



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO, QUE EL PRESENTE DOCUMENTO ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 064

15 MAR 2013

Mayo

PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
S E D I C I O N 12 - OSCE/PR

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 098-2013 - OSCE/PRE

Jesús María,

15 MAR. 2013

SUMILLA:

La forma de establecer si un probable asesoramiento a la Entidad puede generar un nivel relevante y notorio de vinculación o dependencia con el árbitro, pasaría por evidenciar elementos de aquél que determinen un grado de influencia, continuidad o proximidad, tales como su significancia económica, su regularidad, su relación con el objeto de la controversia, entre otros.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por el señor Luis Alberto Gomero Pérez en representación de la empresa RGD Construcciones S.A., con fecha 20 de diciembre de 2012 (Expediente de Recusación N° 075-2012); los escritos presentados por la Marina de Guerra del Perú y por el árbitro recusado, Sergio Tafur Sánchez; y el Informe N° 014-2013-OSCE/DAA de fecha 29 de enero 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 19 de julio de 2010, el Ministerio de Defensa - Marina de Guerra del Perú (en adelante la "Entidad") y la empresa RGD Construcciones S.A. (en adelante "el Contratista") suscribieron el Contrato de Servicios N° MGP-DGM/DIT-2010-044 para el "Cambio de Piso en la Explanada del CITEN", derivado del Concurso Público N° 002-2010-MGP/DIMATEMAR (Primera Convocatoria);

Que, surgida la controversia derivada de la ejecución del citado contrato, y ante la falta de acuerdo de las partes en la designación del árbitro, mediante Resolución N° 334-2011-OSCE/PRE de fecha 25 de mayo del 2011, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (en adelante el "OSCE") designó¹ al abogado Sergio Tafur Sánchez, como árbitro único encargado de conducir las actuaciones arbitrales;

Que, el 20 de diciembre de 2012, el Contratista formuló recusación contra el árbitro único Sergio Tafur Sánchez ante el OSCE;

Que, el 02 de enero de 2013, el abogado Sergio Tafur Sánchez absolvió el traslado de la recusación formulada en su contra y, asimismo, formuló su renuncia al cargo de árbitro único;

Que, con fecha 09 de enero de 2013, la Entidad absolvió el traslado de la recusación;

Que, la recusación formulada por el Contratista se sustenta en los siguientes fundamentos:

- i) *El árbitro único recusado ha manifestado en su carta de aceptación que hace*

¹ *Designación efectuada a solicitud del contratista (Expediente de Designación N° D 308-2012).*

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

REG. N° 069 26

15 MAR 2013
P. Haydi B

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

aproximadamente un año y medio, fue consultado por el Servicio Naviero de la Marina de Guerra del Perú y, por tal motivo, emitió una opinión legal a su favor;

- ii) *Ese hecho genera dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia del árbitro único en la medida que la Entidad demandada ha sido su cliente hasta hace relativamente poco tiempo;*

Que, sobre la recusación formulada, la Entidad refiere que carece de asidero legal, toda vez que no tiene vínculo contractual ni amistad con el árbitro recusado, y que éste nunca ha resuelto demanda arbitral entre las mismas partes en la cual haya emitido fallo favorable a favor de aquélla;

Que, sobre la recusación formulada en su contra, el abogado Sergio Tafur Sánchez señala que las dudas del contratista resultan absolutamente infundadas toda vez que la única relación que tuvo con la Entidad fue ante una consulta puntual que le formulara el Servicio Naviero de la Marina hace mucho más de un año y sobre una materia que nada tiene que ver con la presente controversia;

Que, no obstante, precisa que al ser un convencido de que un pilar fundamental del arbitraje es la confianza que las partes deben tener en su árbitro, formaliza su renuncia atendiendo a que el presente proceso aún no se ha instalado;

Que, el análisis legal de la presente recusación se realizará aplicando la Ley de Contrataciones del Estado, así como las normas de derecho público y las demás de derecho privado, manteniendo este orden de preferencia en la aplicación del derecho;

Que, el arbitraje, según el convenio arbitral² acordado por las partes es de derecho, *ad hoc*³ y nacional;

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

Que, el aspecto relevante identificado es el siguiente:

² La cláusula décimo séptima del contrato materia de controversia señala lo siguiente: "Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º y 177º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley. Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

³ La parte pertinente del Artículo 216º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala. "(...) Si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, se resolverá mediante un arbitraje *ad hoc* (...)"



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° ... 064
3/6

15 MAR 2013

Patricia Landi

PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
Per. 1.069 - 2012 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 098-2013 - OSCE/PRE

Determinar si la absolución de una consulta legal a la Entidad -contraparte del contratista en el proceso arbitral- por parte del árbitro recusado genera dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia y por ende constituye causal de recusación:

El artículo 224º del Reglamento precisa que todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia.

En ese sentido, el numeral 1) del artículo 225º del Reglamento señala que los árbitros podrán ser recusados cuando no cumplan con lo dispuesto por el citado artículo 224º.



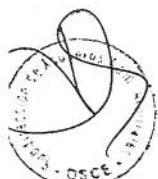
Por su parte, la LA en su artículo 28º establece que la persona propuesta para ser árbitro debe revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.



Finalmente, el artículo 5º del Código de Ética, refiere que en la aceptación al cargo de árbitro, éste debe informar por escrito a las partes, entre otras circunstancias, si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje.



Así también, el citado dispositivo legal indica que la omisión de cumplir con el deber de informar 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.



De lo expuesto, podemos verificar que las normas de la materia reconocen la importancia del deber de información del árbitro, a efectos de garantizar su independencia e imparcialidad como uno de los pilares para la correcta realización de un arbitraje.

En el presente caso, considerando que el abogado Sergio Tafur Sánchez cumplió con el deber de información sobre el hecho objeto de recusación, corresponde determinar si existen elementos que evidencien una vinculación relevante entre aquél y la Entidad, que genere dudas justificadas susceptibles de afectar su independencia e imparcialidad.

Para ello, resulta oportuno referirse previamente a los conceptos de independencia e imparcialidad. Así, tenemos que la independencia se vincula a una situación objetiva apreciable a partir de las relaciones presentes o pasadas entre el árbitro y las partes; mientras que la imparcialidad se asocia con la actitud personal y subjetiva que asume el árbitro frente a la controversia o a las propias partes⁴. En el caso de la independencia, su manifestación o ausencia pasará por evaluar los

⁴ El autor español JOSÉ MARÍA ALONSO ha señalado: "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". 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. 4/6
NEG. N°. 064

15 MAR 2013
Mayo B

PATRICIA ANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
F. S. N. 049 - 2012 - OSCE/PRE

vínculos entre el árbitro y las partes, pudiendo considerar la naturaleza, proximidad, influencia o continuidad de dicho vínculo; mientras que en el caso de la imparcialidad, aun cuando se trata de un aspecto subjetivo, se debe indagar en situaciones de hecho objetivas u observables por cada caso concreto, que denoten un desvío de preferencias a favor de uno y en perjuicio del otro^{5 6}.

Ahora bien, para resolver el caso que nos ocupa es preciso tener en cuenta que no necesariamente cualquier tipo de vínculo o relación directa o indirecta que los árbitros puedan mantener o haber mantenido con alguna de las partes evidencia una situación de dependencia o parcialidad pasible de recusación⁷.

Así, para las normas de contrataciones y arbitraje el criterio general es que este tipo de relaciones deben generar dudas justificadas susceptibles de afectar los principios de independencia o imparcialidad⁸ para que sean objeto de recusación. En adición a ello, el Código de Ética cuando regula el deber de información del árbitro respecto a la existencia de estas "relaciones" o "vínculos" incide en su relevancia y en la consecuencia de su afectación al desempeño de la función arbitral⁹.

En concordancia con lo anotado, FRANCISCO VICTORIA ANDREU, precisa que:

"(...) los árbitros gozan de una presunción de independencia hasta demostrar lo contrario en base a elementos ciertos y (...) comprobados, elementos que además deben constituir un riesgo claro y evidente para una de las partes"¹⁰.

⁵ JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS al comentar la independencia ha incidido en el estudio de estos vínculos para concluir si un árbitro es o no independiente, utilizándose criterios tales como proximidad, continuidad o índole reciente. El mismo autor al comentar la imparcialidad ha señalado que la dificultad de su prueba objetiva requiere la remisión a situaciones de hecho objetivas y la consideración de hechos externos, mediante los cuales suele manifestarse la imparcialidad o la falta de ésta. Incide asimismo en 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. *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>*.

