASTILLO FREYRE y RITA SABROSO MINAYA: El Deber de declaración en el Código de Ética del OSCE: Publicado en Revista de Arbitraje Jurisdicción Arbitral Año I N° 4 – Agosto 2011 – págs. 53-54.

²⁷ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS: Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso Arbitraje La Habana 2010- Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.

HE COMPROBADO PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 090 2013

10 ABR 2013

Magalib

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

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

Regístrate, comuníquese y archívese.



MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva