



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 270 - 2018-OSCE/DAR

Jesús María, 31 DIC. 2018

SUMILLA:

No puede atribuirse responsabilidad al árbitro único por su desempeño en el cargo de acuerdo a la autonomía de juicio y competencia de la que goza como tal, en cumplimiento de lo establecido en el Acta de instalación y la normativa sobre la materia.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por la Corporación Sensus S.A. con fecha 15 de mayo de 2018 (Expediente de Recusación N° R052-2018); y, el Informe N° 312-2018/SDAA que contiene la opinión técnico - legal de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE;

CONSIDERANDO:

Que, el 6 de noviembre de 2015, el Seguro Social de Salud - ESSALUD (en adelante, la "Entidad") y la Corporación Sensus S.A. (en adelante, el "Contratista") suscribieron el Contrato N° 4600046079 para la ejecución de la obra: "Mejoramiento y ampliación de los servicios del área pediátrica del Instituto Nacional Cardiovascular "Carlos Alberto Peschiera Carrillo" - INCOR", derivada de la Licitación Pública N° 04-2015/ESSALUD-INCOR Primera Convocatoria (fs.026 a la 033);

Que, surgida la controversia derivada de la ejecución del citado Contrato, mediante carta remitida al OSCE el 16 de junio de 2016, el señor Marco Antonio Rodríguez Flores comunicó su aceptación al cargo de árbitro único en virtud de la designación residual efectuada a su favor por la Dirección de Arbitraje (fs 23 y 24);

Que, con fecha 2 de setiembre de 2016 se efectuó la instalación del árbitro único ad hoc (fs 35 al 50);

Que, con fecha 15 de mayo de 2018, el Contratista formuló recusación ante el OSCE contra el árbitro único Marco Antonio Rodríguez Flores (fs. 001 a la 081);

Que, mediante Oficios N°s 2401 y 2688-2018-OSCE/DAR-SDAA, remitidos el 31 de marzo y 7 de junio de 2018, la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales efectuó el traslado de la recusación al árbitro único Marco Antonio Rodríguez Flores, así como a la Entidad, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifiesten lo conveniente a su derecho (fs.121 y 122);



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 270 - 2018-OSCE/DAR

Que, 1.6. Con fechas 6 y 14 de junio de 2018, el árbitro Marco Antonio Rodríguez Flores y la Entidad, respectivamente, absolvieron el traslado de la recusación (fs.127 a la 13 y 136 a la 145);

Que, la recusación presentada por el Contratista contra el árbitro único Marco Antonio Rodríguez Flores se sustentó en presuntas dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad por haber declarado la no admisión de una pericia presentada por dicha parte, de acuerdo con los siguientes argumentos:

- 1) Señaló que el 8 de mayo de 2018 fue notificado con la Resolución N° 19, mediante la cual el árbitro único declaró infundada una reconsideración presentada por el Contratista contra la Resolución N° 12, que declaraba el cierre de la etapa probatoria, resolución que señaló lo siguiente:

"6. Al respecto hay que señalar que conforme a la regla 35 del acta de instalación Corporación Sensus S.A. al presentar su demanda le correspondió y tuvo es oportunidad para ofrecer los medios de prueba que sustentan sus pretensiones.

7. La demanda fue presentada el 09 de noviembre de 2016 y en ella no se ofreció ninguna pericia técnica. De otro lado el 07 de marzo de 2017 se celebró, con presencia de ambas partes, la audiencia en la que, entre otros aspectos, se admitieron las pruebas que las partes ofrecieron en la etapa de presentación de posiciones, entre las cuales no está la pericia por no estar ofrecida.

8. Ahora bien, la resolución 12 que dispuso el cierre de la etapa probatoria se expidió el 17 de noviembre de 2017. El dictamen pericial expedido por el Ingeniero Gilberto Esteban Leon Ruiz fue presentado por Corporación Sensus el 21 de marzo de 2018, es decir 16 meses después de presentada la demanda y 12 meses después de celebrada la audiencia en la que el árbitro único admitió las pruebas ofrecidas en la demanda y en la contestación de demanda.

9. Los hechos antes descritos muestran que Corporación Sensus pretende, ya en la etapa final del arbitraje, se admita la pericia de parte que bien pudo presentar con la demanda en noviembre de 2016 o al menos ofrecerla en dicha oportunidad, pero no lo hizo.

Por tanto el árbitro único considera que a la fecha de expedición de esta resolución (mayo de 2018), es decir después de más de un año de presentada la demanda y teniendo en cuenta que el arbitraje ha entrado en su fase final, no es la oportunidad para que Corporación Sensus presente su dictamen pericial, por lo que corresponde declarar infundado el pedido de reconsideración contra el numeral 1 de la resolución N° 12" (sic).

- 2) Asimismo, en dicha fecha se le notificó la Resolución N° 20 que declara la no admisión de una pericia de parte presentada por el Contratista, con todo lo cual se vulnera el principio de búsqueda de la verdad, la imparcialidad y, la admisión y correcta evaluación de la prueba presentada en el arbitraje, por lo que dichas resoluciones revelan una conducta parcializada del árbitro recusado, lo que origina la pérdida de confianza en dicho profesional para resolver las controversias.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 270 - 2018-OSCE/DAR

- 3) Refirió que el árbitro único pretende desacreditar la conducta del Contratista al indicar que existió un tiempo para que dicha parte presentara el dictamen pericial técnico. No obstante, mediante escrito del 10 de abril de 2017 el Contratista solicitó al árbitro único se sirva ordenar la realización de una pericia de oficio sobre las características de los equipos de aire acondicionado solicitados en la Licitación Pública N° 04-2015/ESSALUD-INCOR, por considerar que la opinión de un experto dilucidaría de manera objetiva las características de estos, las cuales se encontraban vinculadas a las ampliaciones de plazo N° 4 y 7, que son materia de controversia.
- 4) Agregó que, tratándose de un contrato donde está en juego la vida y la salud de niños, como el área pediátrica del Instituto Nacional Cardiovascular, es fundamental tener todas las pruebas necesarias para mejorar resolver.
- 5) Asimismo, indicó que le sorprende que el árbitro único no haya tomado en consideración al momento de la emisión de la Resolución N° 19 que no iniciaron los trámites relacionados con la designación del perito, puesto que se encontraba pendiente que se resuelva la reconsideración contra la Resolución N° 7 que rechazaba el pedido del Contratista relacionado con que se ordene una pericia técnica de oficio, que en opinión del recusado resultaba impertinente, ya que sólo era necesaria la comparación de las características técnicas de los equipos de aire acondicionado para tener un criterio y decidir.
- 6) De igual forma, el árbitro único no señala que resolvió la reconsideración mediante la Resolución N° 10 del 31 de octubre de 2017, la que declaró infundada bajo los mismos fundamentos que en las Resoluciones N° 7 y 8.
- 7) Refirió que no se presentó la pericia de parte debido a que el árbitro único, mediante la Resolución N° 7, notificada el 13 de julio de 2017, dispuso desestimar la pericia solicitada por el Contratista y señaló lo siguiente en su motivación:
- “8. Por su parte, cabe indicar que la negativa de admitir un medio de prueba no debe ser tomado como una vulneración al derecho a probar que corresponde a las partes, ya que si bien los medios probatorios tienen la finalidad de acreditar un hecho, estos no siempre son relevantes para resolver las controversias ya que pueden ser poco útiles y/o impertinentes o no tener relación alguna con aquellas. El respeto al derecho a probar de las partes, cuando una o más pruebas ofrecidas no sean admitidas en un arbitraje, se manifieste cuando se motive la negativa de su admisión.
9. Corporación Sensus S.A. al proponer la pericia indicó lo siguiente: “existiendo una controversia en relación a las características de los equipos de aire acondicionado que se debieron instalar en la obra” la pericia permitiría “dilucidar esta (sic) características técnicas respecto de las características de los equipos de aire acondicionado requeridos para la obra”.
10. La afirmación de la contratista señalada en el párrafo anterior no es real ya que no existe controversia en relación con las características del sistema de aire acondicionado. Las controversias sobre las que emitirá pronunciamiento el árbitro único son las establecidas en la



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 270 - 2018-OSCE/DAR

audiencia celebrada el 03 de marzo de 2017. Si la afirmación de Corporación Sensus S.A. fuese real aquella estaría contenida en el acta que originó dicha reunión (...)

13. Para evaluar y determinar, si este fuera el caso, si hay o no contradicción entre la información contenida en los planos (sic) y las especificaciones técnicas bastará comparar ambos documentos pero no realizar una pericia como propone Corporación Sensus S.A. por tanto la pericia que solicita la empresa contratista sería una prueba innecesaria en este arbitraje por lo que corresponde no admitir dicha prueba”.

- 8) Señaló que, conforme a lo indicado por el árbitro en los en los considerandos 8 al 10 de la Resolución N° 7, al no haber sido cualquier prueba (pericia) considerada dentro del acta de fijación de puntos controvertidos debería desestimarse de plano, ya que puede ser poco útil y/o impertinente; situación que revela una omisión al deber de los árbitros de búsqueda de la verdad.
- 9) De otro lado, argumentó que, para el árbitro, de acuerdo a lo indicado en el considerando 13 de la Resolución N° 7, para emitir un pronunciamiento que requiere conocimiento técnico y especializado bastaría con realizar una comparación de documentos.
- 10) Además, el Contratista refirió que, según se aprecia en la parte resolutive de la Resolución N° 7, el árbitro decidió desestimar la pericia sin correr traslado a la Entidad, lo que hace presumir que podría haber conocido de la postura de la Entidad, por lo que no habría fijado un plazo para que dicha parte manifieste lo conveniente a su derecho, configurándose así una vulneración al debido procedimiento.

Que, el árbitro recusado absolvió la recusación formulada en su contra de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- 1) Indicó que es la segunda vez que el Contratista lo recusa en el mismo arbitraje, puesto que la primera vez, mediante Resolución N° 27-2018-OSCE/DAR, del 21 de febrero de 2018, se declaró que la recusación era improcedente por extemporánea.
- 2) Asimismo, señaló que, dado que lo resuelto en las Resoluciones N° 19 y 20 no es de agrado del Contratista y como ya no es posible presentar reconsideración contra una decisión que resuelve otra reconsideración sobre los mismos hechos, dicha parte pretende apartarlo del arbitraje a través de una nueva recusación en su contra, con lo que se retrasaría más la emisión del laudo.
- 3) Debe tenerse presente que, de acuerdo al inciso 5 del artículo 29 de la Ley de Arbitraje, no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 270 - 2018-OSCE/DAR

- 4) Agregó que desde el inicio del arbitraje actuó respetando las disposiciones del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, así como el derecho de defensa y el debido proceso que le asiste a las partes. Al respecto, indicó que mediante Resolución N° 12 se invitó a las partes a la audiencia de informes orales para el 7 de diciembre de 2017, la que no pudo llevarse a cabo debido a que el arbitraje se suspendió ante la primera recusación que se planteó en su contra.
- 5) Una vez que se levantó la suspensión del arbitraje, por haberse resuelto la primera recusación, se invitó nuevamente a las partes a la audiencia de informes orales para el 29 de mayo de 2018 (Resolución N° 21); sin embargo, dicha diligencia se suspendió otra vez por la segunda recusación interpuesta en su contra por el Contratista.
- 6) Finalmente, precisó que, de acuerdo a la regla 45 del Acta de instalación, el árbitro único tiene la facultad exclusiva de determinar la pertinencia y/o admisión o no de los medios de prueba ofrecidos por las partes. Si alguna de estas no está de acuerdo con lo que el árbitro único resuelve en este aspecto, tienen a su disposición el recurso de reconsideración, pero no la recusación.

