

Jesús María, 16 de Marzo del 2021

RESOLUCION N° D000034-2021-OSCE-DAR

SUMILLA:

Se declara concluido el trámite administrativo de recusación contra un árbitro cuando con motivo de absolver el traslado de dicho trámite el citado profesional comunica su renuncia al cargo.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por el Consorcio Ateneo con fecha 8 de febrero de 2021 (Expediente R014-2021); y, el Informe N° D000074-2021-OSCE-SDAA de fecha 16 de marzo de 2021, que contiene la opinión técnica de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales de la Dirección de Arbitraje del OSCE;

CONSIDERANDO:

Que, el 16 de setiembre de 2014, el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural-AGRORURAL (en adelante, la "Entidad") y el Consorcio Ateneo¹ (en adelante, el "Contratista") suscribieron el Contrato N° 168-2014-MINAGRI-AGRO RURAL para la ejecución de la obra "Mejoramiento del Sistema de Riego Canal J Sector de Riego Llallimayo, Provincia de Melgar, Puno", como consecuencia de la Licitación Pública N° 30-2014-MINAGRI-AGRO RURAL;

Que, surgida la controversia derivada de la ejecución del citado Contrato, con fecha 03 de febrero de 2021, se instaló el tribunal arbitral encargado de conducir el arbitraje conformado por el señor Jorge Vega Soyer (presidente), la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero (árbitra) y el señor Hugo Sologuren Calmet (árbitro);

Que, con fecha 08 de febrero de 2021, el Contratista presentó ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE recusación contra la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero;

Que, mediante Oficios N° D000213-2021-OSCE-SDAA y D000337-2021-OSCE-SDAA de fechas 09 de febrero y 25 de febrero de 2021, la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales efectuó el traslado de la recusación a la árbitra recusada y a la Entidad, respectivamente, para que en el plazo de cinco (05) días hábiles manifiesten lo que estimaran conveniente a sus derechos;

Que, con escrito recibido el 18 de febrero de 2021, la árbitra Pierina Mariela Guerinoni Romero absolvió el traslado del escrito de recusación;

Que, con escrito recibido el 09 de marzo de 2021, la Entidad absolvió el traslado de la recusación formulada;

Que, la recusación presentada por el Contratista contra la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero se sustenta en la presunta existencia de circunstancias que generan dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, de acuerdo con los siguientes fundamentos:

- a) *Indican que el 30 de noviembre de 2020 fueron notificados vía correo electrónico con la Carta S/N de fecha 27 de noviembre de 2020 mediante la cual se hizo de su conocimiento la aceptación de la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero como árbitra de parte designada por la Entidad.*
- b) *En la citada misiva la referida profesional reveló haber sido designada previamente como árbitra de parte de la Entidad y otros programas adscritos al Ministerio de Agricultura y Riego (“MINAGRI”).*
- c) *Señalan que el 2 de diciembre de 2020 solicitaron a la doctora Guerinoni precisar las fechas en las que había sido designada en los arbitrajes mencionados en su carta de aceptación.*
- d) *Mediante carta S/N del 4 de diciembre de 2020, notificada en la misma fecha, la árbitra recusada señaló lo siguiente:*
 - ❖ *Fue designada como árbitra por parte de la Entidad hasta en 3 ocasiones durante el año 2020.*
 - ❖ *Fue designada como árbitra por parte de programas adscritos al MINAGRI hasta en 3 ocasiones entre el 2019 y 2020.*
 - ❖ *Fue designada como Presidenta de Tribunal Arbitral hasta en 2 ocasiones entre el 2019 y 2020, en arbitrajes donde participan programas adscritos al MINAGRI.*
 - ❖ *Fue designada como árbitra de parte y árbitra única hasta en 2 arbitrajes donde participaron instituciones adscritas al MINAGRI durante el año 2016.*
- e) *Refieren que el 14 de diciembre de 2020 formularon recusación contra la mencionada árbitra (primera recusación) por existir dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, debido a la cantidad de nombramientos formulados por la Entidad y/u otras entidades adscritas al MINAGRI, dentro de un periodo de tiempo reducido.*
- f) *Posteriormente, mediante carta S/N de fecha 10 de enero de 2021, notificada en la misma fecha, la árbitra recusada amplió su deber de revelación, manifestando lo siguiente:*
 - ❖ *Aceptó la designación como árbitra de parte formulada por la Entidad en un arbitraje actual, mediante carta de fecha 7 de diciembre de 2020.*
 - ❖ *Aceptó la designación como árbitra única formulada por la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú mediante formulario de fecha 28 de diciembre de 2020, en un arbitraje donde es parte una entidad adscrita al MINAGRI.*
- g) *Manifiestan que el número de designaciones de la doctora Guerinoni por parte de la Entidad y/o el MINAGRI excede la cantidad de designaciones aceptadas en la práctica arbitral.*
- h) *Por tanto, señalan que el 15 de enero de 2021 ampliaron la primera recusación en virtud a los últimos hechos revelados por la árbitra recusada.*
- i) *Precisan que ampliaron la primera recusación y no formularon una nueva, en tanto los nuevos hechos revelados por la doctora Guerinoni se encontraban comprendidos*

en la causal que motivó la primera recusación, es decir, por existir dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad.

- j) Sin embargo, refieren que mediante Oficio N° D000130-2021-OSCE-SDAA, notificado el 1 de febrero de 2021, se les indicó que la forma adecuada de dar a conocer los supuestos “nuevos hechos” es mediante una nueva solicitud de recusación.*
- k) En ese sentido, formulan otra recusación contra la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero por los hechos expuestos en su carta de fecha 10 de enero de 2021.*
- l) En relación a esta recusación, precisan que se ha cumplido con formularla dentro del plazo previsto en el artículo 226 del Reglamento, toda vez que el 15 de enero de 2021 presentaron oportunamente la ampliación de la recusación, por lo que mediante el presente escrito sólo proceden a dar cumplimiento al Oficio N° D000130-2021-OSCE-SDAA.*
- m) Señalan que conforme señala el artículo 224 y el numeral 3 del artículo 225 del Reglamento, así como el literal c) del artículo 2.1 y el artículo 4.2 del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones con el Estado, genera dudas razonables sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro si una de las partes ha designado a un mismo árbitro en dos oportunidades.*
- n) Asimismo, refieren que lo expuesto ha sido confirmado por el OSCE mediante Resolución No. 12-2020-OSCE/DAR de fecha 16 de enero de 2020.*
- o) En ese sentido, indican que la árbitra recusada ha revelado haber sido designada hasta en cuatro ocasiones sólo durante el último año por la Entidad y haber sido designada por el MINAGRI y/o entidades adscritas a dicha entidad hasta en ocho ocasiones durante los últimos cuatro años, lo cual les genera dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, por lo que debería ser recusada, siendo la nueva revelación la causal invocada.*
- p) Refieren que mantener a la doctora Guerinoni como árbitra constituiría una grave afectación al derecho del Contratista, en tanto la controversia debe resolverse por un Tribunal Arbitral imparcial e independiente en todos sus extremos.*
- q) En relación a ello reiteran que es evidente la apariencia y sospecha razonable de una relación de cercanía entre la entidad y la árbitra designada, considerando la cantidad de nombramientos en un periodo de tiempo reducido, lo cual excedería el estándar reconocido de designación de árbitros que tanto el Reglamento como los dispositivos normativos de arbitraje pertinentes establecen.*
- r) Finalmente, solicitan la acumulación del expediente que genere la presente recusación con el trámite de recusación que se sigue bajo el Expediente No. 2020-0103782, en tanto ambos procedimientos se dirigen contra la misma árbitra y por la misma causal. En atención a ello, citan las Resoluciones N° 181-2018-OSCE/DAR y 12-2020-OSCE/DAR;*

Que, la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero ha absuelto el traslado de la recusación señalando los siguientes argumentos:

