



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 329 - 2013 - OSCE/PRE
Jesús María, 20 SET. 2013

SUMILLA:

En los arbitrajes en materia de contratación pública, respecto a la oportunidad para formular recusaciones contra árbitros ante el OSCE, deberán considerarse los siguientes criterios: a) Si las solicitudes de recusación se presentan indubitadamente fuera del plazo de 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 sobreviniente; corresponderá declarar la improcedencia por extemporánea de las referidas solicitudes en aplicación de lo establecido en el numeral 1) del artículo 226° del Reglamento; y, b) Cuando no pueda acreditarse indubitadamente la fecha en que se tomó conocimiento efectivo de que se ha configurado la causal de recusación conllevando ello la imposibilidad jurídica de computar objetivamente el plazo de cinco (5) días hábiles para formular recusaciones previsto en el numeral 1) del artículo 226° del Reglamento, debe recurrirse a la aplicación del numeral 3) del artículo 29° de la LA verificándose en ese caso que la recusación haya sido formulada antes de que se inicie el plazo para la emisión del laudo respectivo, salvo pacto en contrario.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por el Consorcio Jasan del 7 de junio y subsanada el 11 de junio de 2013 (Expediente de Recusación N° R24-2013), el Informe N° 068-2013-OSCE/DAA del 24 de julio de 2013; y, el Informe N° 77-2013-OSCE/DAA del 3 de setiembre 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 2 de junio de 2011, el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora N° 108 (en adelante la "Entidad") y el Consorcio Jasan¹ (en adelante el "Contratista") suscribieron el Contrato N° 121-2011-ME/SG-OGA-UA-APP para la ejecución de la obra: "Adecuación, Mejoramiento y Sustitución de la Infraestructura de la I.E. Emblemática "Monseñor Atanasio Jáuregui" ubicada en Yurimaguas - Alto Amazonas - Loreto (Concurso Oferta)" derivada del Proceso bajo Régimen Especial N° 023-2011-ED/UE 108 - Segunda Invitación, por el monto de S/26,200,000.00 (Veintiséis Millones Doseientos Mil 00/100 Nuevos Soles);

Que, surgida la controversia entre la Entidad y el Contratista, con fecha 20 de marzo de 2013 mediante Carta N° 44-2013/CONSORCIO JASAN, el Contratista formuló ante la Entidad solicitud de arbitraje designando como árbitro de parte al señor Jesús Iván Galindo Tipacti, el mismo que cumplió con aceptar el cargo según documento de fecha 21 de marzo de 2013;

¹ Consorcio conformado por las empresas Jarsa Contratistas Generales S.A., el señor Julio César San Martín del Castillo y el señor Nixon Franklin Odicio Asayac.



Que, con fecha 3 de abril de 2013, mediante Oficio N° 2072-2013-MINEDU/PP la Entidad contestó la solicitud de arbitraje designando como árbitro de parte al señor Félix Agapito Acosta, el mismo que cumplió con aceptar el cargo mediante documento del 5 de abril de 2013;

Que, con fecha 7 de junio de 2013, el Contratista formuló solicitud de recusación ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE contra el árbitro Félix Agapito Acosta. Dicha solicitud fue subsanada con fecha 11 de junio de 2013;

Que, con fecha 14 de junio de 2013, mediante los Oficios N°s 3266 y 3267-2013-OSCE/SAA, se efectuó el traslado de la recusación al árbitro Félix Agapito Acosta y a la Entidad, respectivamente, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles expresen lo que estimen conveniente a su derecho;

Que, con fecha 21 de junio de 2013, el árbitro Félix Agapito Acosta, así como la Entidad cumplieron con absolver el traslado de la recusación formulada;

Que, la recusación formulada por el Contratista se sustenta en el presunto incumplimiento del deber de revelación, y la existencia de dudas justificadas de la independencia e imparcialidad del árbitro recusado, atendiendo a los siguientes argumentos:



- 1) Teniendo en cuenta lo genérica, imprecisa e incompleta de la información proporcionada por el árbitro Félix Agapito Acosta en su carta de aceptación al cargo, mediante Carta N° 064-2013/CONSORCIO JASAN se le solicitó a dicho profesional que precise determinados detalles vinculados a sus designaciones como árbitro en otros procesos, a laudos emitidos, a vínculos o relaciones con funcionarios de la Entidad, entre otros.
- 2) El hecho es que mediante Carta N° FAA-002-13/ME-CJ el referido profesional sólo cumplió con precisar parte de lo solicitado, no informando el detalle de las fechas de inicio de los procesos arbitrales en los que fue designado por la Entidad, la instalación de Tribunales Arbitrales, la respectiva etapa procesal y si había coincidido en labores con los funcionarios de la Entidad.
- 3) La conducta del árbitro evidencia el incumplimiento del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado y las normas de contrataciones del Estado, generando dudas justificadas de su independencia e imparcialidad, sirviendo de base para apartar al árbitro del proceso.
- 4) Mediante Resolución N° 183-2012-OSCE/PRE del 6 de julio de 2012, el OSCE declaró fundada una recusación contra el Tribunal Arbitral en Pleno en el marco de un arbitraje seguido entre el Instituto Nacional Penitenciario y el Consorcio Guayabamba: por incumplimiento del deber de revelación de acuerdo a los mismos argumentos expuestos en el presente procedimiento.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 329 - 2013 - OSCE/PRE

5) La presente recusación se ha interpuesto antes de que se inicie el plazo para laudar puesto que el arbitraje se encuentra aún en la etapa de conformación del Tribunal Arbitral.

Que, la Entidad absolvió la recusación señalando lo siguiente:

- 1) De la carta de aceptación al cargo del árbitro Félix Agapito Acosta y de su ampliación de declaración –presentada a solicitud del Contratista- se puede advertir que el citado profesional cumplió con su deber de revelación.
- 2) La información solicitada por el Contratista sobre las fechas de los procesos arbitrales, la instalación de Tribunales Arbitrales y la respectiva etapa procesal, se refieren a actuaciones que se encuentran dentro del ámbito de la reserva conforme al Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, por lo que no pueden ni deben ser declaradas.
- 3) Complementa lo anterior, el hecho de que conforme al artículo 33° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, las actuaciones arbitrales se inician con la solicitud de arbitraje, por lo que a partir de ese momento todo árbitro debe guardar absoluta reserva sobre los detalles de las fechas y/o las etapas procesales.
- 4) Sobre el pedido de informar respecto si laboró en alguna dependencia pública o privada con funcionarios de la Entidad, el árbitro Félix Agapito Acosta indicó que no tenía ni tuvo relaciones laborales con funcionario alguno de la referida Institución.

Que, respecto a la recusación formulada, el árbitro Félix Agapito Acosta ha absuelto la misma en los siguientes términos:

- 1) De acuerdo con la Carta N° FAA-001-13/ME-CJ del 5 de abril de 2013, en la cual aceptó el cargo de árbitro, se puede observar que cumplió de manera expresa con informar el total de procesos arbitrales en los que participó y fue designado como árbitro de parte por la Entidad, documento que fuera complementado con Carta N° FAA-002-13/ME-CJ del 8 de mayo de 2013.
- 2) Respecto a la información solicitada por el Contratista sobre las fechas de los procesos arbitrales, la instalación de Tribunales Arbitrales y la respectiva etapa procesal, ha cumplido con revelar los arbitrajes donde la Entidad lo designó como árbitro en los últimos cinco (5) años anteriores a su nombramiento, conforme lo señala el artículo 224° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 3) Sobre el pedido de informar respecto si laboró en alguna dependencia pública o privada con funcionarios de la Entidad, el árbitro señala que sí proporcionó dicha información mediante su



Carta N° FAA-002-13/ME-CJ donde comunicó en forma general que no tuvo ni tiene relaciones comerciales, amicales o laborales con los actuales funcionarios de la Entidad.

