



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

OSCE

Resolución N° 330 - 2013 - OSCE/PRE

Dirección de Arbitraje Administrativo

Jesús María,

20 SET. 2013

20 SEP 2013

RECIBIDO

Hora:

SUMILLA:

Considerando que la recusación debe ventilarse y resolverse en el marco de un arbitraje institucional conforme a las normas del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo a lo que han pactado las partes en el convenio arbitral, no resulta procedente que dicho Organismo Supervisor asuma competencia para avocarse a su resolución cuando no se ha activado el iter arbitral conforme a las normas del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje – OSCE.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento del 25 de febrero de 2013 subsanada el 8 de marzo de 2013 (Expediente de Recusación N° R07-2013); el escrito presentado por el árbitro Mario Manuel Silva López; y el Informe N° 43-2013-OSCE/DAA del 9 de mayo 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 24 de marzo de 2011, el Fondo para la Reconstrucción del Sur –FORSUR (en adelante la "Entidad") y el Consorcio Aguas del Sur¹ (en adelante el "Contratista") suscribieron el Contrato N° 028-2011-FORSUR para la Ejecución de la Obra: "Rehabilitación de redes secundarias de alcantarillado de la ciudad de Pisco, afectadas por el terremoto del 15 de agosto del 2007"; por el monto de S/. 7,853,158.48 (Siete Millones Ochocientos Cincuenta y Tres Mil Ciento Cincuenta y Ocho con 48/100 Nuevos Soles);

Que, con escrito de fecha 18 de febrero de 2013, el Contratista formuló solicitud de arbitraje ante la Entidad designando como árbitro de parte al señor Mario Manuel Silva López;

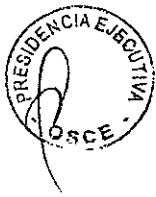
Que, con fecha 18 de febrero de 2013, a través de la Carta N° 442-2013-MMSL-DJ dirigida a la Entidad, el señor Mario Manuel Silva López con motivo de informar que aceptó su designación como árbitro presentó declaración jurada efectuando su deber de revelación;

Que, con fecha 25 de febrero de 2013, la Procuraduría Pública del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento en representación de la Entidad, formuló solicitud de recusación contra el árbitro Mario Manuel Silva López. Dicha solicitud fue subsanada mediante escrito del 8 de marzo de 2013;

Que, con fecha 12 de marzo de 2013, a través de los Oficios N° 1221 y N° 1222-2013-OSCE/SAA, se efectuó el traslado de la recusación al árbitro Mario Manuel Silva López y al Contratista, respectivamente, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifiesten lo que estimen conveniente a su derecho;

Que, con fecha 18 y 19 de marzo de 2013, el Contratista y el árbitro recusado, respectivamente, cumplieron con efectuar la absolución al traslado de la recusación formulada;

¹ Según el Contrato N° 28-2011-FORSUR del 24 de marzo de 2011, el Consorcio Aguas del Sur está conformado por la Empresa Chavín de Huántar EIRL, FK&JJ Contratistas Generales SAC, Edmar Emilio Quiñones Ávila y OIG Contratistas Generales S.A.C.



Que, con fecha 16 de abril de 2013, el señor Mario Manuel Silva López, comunicó su renuncia irrevocable al cargo;