- a) Previamente, manifiesta que corresponde acumular la presente recusación en el Expediente N° R038-2020, en tanto estaría relacionada con la ampliación de recusación presentada por el Contratista el 14 de diciembre de 2020. En dicho expediente obra también la recusación original y su absolución de fecha 11 de enero de 2021, por lo que se ratifica en todos los argumentos expuestos en el mencionado escrito de absolución.*
- b) Por otro lado, señala que debido a dos designaciones posteriores a su designación como árbitra (y que precisa a continuación), el Contratista ha formulado la presente recusación:*

- ❖ *Indica que con fecha 7 de diciembre de 2020 aceptó integrar un tribunal arbitral, siendo designada por la Entidad a través de la Procuraduría Pública del Ministerio de Agricultura y Riego. Desconoce si es un arbitraje ad hoc o institucional; asimismo, refiere que el mismo se trataría de controversias derivadas de un contrato con financiamiento internacional*
 - ❖ *Asimismo, refiere que con fecha 28 de diciembre de 2020 aceptó la designación de árbitra única realizada por la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dicho arbitraje es institucional y una de las partes es el Programa Nacional de Innovación Agraria – PNIA adscrito al Ministerio de Agricultura y Riego.*
- c) *Refiere que la doctrina especializada reconoce que la reiteración en la designación de un árbitro por las mismas partes no significa la vulneración de los deberes de independencia e imparcialidad, sino que requiere de otros elementos que puedan generar las dudas justificadas con relación a la idoneidad e imparcialidad de un árbitro, los cuales no habrían sido mencionados ni probados por el Contratista.*
- d) *Manifiesta que cuenta con un prestigio y reputación que ha cuidado mantener a lo largo de su vida personal y profesional; asimismo, señala que el Contratista descarta sin prueba alguna que las razones por las que la designa el MIDAGRI, incluida la Entidad, pueda deberse a sus cualidades éticas y morales, así como por su especialización en la materia de hace muchos años que inició en el 2010 cuando fue Directora de Arbitraje del OSCE.*
- e) *Asimismo, cita a algunos autores para señalar que la motivación en la repetitiva designación de un árbitro, no podría generalizar que obedece a intereses encubiertos de las partes, sino que podrían valorarse otro tipo de circunstancias como el desempeño o la pericia de los árbitros. Asimismo, refiere que no es infrecuente que un árbitro sea nominado en diversas ocasiones por una parte como resultado de un buen desempeño como árbitro, y ello no quiere decir que exista una circunstancia de dependencia; por tanto, la repetitiva designación de un árbitro no podría constituir un estándar definido para justificar su apartamiento automático del proceso, en tanto no se verifiquen o se contrasten con circunstancias o factores relevantes que permitan inferir una situación susceptible de afectar o tener incidencia en relación al caso concreto que deba resolver.*
- f) *En ese sentido indica que el Contratista no prueba esas circunstancias o factores relevantes para inferir que podría existir una situación que afecte su independencia e imparcialidad como árbitra en el presente caso; asimismo, señala que tampoco acreditó que su participación como árbitra podría afectar de alguna manera los derechos del Contratista o que existiría evidente cercanía entre el MIDAGRI y su persona.*
- g) *En la misma línea, refiere que el Contratista no prueba que dependa económicamente del MIDAGRI y que inclusive no conocería de las cuantías de los arbitrajes declarados como para afirmar una dependencia económica; además, señala que el Contratista no acreditó que tenga una relación personal con algunos de sus funcionarios o que, por el mero hecho de su designación, va a parcializarse a favor de la Entidad.*
- h) *Por tanto, considera que los argumentos del Contratista son meras especulaciones sin fundamento ni prueba alguna, siendo fundamental la cuestión probatoria para que prospere cualquier recusación.*
- i) *Por otro lado, precisa que las entidades estatales única y obligatoriamente pueden escoger a un árbitro de parte del Registro Nacional de Árbitros - RNA OSCE – al cual pertenece, lo cual el Contratista no estaría considerando o lo desconocería.*
- j) *En relación a la Resolución N° 12-2020-OSCE-DAR del 16 de enero de 2020, citada*

por el Contratista, manifiesta que dicha referencia es impertinente, en tanto se refiere a la infracción del deber de revelación del árbitro recusado respecto a arbitrajes concluidos, siendo que en este caso se le recusa por cumplir con su deber de revelación.