- 4) Además, la información solicitada por el Contratista es intrascendente siendo que su deber de información se circunscribe a proporcionar información relevante y que objetivamente sirva para determinar su aptitud para desempeñar el cargo de árbitro en el proceso.
- 5) La recusación no ha cumplido con señalar expresamente la causal aplicable al caso y tampoco se ha formulado en el plazo de cinco (5) días hábiles que señala el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Que, el marco normativo vinculado al arbitraje de donde deriva 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, se ha identificado el siguiente aspecto relevante de la recusación:

i) Determinar si la solicitud de recusación se ha formulado en forma extemporánea

i.1) De la oportunidad para formular recusaciones

i.1.1 En sus descargos presentados en el presente procedimiento, el árbitro Félix Agapito Acosta ha alegado una supuesta extemporaneidad de la recusación interpuesta.

i.1.2 La recusación constituye un mecanismo excepcional que tiene como finalidad cuestionar la idoneidad de los árbitros y promover su apartamiento oportuno del proceso, de donde se colige que el momento para su formulación no puede quedar librado al mero arbitrio de las partes sino que debe articularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva lo cual se condice con la buena fe y lealtad procesales en el arbitraje².

Conforme lo advierte la doctrina³, queda claro que la recusación debe ser formulada apenas se

² ENRIQUE PALACIOS PAREJA con motivo de comentar el literal a) del numeral 2) del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, sobre la prontitud de la recusación señala: " La LA dispone que la recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva. Esto se condice con la buena fe y lealtad procesales, y se justifica en que la recusación responda a una efectiva percepción de la afectación a la independencia e imparcialidad del árbitro por la parte recusante, lo que ocasiona que dicha parte no pueda tolerar su presencia en el proceso desde que conoció la causal (...) - COMENTARIOS A LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE - Tomo I, pág. 362 / Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, Enero 2011.

³ FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, con motivo de comentar el Código de Comercio Mexicano y respecto del riesgo de que la recusación se convierta en un medio dilatorio señala: "La segunda oración del segundo párrafo del artículo 1428 del Código de Comercio limita el derecho de una parte para recusar un árbitro por causas por las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación. Ello busca evitar maniobras dilatorias. Si una parte tenía





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 329-2013 - OSCE/PRE

conozca el motivo que la sustenta, pues de lo contrario se corre el riesgo que cualquiera de las partes utilice dicho mecanismo como una herramienta dilatoria, reservando su empleo para algún momento que considere estratégico a sus intereses y al desarrollo del proceso, lo que no sólo resulta discordante con la buena fe y lealtad procesales con que debe desarrollarse un arbitraje sino con el principio de celeridad que debe distinguir a este mecanismo de solución de controversias⁴.

i.1.4 Considerando la importancia de los principios de independencia e imparcialidad así como el derecho de los administrados a obtener un pronunciamiento motivado acorde con sus pretensiones, el OSCE con motivo de resolver los procedimientos de recusación contra árbitros ha venido adoptando un criterio⁵ por el cual se podría interponer recusación contra un árbitro, siempre y cuando se haya formulado la misma antes de iniciar el cómputo del plazo para laudo; en concordancia con lo regulado por el numeral 3) del artículo 29° de la LA⁶.

i.1.5 No obstante, se advierten situaciones en las que se formulan recusaciones antes del límite señalado pero sin una previsión de prontitud apenas conocido el motivo de recusación⁷ excediendo largamente el periodo para plantear tales objeciones que regula el numeral 1) del artículo 226° del Reglamento⁸.

i.1.6 Por ello y en virtud a las razones expuestas en el Informe N° 068-2013-OSCE/DAA del 24 de julio de 2013, el OSCE considera necesario efectuar una precisión del criterio institucional adoptado respecto a la oportunidad para formular recusaciones contra árbitros, por lo que en lo sucesivo se deberán considerar las siguientes reglas:

i.1.6.1 Si las solicitudes de recusación se presentan indubitablemente fuera del plazo de 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 sobreviniente; corresponderá declarar la improcedencia por extemporánea de las referidas solicitudes en

conocimiento al momento de la designación de una situación y no ejerció su derecho a recusar, se entiende que consintió. Inclusive si el acuerdo arbitral contempla un requisito específico que el árbitro no cumple, el no ejercicio del derecho a recusar hará las veces de una renuncia a exigir el mismo. Una aceptación del árbitro no obstante dicha (supuesta o verdadera) carencia. Una renuncia al derecho de recusar (...) - EL Árbitro - artículo publicado en <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO.pdf>.