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) De conformidad con el artículo 224° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el árbitro debe incluir una declaración expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, su capacidad profesional en lo que concierne a contar con conocimientos suficientes para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, así como la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria. Sin embargo, el árbitro recusado no ha cumplido con este deber.
- 2) Con fecha 18 de febrero de 2013, mediante Carta N° 442-2013-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.
- 3) Para la recusante, la información revelada, es limitada e imprecisa pues debió haber informado a qué procesos arbitrales corresponden, qué entidades o empresas fueron parte en dichas empresas, cuál de las partes interpuso la recusación, cuál fue el resultado de la recusación, entre otros. También ha omitido precisar sobre el resto de procesos arbitrales que ha tenido con la Entidad así como de los procesos judiciales iniciados a consecuencia de las recusaciones.
- 4) Del mismo modo, el señor Mario Manuel Silva López no ha informado de la existencia de procesos arbitrales anteriores en los que participó y en los que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y sus programas fueron parte, ni mucho menos de qué proceso se trata, cuáles fueron las partes demandante y demandada, las pretensiones, entre otras.
- 5) Por otro lado, el recusante señala que el árbitro Mario Manuel Silva López reveló que fue recusado en diez (10) procesos arbitrales; sin embargo, sólo hace referencia a cinco (5) Resoluciones de Presidencia Ejecutiva del OSCE, sin precisar las 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 cinco (5) 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.
- 6) 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 fueron declaradas improcedentes por el Tribunal Constitucional.
- 7) Finalmente señala que, por información del árbitro Mario Manuel Silva López dicho profesional ha sido designado por las empresas que conforman el Consorcio Aguas del Sur en reiteradas oportunidades, sin detallar apropiadamente dicha información conforme lo exige el Código de





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 330-2013 - OSCE/PRE

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 la recusación formulada en los siguientes términos:

- 1) Considera que la recusación resulta extemporánea toda vez que se ha formulado fuera del plazo de cinco (5) días hábiles previsto en el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 2) La recusación se sustenta en argumentos subjetivos que no son suficientes para configurar dudas justificadas de imparcialidad del árbitro Mario Manuel Silva López, toda vez que dicha persona es un profesional de mucho prestigio y que siempre se mantuvo imparcial e independiente en su forma de laudar.
- 3) El hecho de que el árbitro Mario Manuel Silva López participe en diversos procesos arbitrales, no implica que se ha parcializado con alguna de las partes. En consecuencia al tratar de impedir que participe en un proceso arbitral se estaría afectando su derecho al trabajo que cada persona tiene y que se encuentra reconocido constitucionalmente.
- 4) Lo señalado por la Entidad carece de asidero legal, pues se basan en circunstancias que no han sido debidamente probadas, no habiéndose demostrado que el árbitro carezca de imparcialidad e independencia;

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

- 1) De conformidad con el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad podía formular su recusación dentro de cinco (5) días hábiles, de comunicada la aceptación al cargo o desde que se tomó conocimiento de la causal sobreviniente.
- 2) Asimismo, mediante documento remitido a la Entidad el 18 de febrero de 2013 (Carta N° 442-2013-MMSL-DJ) complementado mediante escrito del 14 de marzo de 2013 (Carta N° 442D-2013-MMSL-DJ), el árbitro recusado cumplió con efectuar su deber de revelación, de manera que el plazo de cinco (5) días hábiles para recusar debió computarse a partir del 15 de marzo de 2013, razón por la cual la presente recusación (presentada el 25 de febrero de 2013) se ha efectuado en forma anticipada, en contravención a la norma antes señalada.
- 3) Respecto al presunto incumplimiento del deber de revelación según lo regulado en el artículo 224° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el señor Mario Manuel Silva López señala que en su Carta N° 442-2013-MMSL-DJ ha cumplido con indicar su idoneidad y capacidad profesional para cumplir con el cargo de árbitro toda vez que ha señalado que tiene conocimiento de las normas de arbitraje, contrataciones del Estado y otras aplicables al contrato objeto de la controversia. Respecto a la disponibilidad de tiempo en ningún momento ha tenido queja de las partes ya que siempre ha podido dedicar el tiempo suficiente a los arbitrajes en los que ha sido designado como árbitro.
- 4) 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. Señala el árbitro recusado que es suficiente que el árbitro informe respecto de cualquier circunstancia que puede afectar su independencia e imparcialidad, lo cual comunicó oportunamente mediante Carta N° 442 y N° 442D-2013-MMSL-DJ.

- 5) Además, indica que debe tenerse en cuenta que las recusaciones que ha informado, y respecto de las cuales la recusante exige detalles, no guardan relación con el proceso arbitral para el cual fue designado. Sin perjuicio de ello, y en aras de la transparencia ha cumplido con informar las mismas mediante Carta N° 442D-2013-MMSL-DJ. Asimismo, indica que 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.
- 6) Del mismo modo, señala que 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) Respecto a los procesos arbitrales en los cuales ha intervenido como árbitro cuando la Entidad u otras entidades que pertenecen a su sector eran una de las partes, ha cumplido con informarlo mediante Carta N° 442D-2013-MMSL-DJ. Los detalles específicos de cada uno de los procesos son conocidos por la Procuraduría Pública de la Entidad por lo que estimó repetitivo e innecesario detallarlos.
- 8) Adicionalmente, 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, no resultaba relevante informar tales hechos considerando que se tratan de casos donde no interviene alguna de las partes (Entidad o Contratista).
- 9) Sobre la aseveración de que ha sido designado reiteradamente por las empresas conformantes del Consorcio Aguas del Sur, considera que ello no es impedimento para formar parte de un Tribunal Arbitral conforme a los supuestos del artículo 221° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Debe tenerse en cuenta que según Carta N° 442-2013-MMSL-DJ ha cumplido con declarar que el Consorcio Aguas del Sur o las empresas que lo integran lo designaron como árbitro en alguna oportunidad.
- 10) Finalmente, mediante Carta N° 442-2013-MMSL-DJ ha demostrado su mejor disposición para que si en el caso alguna de las partes no estuviera de acuerdo con su participación en el arbitraje se lo comunique e incluso, si cualquiera de ellas requiriese mayor información puede solicitárselo. Sin embargo, al interponer la presente recusación, la Entidad ha demostrado que no cumple con el requisito de buena fe.
- 11) Por todas las consideraciones expuestas, señala que no existen dudas justificadas de su independencia e imparcialidad.

Que, debemos señalar que el marco normativo vinculado al arbitraje del cual deriva la presente





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 30-2013 - OSCE/PRE

recusación, corresponde al Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (ahora Sistema Nacional de Arbitraje) aprobado por Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE (en adelante el "RSNA"), 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 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 de fecha 05 de junio de 2008 (en adelante el "Código de Ética");

Que, el aspecto identificado de la recusación es el siguiente:

i) ¿Determinar si el OSCE tiene competencia para pronunciarse sobre el procedimiento de recusación iniciado por la Entidad contra el árbitro Mario Manuel Silva López?

a) La cláusula vigésima segunda del Contrato N° 028-2011-FORSUR del 24 de marzo del 2011 suscrito entre la Entidad y el Contratista señala lo siguiente:

"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento (...)".²

b) Conforme a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, las controversias que surjan entre la Entidad y el Contratista deben resolverse a través de un arbitraje institucional a cargo de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, cuyo artículo 25° del RSNA en su parte pertinente señala que "(...) Para todos los efectos, el proceso arbitral se considera iniciado en la fecha de interposición de la demanda ante la Secretaría del SNCA-CONSUCODE" (Hoy SNA-OSCE). Del mismo modo, de conformidad con el literal f) del citado artículo 25°, conjuntamente con la demanda se efectúa la designación del respectivo árbitro.

c) De los antecedentes que obran en el presente procedimiento, no se evidencia que las partes hayan recurrido a los órganos del Sistema Nacional Arbitraje del OSCE interponiendo demanda arbitral y designando a sus respectivos árbitros, para dar inicio al arbitraje conforme a su regulación; por el contrario, se observa que el Contratista a través de las Cartas N° 005 y 007-2013/C.AGUAS DEL SUR, fechadas el 18 y 19 de febrero de 2013, respectivamente, y dirigidas a la Entidad, ha formulado solicitud de arbitraje designando al árbitro recusado (como si se tratara de un "arbitraje ad hoc"), cuando el artículo 218° del Reglamento, precisa que dicha solicitud se formula en tanto no se haya sometido la controversia a un arbitraje institucional³.