- k) Respecto a los artículos el Reglamento y el Código de Ética mencionados por el Contratista, señala que se refieren al incumplimiento del deber de revelación y no a que la segunda designación per se genera dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro.*
- l) Finalmente, indica que, sin perjuicio de lo expuesto y lo señalado en el escrito de fecha 11 de enero de 2021, mencionado anteriormente, renuncia irrevocablemente al arbitraje que ha dado lugar a la recusación;*

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

- a) Indican que si bien es un derecho de las partes o sujetos procesales el formular recusación en contra de uno o más árbitros, este es un derecho y/o facultad que debe ejercerse muy cautelosamente y de manera responsable, máxime cuando la recusación encuentra su principal sustento en una supuesta “falta de independencia e imparcialidad”.*
- b) Señalan que de la revisión de la recusación formulada, resulta posible verificar que el cuestionamiento de la independencia e imparcialidad de la profesional designada como árbitra de parte de la Entidad se centra en el hecho de que la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero habría sido designada por la Entidad y/o entidades adscritas al MINAGRI en ocho ocasiones en los últimos cuatro años, siendo designada como árbitra de parte por la Entidad hasta en tres (3) ocasiones durante el último año.*
- c) Sobre el particular, rechazan tal afirmación y precisan que la misma no se ajusta a la verdad, pues conforme puede verificarse de lo expuesto por el Contratista en su propio escrito de recusación, en estricto, la Entidad solo ha designado a dicha profesional en tres oportunidades dentro de los últimos cuatro (4) años, situación que fue revelada y puesta a conocimiento del Contratista, a través de la carta de aceptación a la designación como árbitra de parte, que la misma árbitra recusada tuvo a bien remitir a dicha parte.*
- d) Precisa que la Procuraduría Pública de la Entidad tiene a su cargo más de seiscientos (700) procesos arbitrales en trámite, de los cuales más de doscientos (300) procesos corresponden a controversias relacionadas con la Entidad, siendo que en el último año (2020) se han iniciado más de cincuenta (50) procesos arbitrales relacionados a la Entidad, entre ad hoc e institucionales, situación que permite advertir que el hecho de que se haya designado a la profesional recusada en tres (3) procesos arbitrales, no puede suponer o significar en lo absoluto la falta de independencia e imparcialidad, siendo que dichas designaciones solo obedecen a su importante y reconocida trayectoria profesional.*
- e) Asimismo, señala que las Reglas de la IBA no son aplicables al proceso arbitral del cual deriva la presente recusación, pues no se encuentran en un arbitraje comercial internacional ni en arbitraje de inversión, sino más bien en un arbitraje nacional y de derecho.*
- f) Finalmente, dejan constancia que el órgano de defensa de la Entidad no cuenta con las facultades para efectuar la designación de árbitros en los procesos arbitrales a cargo de los organismos, programas, proyectos y unidades ejecutoras adscritas al sector, siendo esta una facultad que solo la ostentan los titulares o servidores en quienes se hayan delegado tales facultades; en consecuencia, el hecho que otros*

organismos, programas, proyectos o unidades ejecutoras del sector hayan designado a dicha profesional como árbitra de parte, no tiene implicancia alguna en las designaciones que pudiera haber efectuado la Entidad.

- g) En ese sentido, manifiestan que las designaciones efectuadas por la Entidad en todos los procesos arbitrales a su cargo, se sustentan únicamente en las cualidades éticas, profesionales y académicas que ostenta la doctora Pierina Mariela Guerinoni Romero;

Que, debemos señalar que el marco normativo vinculado al arbitraje del cual deriva la 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 N° 136-2019-OSCE/PRE (en adelante, el “Código de Ética”);

Que, como cuestión previa debemos señalar que tanto el Contratista como la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero han solicitado que el presente expediente se acumule con otro trámite de solicitud de recusación que ha formulado dicha parte contra la citada profesional ante el OSCE (Expediente Nro. R038-2020). Sobre el particular, debe considerarse lo siguiente:

- a) Con fecha 14 de diciembre de 2020, el Contratista presentó ante el OSCE una solicitud de recusación contra la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero en el marco del mismo proceso arbitral del cual deriva el presente trámite (Expediente Nro. R038-2020), siendo que con fecha 4 de febrero de 2021 mediante Resolución Nro. D000009-2021-OSCE-DAR la Dirección de Arbitraje del OSCE emitió pronunciamiento resolviendo la citada recusación declarándola improcedente en un extremo e infundada en otro.
- b) En tal sentido, al haber concluido del trámite de recusación iniciado según expediente Nro. R038-2020, no resulta posible proceder con su acumulación respecto al trámite que origina la presente recusación, en aplicación supletoria de lo establecido en el artículo 160 del Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo Nro. 004-2019-JUS².
- c) En tal sentido, corresponde desestimar las alegaciones planteadas por el Contratista y la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero;

Que, con motivo de absolver el traslado de la recusación la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero ha comunicado su renuncia al cargo conferido;

Que, al respecto, los numerales 2 y 3 del artículo 226 del Reglamento señalan lo siguiente:

“Artículo 226.- Procedimiento de recusación
(...)

2. El OSCE pondrá en conocimiento de la otra parte y del árbitro o árbitros recusados la recusación, para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, manifiesten lo conveniente a su derecho.

² “Artículo 160.- Acumulación de procedimientos La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos **en trámite** que guarden conexión” -el subrayado y resaltado es agregado-.

3. Si la otra está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros renuncian, se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos en la misma forma en que se designó al árbitro o árbitros recusados.
(...)” – el subrayado es agregado-.

Que, el literal c) del artículo 29º de la Ley de Arbitraje cuando señala que “(...) si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente”-el subrayado es agregado-;

Que, en concordancia con lo indicado, el numeral 5) del artículo 29º de la Ley de Arbitraje precisa que “(...) la renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados (...)”- el subrayado es agregado-;

Que, en ese sentido, al haberse informado de la renuncia al cargo de la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero con posterioridad al inicio de la solicitud de recusación que originó el presente trámite, se ha presentado una causa sobreviniente que impide su continuación y resolución final, por lo que en aplicación supletoria del artículo 197º³ del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, corresponde declarar la conclusión del trámite de recusación respecto a dicho profesional;

Que, el literal l) del artículo 52º de la Ley N° 30225 modificado por el Decreto Legislativo N° 1444, 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 contra los mismos;

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 con 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° 187-2020-OSCE/PRE del 29 de diciembre de 2020, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 01 de enero del 2021, la Presidencia Ejecutiva del OSCE resolvió, entre otros aspectos, delegar en el/la director/a de la Dirección de Arbitraje del OSCE la facultad de resolver las recusaciones interpuestas contra árbitros, de acuerdo con la normativa vigente;

Estando a lo expuesto y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873; su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF; el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071; y, el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado,

³ “Artículo 197.- Fin del procedimiento

197.1 Pondrán fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el párrafo 199.4 del Artículo 199, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable.

197.2 También pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevinidas que determinen la imposibilidad de continuarlo”. (El subrayado es nuestro)

aprobado mediante N° 136-2019-OSCE/PRE (en adelante, el "Código de Ética"); y, con el visado de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Desestimar las alegaciones planteadas por el Consorcio Ateneo y la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero para que la presente solicitud de recusación se acumule con el trámite de recusación iniciado según expediente R038-2020; atendiendo a las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Declarar **CONCLUIDO** el presente trámite de recusación iniciado por el Consorcio Ateneo contra la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero según expediente R014-2021; en atención a las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Tercero.- Notificar la presente Resolución a las partes y a la señora Pierina Mariela Guerinoni Romero a través de su publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado-SEACE.

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

Artículo Quinto.- 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 6° de la Resolución N° 187-2020-OSCE/PRE.

Regístrese, comuníquese y archívese.

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE
YEMINÁ EUNICE ARCE AZABACHE
Directora de Arbitraje