Que, la Entidad absolvió la recusación formulada en los siguientes términos:

- 1) Señaló que, conforme a la regla 45 del Acta de instalación, el árbitro es responsable de las pruebas que admite para la resolución de la controversia puesta a su conocimiento.
- 2) Asimismo, refirió que, entendiendo que con el ofrecimiento de pruebas se busca que el árbitro obtenga convicción para resolver la controversia, brindándole los elementos en los que fundamentará sus decisiones, considera que la pericia ofrecida por el Contratista no contribuiría a determinar la veracidad de los hechos, puesto que con ella sólo se buscan establecer las características técnicas del equipo de aire acondicionado, lo que no es pertinente para el caso, dado que la controversia se refiere a la ampliación de los plazos del contrato.
- 3) De otra parte, en el numeral 66 del Acta de instalación, las partes establecieron que, culminada la actuación de pruebas, el árbitro único declarará el cierre de la etapa probatoria, lo cual significa que las partes no pueden presentar escritos o pruebas después de dicho momento y el árbitro se encuentra impedido de recibirlos.
- 4) En tal sentido, consideró que el cierre de la etapa probatoria efectuado por el árbitro mediante la Resolución N° 12 se encuentra conforme a las reglas que las partes acordaron, las que son de obligatorio cumplimiento, por lo que en caso no se cumpliera tal disposición, se estaría contraviniendo las reglas que rigen el arbitraje, existiendo el riesgo de declararse su nulidad en la vía judicial.

Que, debemos señalar que el marco normativo vinculado al arbitraje de donde deriva la



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 270 - 2018-OSCE/DAR

presente recusación corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873 (en adelante, la “Ley”); su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, el “Reglamento”); el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, la “Ley de Arbitraje”); y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 028-2016-OSCE/PRE (en adelante, el “Código de Ética”);

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

(i) Si la decisión adoptada por el árbitro único Marco Antonio Rodríguez Flores en el transcurso del proceso, consistente en haber declarado la no admisión de una pericia presentada por el Contratista, constituye circunstancia que genera dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

Que, a continuación, se procederá a analizar la materia controvertida antes delimitada, a partir de la valoración de la información obrante en el expediente de recusación considerando la normativa expuesta en los acápites anteriores.

i. Si las decisiones adoptadas por el árbitro único Marco Antonio Rodríguez Flores en el transcurso del proceso, consistentes en: a) la Resolución N° 19, que declaró infundada una reconsideración presentada por el Contratista contra la Resolución N° 12, que establecía el cierre de la etapa probatoria; y b) la Resolución N° 20, que declaró la no admisión de una pericia presentada por el Contratista, constituyen circunstancias que generan dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia

i.1 Considerando que la recusación se ha sustentado en la causal de dudas justificadas respecto a la independencia e imparcialidad del árbitro recusado, corresponde delimitar los alcances de dichos conceptos en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.

i.2 Sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, el jurista JOSE MARÍA ALONSO PUIG 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) ¹.

¹ JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG - Revista Peruana de Arbitraje – Tomo 2-2006; pág. 98- Editorial Jurídica Grijley.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 270 - 2018-OSCE/DAR

i.3 Que, del mismo modo, el catedrático JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS señala:

“(…) Como quiera que la imparcialidad es una cuestión subjetiva, los criterios para apreciarla por los terceros descansa (sic) 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 implicar 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 (sic) o de cualquier naturaleza. (…)”.

“El estudio de esos vínculos permite concluir si un árbitro es o no independiente, el problema es su cualidad 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: 13-15)².
(El subrayado es agregado)

i.4 Por otra parte, el artículo 224º del Reglamento precisa que: “Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales. (…)”.

Además, el numeral 3 del artículo 225º 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”.

i.5 En el presente caso, el Contratista ha sustentado su recusación en que la emisión de las Resoluciones N° 19 y 20 revelan una conducta parcializada del árbitro recusado, con lo cual se vulnera el principio de búsqueda de la verdad, la imparcialidad y, la admisión y correcta evaluación de la prueba presentada en el arbitraje, de acuerdo a lo siguiente:

² JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS - Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso de Arbitraje de La Habana 2010 - Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html>.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 270 - 2018-OSCE/DAR