² Debe precisarse que en el convenio arbitral señalado se observa que se ha consignado el término "OSCE" cuando lo correcto es "OSCE". Considerando la propia actuación de las partes esto no pasa a ser más que un error material. Efectivamente, el Contratista en sus Cartas N° 005 y 007-2013/C.AGUAS DEL SUR, fechadas el 18 y 19 de febrero de 2013, indica que el citado convenio arbitral está regulado según el artículo 216° del Reglamento, el mismo que contiene, la cláusula arbitral tipo del arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, cuya redacción y estructura es similar al del convenio arbitral, y donde se hace referencia correcta del "Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE". De la misma manera la Entidad en su Oficio N° 110-2013-VIVIENDA-PP del 26 de febrero de 2013 ha señalado que corresponde a un arbitraje institucional a cargo de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE.

³ Artículo 218°.- Solicitud de arbitraje



- d) Por otro lado, tampoco se evidencia que las partes en forma indubitable hayan pactado alguna modificación del convenio arbitral en el extremo señalado. Es cierto que con fecha 1 y 8 de marzo de 2013, mediante los Oficios N°s 110 y 126-2013-VIVIENDA-PP, la Entidad se dirigió al Contratista absolviendo la solicitud de arbitraje y designando su respectivo árbitro de parte, pero también es cierto que en dichas comunicaciones la Entidad ha indicado de modo expreso que no se encuentra de acuerdo con el mecanismo arbitral planteado por el Contratista toda vez que según el convenio arbitral la controversia se debe ventilar a través de un arbitraje institucional a cargo de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE.
- e) Asimismo, según comunicación remitida por la Entidad⁴, se ha informado que los árbitros designados por la Entidad y el Contratista, aún no designan al Presidente del Tribunal Arbitral, de donde concluimos que conforme a lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 27° de la LA⁵, no se cuenta con un tribunal válidamente constituido.
- f) Del mismo modo, debe considerarse que los supuestos del cumplimiento de aceptación de cargo de los árbitros, del deber de revelación, de formalidades y límites para formular recusaciones, entre otros, tienen previsiones especiales en el marco de las normas del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE que difieren del arbitraje ad hoc; de donde el OSCE no puede prescindir de verificar el cumplimiento de dicho contexto jurídico institucional para resolver la recusación interpuesta, máxime cuando en el presente caso se ha alegado un presunto incumplimiento del deber de revelación. Lo contrario, sería desconocer el marco normativo que las propias partes han establecido para resolver sus controversias.
- g) Considerando que la recusación debe ventilarse y resolverse en el marco de un arbitraje institucional conforme a las normas del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo a lo que han pactado las partes en el convenio arbitral, no resulta procedente que dicho Organismo Supervisor asuma competencia para avocarse a su resolución cuando no se ha activado el iter arbitral conforme a las normas del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje - OSCE; salvo que las partes de mutuo acuerdo modifiquen dicha previsión del convenio arbitral, supuesto que no se ha verificado en el presente procedimiento;

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

En caso las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o no hayan pactado al respecto, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, con indicación del convenio arbitral, incluyendo la designación del árbitro, cuando corresponda. La solicitud también deberá incluir de manera referencial y con fines informativos, un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía."

⁴ Correo electrónico de fecha 27 de marzo de 2013 dirigido por la Entidad al OSCE.

⁵ "Artículo 27° Aceptación de los árbitros

(...)

² Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido."





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 330-2013 - OSCE/PRE

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

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

SE RESUELVE:

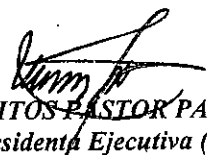
Artículo Primero.- Declarar IMPROCEDENTE la recusación formulada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento en representación del Fondo para la Reconstrucción del Sur-FORSUR contra el árbitro Mario Manuel Silva López por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

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

Regístrese, comuníquese y archívese.




MILAGRITOS PASTOR PAREDES
Presidenta Ejecutiva (i)