⁶ El Tribunal Constitucional Peruano en su sentencia del 15 de marzo del 2011 recaída en el Expediente N° 02851-2010-PA/TC ha señalado en su fundamento 15: "Se debe tener presente que la falta de imparcialidad del juez no puede ser alegada en abstracto, sino que tiene que ser probado en cada caso concreto. Sobre este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que "el principio según el cual se debe presumir que un Tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del derecho (caso *Pullar contra Reino Unido*)". En ese sentido, JOSE CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS citando a J. Robert señala que: "La existencia de relaciones entre los árbitros y las partes y/o con sus representantes no conduce inexorablemente a una situación de dependencia que justifique la recusación de un árbitro(...)".

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>.

⁸ El numeral 3) del artículo 225º del Reglamento señala lo siguiente: "Artículo 225.- Recusación. Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas: (...) 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."

Por su parte el numeral 1) del artículo 28º de la LA indica lo siguiente: "Todo árbitro de ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia".

⁹ El Numeral 5.2 del artículo 5º del Código de Ética expone: "En la aceptación del cargo de árbitro éste debe informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias: "Si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudieran afectar su desempeño en el arbitraje, de conformidad con lo establecido en este Código."

¹⁰ FRANCISCO VICTORIA-ANDREU "La independencia del árbitro: ¿Realidad o quimera?", artículo publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/la-independencia-del-arbitro-realidad-o-quimera.html>.



HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 064

15 MAR 2013

5/6

PATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
IN 042 12 - OSCE/PRE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 098-2013 - OSCE/PRE

Por su parte, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS refiere que es necesario analizar los vínculos de los árbitros con las partes para concluir la falta de independencia:

"(...) 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 convenientemente¹¹.

En ese sentido, la forma de establecer si un probable asesoramiento a la Entidad puede generar un nivel relevante y notorio de vinculación o dependencia con el árbitro, pasaría por evidenciar elementos del asesoramiento que determinen un grado de influencia, continuidad o proximidad, tales como su significancia económica, su regularidad, su relación con el objeto de la controversia, entre otros.

Sin embargo, la parte recusante no ha aportado elementos que permitan realizar dicho análisis, razón por la cual, a priori no se puede considerar que la sola absolución de una consulta legal por parte del árbitro recusado a una de las partes, conlleve necesariamente a su automática descalificación¹².

En consecuencia, al no haber presentado el contratista ningún elemento que acredite la afectación de la independencia e imparcialidad del árbitro, la presente recusación devendría en infundada; no obstante, dado que el árbitro único ha renunciado a su designación con posterioridad al presente procedimiento, corresponde dar por concluido el mismo por causa sobreviniente, al amparo de lo señalado en el numeral 186.2) del artículo 186º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹³;

Que, considerando el análisis efectuado, corresponde dar por CONCLUIDO el procedimiento de recusación iniciado por RGD Construcciones S.A. contra el árbitro Sergio Tafur Sánchez;

¹¹ 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>.

¹² FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA comentando las IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration del 22 de mayo del 2004, se refiere a una situación que estaría comprendida en la lista naranja (que sólo obliga a presentar la declaración respectiva). "La segunda categoría naranja se refiere a servicios que se prestan actualmente a una de las partes o a sus compañías asociadas por el estudio de abogados del árbitro, en los casos de que el ingreso económico por este concepto no sea significativo y el árbitro mismo no haya tenido vinculación con tales servicios. Y esta situación se extiende a otros estudios de abogados que comparten honorarios con el Estudio del árbitro. O al propio árbitro y a su estudio cuando presta servicios a una de las partes pero en asuntos que no tienen nada que ver con la materia controvertida" - Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje - Tomo I , Pág. 352 / Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, Enero 2011.

¹³ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General - Artículo 186.- Fin del Procedimiento: 186.2.- También pondrán fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo.

HE COMPROBADO, PREVIO COTEJO,
QUE EL PRESENTE DOCUMENTO
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL
QUE HE TENIDO A LA VISTA.
REG. N° 069. 6/6

15 MAR 2013
Hagel B

FATRICIA LANDI BULLÓN
FEDATARIO - OSCE
F.ES. N° 049 - 2012 - OSCE/PRE

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 la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y modificatoria, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el Decreto Legislativo N° 1071 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 CONCLUIDO el procedimiento de recusación iniciado por RGD Construcciones S.A., contra el árbitro Sergio Tafur Sánchez, Árbitro Único encargado de resolver las controversias surgidas entre el recusante y la Marina de Guerra del Perú, 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.

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