- a) *Mediante la Resolución N° 19, el árbitro único Marco Antonio Rodríguez Flores declaró infundada una reconsideración presentada por el Contratista contra la Resolución N° 12, que establecía el cierre de la etapa probatoria y, mediante la Resolución N° 20, declaró la no admisión de una pericia de parte presentada por el Contratista.*
- b) *Agregó que el 10 de abril de 2017 le solicitó al árbitro único se sirva ordenar la realización de una pericia de oficio sobre las características de los equipos de aire acondicionado solicitados en la Licitación Pública N° 04-2015/ESSALUD-INCOR, por considerar que la opinión de un experto dilucidaría de manera objetiva las características de estos, las cuales se encontraban vinculadas a las ampliaciones de plazo N° 4 y 7, que son materia de controversia.*
- c) *Por otra parte, con respecto a la pericia técnica solicitada por el Contratista, indicó que, en opinión del recusado, ésta resultaba impertinente, ya que sólo era necesaria la comparación de las características técnicas de los equipos de aire acondicionado para tener un criterio y decidir.*
- d) *En ese sentido, precisó que, para el árbitro único, si una prueba (pericia) no figuraba como presentada dentro del acta de fijación de puntos controvertidos debería desestimarse de plano, ya que puede ser poco útil y/o impertinente; situación que, para el Contratista, revela una omisión al deber de los árbitros de búsqueda de la verdad.*
- e) *Finalmente, el Contratista refirió que, según se aprecia en la parte resolutive de la Resolución N° 7, el árbitro decidió desestimar la pericia sin correr traslado a la Entidad, lo que hace presumir que podría haber conocido de la postura de la Entidad, por lo que no habría fijado un plazo para que dicha parte manifieste lo conveniente a su derecho, configurándose así una vulneración al debido procedimiento.*

6 Al respecto, el árbitro único Marco Antonio Rodríguez Flores manifestó lo siguiente en sus descargos a la recusación formulada en su contra:

- a) *Indicó que es la segunda vez que el Contratista lo recusa en el mismo arbitraje, puesto que, anteriormente, mediante Resolución N° 27-2018-OSCE/DAR, del 21 de febrero de 2018, se declaró que la recusación era improcedente por extemporánea.*
- b) *Asimismo, señaló que, dado que lo resuelto en las Resoluciones N° 19 y 20 no era del agrado del Contratista y, como ya no es posible presentar reconsideración contra una decisión que resuelve otra reconsideración sobre los mismos hechos, dicha parte pretende apartarlo del arbitraje a través de una nueva recusación en su contra, con lo que se retrasaría más la emisión del laudo.*
- c) *Debe tenerse presente que, de acuerdo al inciso 5 del artículo 29 de la Ley de Arbitraje, no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral.*
- d) *Agregó que ha actuado respetando las disposiciones del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, así como el derecho de defensa y el debido proceso que le asiste a las partes. Al respecto, indicó que mediante Resolución N° 12 se invitó a las partes a la audiencia de informes orales para el 7 de diciembre de 2017, la que no pudo*



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 270 - 2018-OSCE/DAR

llevarse a cabo debido a que el arbitraje se suspendió ante la primera recusación que se planteó en su contra.

- e) Una vez que se levantó la suspensión del arbitraje, por haberse resuelto la primera recusación, se invitó nuevamente a las partes a la audiencia de informes orales para el 29 de mayo de 2018 (Resolución N° 21); sin embargo, dicha diligencia se suspendió otra vez por la segunda recusación interpuesta en su contra por el Contratista.*
- f) Finalmente, precisó que, de acuerdo a la regla 45 del Acta de instalación, el árbitro único tiene la facultad exclusiva de determinar la pertinencia y/o admisión o no de los medios de prueba ofrecidos por las partes. Si alguna de estas no está de acuerdo con lo que el árbitro único resuelve en este aspecto, tienen a su disposición el recurso de reconsideración, pero no la recusación.*

i.7 Por su parte, la Entidad señaló lo siguiente en sus descargos:

- a) Señaló que, conforme a la regla 45 del Acta de instalación, el árbitro es responsable de las pruebas que admite para la resolución de la controversia.*
- b) Asimismo, considera que la pericia ofrecida por el Contratista no contribuiría a determinar la veracidad de los hechos, puesto que con ella sólo se buscan establecer las características técnicas del equipo de aire acondicionado, lo que no es pertinente para el caso, dado que la controversia se refiere a la ampliación de los plazos del contrato.*
- c) De otra parte, en el numeral 66 del Acta de instalación, las partes establecieron que, culminada la actuación de pruebas, el árbitro único declarará el cierre de la etapa probatoria, lo cual significa que las partes no pueden presentar escritos o pruebas después de dicho momento y el árbitro se encuentra impedido de recibirlos.*
- d) En tal sentido, consideró que el cierre de la etapa probatoria efectuado por el árbitro mediante la Resolución N° 12 se encuentra conforme a las reglas que las partes acordaron, las que son de obligatorio cumplimiento, por lo que en caso no se cumpliera tal disposición, se estaría contraviniendo las reglas que rigen el arbitraje, existiendo el riesgo de declararse su nulidad en la vía judicial.*

i.8 Ahora bien, habiéndose indicado los aspectos anteriores, corresponde analizar si los argumentos planteados por el Contratista, así como los medios probatorios presentados son suficientes para acreditar la presunta existencia de circunstancias que generarían dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro recusado.

i.9 Al respecto, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el inciso 5 del artículo 29° de la Ley de Arbitraje: "(...) No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales" (el subrayado es nuestro), lo cual debe concordarse con lo prescrito en el artículo 40° de la norma citada, el cual precisa que: "(...) El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promuevan durante las





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 270 - 2018-OSCE/DAR

actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas” (el subrayado es nuestro).

- i.10 De este modo, se advierte que, si bien las decisiones arbitrales no pueden ser objeto de recusación, los posibles móviles o intereses personales del árbitro en cuestión en la conducción del arbitraje sí pueden ser materia de análisis. Sobre ello, dado que tales móviles responden a un estado mental y subjetivo, de difícil precisión, su alegación debe sustentarse en consideraciones de hechos externos y objetivamente ponderables, relativizándose, por tanto, eventos distantes o especulativos³.
- i.11 En ese orden de ideas, no cabe analizar el contenido, motivación fáctica ni jurídica, así como tampoco el sentido de las decisiones arbitrales emitidas por el árbitro recusado. Sin embargo, sí es factible evaluar su conducta dentro del conjunto de actuaciones arbitrales a fin de determinar si ésta es parcializada a favor de la Entidad.

12 En tal sentido, se advierte que la recusación cuestiona las decisiones arbitrales del árbitro único Marco Antonio Rodríguez Flores al emitir las Resoluciones N° 19 y 20, mediante las cuales habría confirmado el cierre de la etapa probatoria y no habría admitido la pericia ofrecida por el Contratista. Al respecto, debe indicarse que de la revisión de las Reglas 45 y 50 del Acta de instalación de fecha 2 de setiembre de 2016 se aprecia lo siguiente:

“45. El Árbitro Único tiene la facultad de determinar, de manera expresa, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, pudiendo requerir a las partes cualquier información adicional que considere pertinente, así como prescindir motivadamente de los medios probatorios ofrecidos y no actuados, si se considera adecuadamente informado, de conformidad con el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.

(...)

50. El Árbitro Único podrá prescindir de la realización de la Audiencia de Pruebas si es que los medios probatorios ofrecidos por las partes son de actuación inmediata y el Árbitro Único prescinde de las pruebas de actuación diferida, por considerarse suficientemente informado, o si la controversia es de puro derecho. En este caso, el Árbitro Único expedirá una resolución declarando cerrada la etapa probatoria”. (El subrayado es agregado)

- i.13 Sobre el particular, se advierte que el árbitro único tiene discrecionalidad para decidir sobre la admisión, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, así como para prescindir motivadamente de los medios probatorios ofrecidos y no actuados, de acuerdo a lo establecido

³ ENRIQUE PALACIOS PAREJA, comentando la recusación en el marco de la LA señala lo siguiente: “(...) Cuando la LA exige justificar debidamente las razones en las que se basa la recusación. Significa que la circunstancia que se invoca como sustento debe referirse a un suceso u ocurrencia concreto, directo, certero y susceptible de ser razonablemente comprobado, de manera que no se trate de un evento distante o especulativo”. – Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje – Tomo I, pág. 361. Instituto Peruano de Arbitraje, primera edición, enero 2011.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 270 - 2018-OSCE/DAR

en la audiencia de instalación, que dio lugar a la emisión del acta citada, lo que es conforme con el artículo 43 de la Ley de Arbitraje.