⁴ Téngase presente al respecto que una recusación declarada fundada supone la necesidad de designar a un nuevo árbitro, lo que incluso podría conllevar a repetir todas o algunas de las actuaciones arbitrales, todo lo cual termina afectando la celeridad del proceso.

⁵ Pronunciamientos institucionales expuestos en diversas Resoluciones tales como N° 039-2012-OSCE/PRE, N° 148-2012-OSCE/PRE y N° 035-2012-OSCE/PRE.

⁶ Artículo 29° Procedimiento de recusación (...) 3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de laudo, es improcedente cualquier recusación (...)

⁷ El literal a) del numeral 2) del artículo 29° de la LA señala que la (...) recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.

⁸ Artículo 226°.- Procedimiento de Recusación

En el caso que las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o cuando no hayan pactado sobre el particular, el trámite de recusación se llevará a cabo conforme las siguientes reglas:

1) La recusación debe formularse ante el OSCE 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 sobreviniente. (...)



aplicación de lo establecido en el numeral 1) del artículo 226° del Reglamento.

i.1.6.2 Cuando no pueda acreditarse indubitablemente la fecha en que se tomó conocimiento efectivo de que se ha configurado la causal de recusación conllevando ello la imposibilidad jurídica de computar objetivamente el plazo de cinco (5) días hábiles para formular recusaciones previsto en el numeral 1) del artículo 226° del Reglamento, debe recurrirse a la aplicación del numeral 3) del artículo 29° de la LA verificándose en ese caso que la recusación haya sido formulada antes de que se inicie el plazo para la emisión del laudo respectivo, salvo pacto en contrario.

i.2) De la presunta extemporaneidad de la recusación en el presente procedimiento

i.2.1 Para evaluar si la presente recusación se ha formulado en forma extemporánea debemos considerar lo siguiente:

i.2.1.1 Con fecha 5 de abril de 2013, el señor Félix Agapito Acosta aceptó la designación como árbitro que le efectuara la Entidad en el arbitraje del cual deriva la presente recusación, formulando al mismo tiempo su deber de revelación.

i.2.1.2 Mediante Carta N° 064-2013/CONSORCIO JASAN remitida por conducto notarial con fecha 30 de abril de 2013, el Contratista solicitó al citado profesional un detalle de la información brindada en su carta de aceptación al considerar que la misma resultaba genérica, imprecisa e incompleta.

i.2.1.3 Mediante Carta N° FAA-002-13/ME-CJ de fecha 8 de mayo de 2013, recibida por el Contratista el 9 de mayo de 2013, el árbitro Félix Agapito Acosta absolvió el requerimiento formulado por el Contratista efectuando un detalle de los arbitrajes donde fue designado como árbitro de parte de la Entidad, así como otra serie de precisiones.

i.2.1.4 El 7 de junio de 2013 el Contratista formuló recusación contra el árbitro Félix Agapito Acosta, señalando que el citado profesional con su Carta N° FAA-002-13/ME-CJ sólo ha cumplido con precisar parte de lo solicitado, lo que les permite afirmar que se ha negado a cumplir con su deber de revelación generándoles dudas justificadas de su independencia e imparcialidad. Dicha solicitud de recusación fue subsanada el 11 de junio de 2013.

i.2.1.5 Por consiguiente, si con fecha 9 de mayo de 2013, el Contratista tomó conocimiento de la Carta N° FAA-002-13/ME-CJ que a su criterio evidenciaba un presunto incumplimiento del deber de revelación y dudas justificadas de independencia e imparcialidad del señor Félix Agapito Acosta (hecho sobreviniente a su aceptación al cargo); entonces a partir de ese momento el Contratista contaba con cinco (5) días hábiles para recusarlo, lo cual no efectuó sino hasta el 7 de junio de 2013, por lo que la presente recusación resulta improcedente por





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 329-2013 - OSCE/PRE

extemporánea careciendo de objeto analizar el fondo de los hechos alegados por el Contratista en la recusación.

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

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

Estando a lo expuesto, y de conformidad con 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 interpuesta por el Consorcio Jasan contra el árbitro Félix Agapito Acosta 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)