- i.14 En ese sentido, se aprecia que las decisiones del árbitro único de no admitir la pericia ofrecida por el Contratista y de disponer el cierre de la etapa probatoria, por considerarse suficientemente informado, de acuerdo a lo señalado precedentemente, se encontrarían amparadas en lo establecido en el Acta de instalación y en la Ley de Arbitraje, por lo cual el árbitro habría actuado conforme a sus facultades.
- i.15 Cabe señalar que la fundamentación para la no admisión de la pericia presentada por el Contratista, así como para disponer el consecuente cierre de la etapa probatoria, no puede ser materia de evaluación por parte de la Dirección de Arbitraje. Sin perjuicio de ello, corresponde tener presente que, conforme a la regla 35 del Acta de instalación, la oportunidad para ofrecer los medios probatorios era con la presentación de la demanda o su contestación, lo que fue citado por el árbitro único en la Resolución N° 19, en la que indicó, además, lo siguiente:

“8. (...) El dictamen pericial expedido por el Ingeniero Gilberto Esteban Leon (sic) Ruiz fue presentado por Corporación Sensus el 21 de marzo de 2018, es decir 16 meses después de presentada la demanda y 12 meses después de celebrada la audiencia en la que el árbitro único admitió las pruebas ofrecidas en la demanda y en la contestación de la demanda”.

i.16 En consecuencia, la alegada parcialización del árbitro único como consecuencia de haber adoptado las decisiones cuestionadas en el arbitraje que motiva la presente recusación, no se habría configurado, ya que dicho profesional habría desempeñado el cargo de acuerdo a la autonomía de juicio y competencia de la que goza como tal, en cumplimiento de lo establecido en el Acta de instalación y la normativa sobre la materia, por lo que corresponde que la recusación sea declarada infundada.

Que, el literal m) del artículo 52º de la Ley N° 30225, concordante con el literal m) del artículo 4 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF (en adelante, el ROF del OSCE), señala como una función del OSCE el designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral;

Que, el literal m) del artículo 11 del ROF del OSCE, establece como una de las funciones de la Presidencia Ejecutiva el resolver las recusaciones interpuestas contra árbitros, de acuerdo a la normativa vigente. A su vez, el literal w) del artículo 11 del mismo cuerpo normativo, faculta a la Presidencia Ejecutiva delegar total o parcialmente las atribuciones que le corresponda, con excepción de las señaladas por Ley;

Que, mediante Resolución N° 001-2018-OSCE/PRE del 03 de enero de 2018, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 9 de enero del mismo año, la Presidencia Ejecutiva del OSCE resolvió,



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

RESOLUCION N° 220 - 2018-OSCE/DAR

entre otros aspectos, delegar en el Director de la Dirección de Arbitraje del OSCE la facultad de resolver las recusaciones interpuestas contra árbitros, de acuerdo a la normativa vigente;

Estando a lo expuesto y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, modificado por la Ley N° 29873; su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF; el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071, así como en atención a lo establecido en el artículo 5° de la Resolución N° 001-2018-OSCE/PRE; y, con el visado de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales;

SE RESUELVE:

Artículo Primero. - Declarar **INFUNDADO** el procedimiento de recusación iniciado por la Corporación Sensus S.A. contra el árbitro único Marco Antonio Rodríguez Flores; atendiendo a 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).

Artículo Cuarto. - Dar cuenta al Titular de la Entidad de la emisión de la presente Resolución dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del mes siguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 8° de la Resolución N° 001-2018-OSCE/PRE.

Regístrese, comuníquese y archívese.



ISAÍAS REÁTEGUI RUIZ ELDREDGE
Director de Arbitraje (e)