



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de las
Contrataciones del Estado - OSCE



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Firmado digitalmente por ARCE
AZABACHE Yemina Eunice FAU
20419026809 hard
Director(A) De Arbitraje
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 13.01.2022 18:09:27 -05:00

Jesús María, 13 de Enero del 2022

RESOLUCION N° D000002-2022-OSCE-DAR

Sumilla: De conformidad con lo dispuesto por el numeral 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

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Ayacucho contra los señores Alberto Montezuma Chirinos, Mario Ernesto Linares Jara y Luis Puglianini Guerra mediante escrito recibido con fecha 19 de noviembre de 2021 subsanado el 24 de noviembre de ese mismo año (Expediente R068-2021); y, el Informe N° D000005-2021-OSCE-SDAA de fecha 12 de enero de 2022 que contiene la opinión técnica de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales de la Dirección de Arbitraje del OSCE; y,

CONSIDERANDO:

Que, el 16 de septiembre de 2014 el Gobierno Regional de Ayacucho (en adelante, la "Entidad") y el Consorcio Supervisor Hospitalario Ayacucho¹ (en adelante, el "Contratista") suscribieron el contrato N° 0087-2014-GRA-SEDE CENTRAL – UPL, derivado del Concurso Público N° Proy 002-GRA/OIM-2014 para la contratación de la Supervisión de la Obra y equipamiento del proyecto "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Hospital Regional Miguel Ángel Mariscal Llerena de Ayacucho";

Que, surgida la controversia derivada de la ejecución del citado Contrato, con fecha 25 de marzo de 2021 se instaló el Tribunal Arbitral encargado de conducir el arbitraje, conformado por los señores Alberto Montezuma Chirinos (presidente), Luis Puglianini Guerra (árbitro) y Mario Ernesto Linares Jara (árbitro);

Que, con fecha 19 de noviembre de 2021, la Entidad presentó ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE recusación contra los miembros del Tribunal Arbitral. Dicha solicitud fue subsanada con fecha 24 de noviembre de 2021;

Que, mediante Oficios N° D001615-2021-OSCE-SDAA y D001617-2021-OSCE-SDAA, ambos de fecha 26 de noviembre de 2021 y Oficio N° D001666-2021-OSCE-SDAA, de fecha 10 de diciembre de 2021, la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales efectuó el traslado de la recusación a los árbitros Alberto Montezuma Chirinos, Luis Puglianini Guerra y Mario Ernesto Linares Jara para que en el plazo de cinco (05) días hábiles manifiesten lo que estimaran conveniente a sus derechos;

Que, mediante Oficio N° D001618-2021-OSCE-SDAA, de fecha 26 de



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

¹ Consorcio conformado por las empresas Alpha Consult S.A., Chung & Tong Ingenieros S.A.C., PLANHO Consultores SLP Sucursal en Perú y Euroconsult Sucursal Perú.

noviembre de 2021, la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales efectuó el traslado de la recusación al Contratista para que en el plazo de cinco (05) días hábiles manifiesten lo que estimaran conveniente a sus derechos;

Que, con escrito recibido el 07 de diciembre de 2021, el Contratista absolvió el traslado del escrito de recusación;

Que, con escritos recibidos los días 07 y 09 de diciembre de 2021, los señores Luis Puglianini Guerra y Alberto Montezuma Chirinos, respectivamente, absolvieron el traslado del escrito de recusación; sin embargo, el señor Mario Ernesto Linares Jara, pese a encontrarse notificado, no absolvió el traslado de la misma;

Que, la recusación presentada por la Entidad contra los señores Alberto Montezuma Chirinos, Luis Puglianini Guerra y Mario Ernesto Linares Jara se sustenta en presuntas circunstancias que generan dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad y en el presunto incumplimiento de las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias, de acuerdo con los siguientes fundamentos:

- 1) Señalan que mediante Resolución N° 03 del cuaderno cautelar, de fecha 21 de junio de 2021, el Tribunal Arbitral concedió la medida cautelar solicitada por el Contratista, conforme a las instrucciones expuestas en dicha resolución.
- 2) Sobre el particular, refieren que, según lo dispuesto por el Tribunal Arbitral, el Contratista debería entregar cartas fianzas como garantía – conforme se encuentran descritas en los literales C) y E) del primer extremo resolutivo-; es decir que deberían ser irrevocables, incondicionadas, de ejecución inmediata y otorgadas por una entidad financiera, según las características indicadas por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
- 3) Posteriormente, mediante Resolución N° 04, de fecha 23 de junio de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió lo siguiente:

TENER por cumplido el mandato del literal A) del primer punto resolutivo de la Resolución N° 3, por parte del Consorcio a través del escrito de Visto, debiéndose poner el referido escrito a conocimiento de la Entidad, y, de acuerdo a lo resuelto en la Resolución N° 3 del cuaderno cautelar, corresponde **REQUERIR** al Gobierno Regional de Ayacucho para que, en el plazo de diez (10) días hábiles computados a partir del día siguiente de notificada con la presente resolución, cumpla con realizar los depósitos determinados en el literal B) del primer punto resolutivo de la referida Resolución N° 3, teniendo en cuenta los números de cuentas e instituciones financieras señaladas en el escrito de visto.

- 4) Sobre el particular, consideran que el Tribunal Arbitral requiere a la Entidad que cumpla con realizar los depósitos a las cuentas bancarias señaladas por el Contratista, sin considerar que el Contratista no cumplió con presentar las cartas fianzas según lo detallado en el literal resolutivo C) de la Resolución N° 03, así como la contracautela con las características descritas en el literal E), por lo que, al no tener certeza de que el Contratista cumpliría con presentar correctamente las garantías, no realizaron la transferencia del dinero.
- 5) Mediante escrito N° 4, de fecha 25 de junio de 2021, el Contratista presentó la carta fianza N° 030-06-2021/CACDP, emitida por la

- Cooperativa de Ahorro y Crédito Dos Pinos, por el monto de S/ 89 481,95, señalando haber cumplido con el mandato detallado en el literal E) de lo ordenado en la Resolución N° 03; es decir que señaló haber cumplido con la contracautela.
- 6) Luego, mediante Resolución N° 05 del cuaderno cautelar, de fecha 30 de junio de 2021, se concedió al Contratista el plazo adicional de diez (10) días hábiles, computados desde el día siguiente de notificada dicha resolución, para que cumpla con lo dispuesto en el literal C) del primer punto resolutivo de la Resolución N° 03, lo cual fue solicitado por el Contratista mediante escrito N° 05 del 30 de junio de 2021; sin embargo, consideran que el Tribunal Arbitral concedió un plazo superior al solicitado por el Contratista, venciendo su plazo el 22 de julio de 2021.
- 7) Mediante la Resolución N° 07 del cuaderno cautelar, de fecha 20 de agosto de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió lo siguiente:

Primero. -	TÉNGASE POR CUMPLIDO, lo ordenado en el literal C) del primer punto resolutivo de la Resolución N° 03, por parte del Consorcio.
Segundo. -	REQUIÉRASE a las partes para que en el plazo de tres (03) días hábiles computados a partir del día siguiente de notificados con la presente resolución procedan a informar o acreditar, la información indicada en el considerando nueve de la presente resolución.

- 8) Sobre el particular, la Entidad señala que interpuso un recurso de reconsideración contra el primer extremo resolutivo de la Resolución N° 07; además, solicitó al Tribunal Arbitral copia de las cartas fianzas presentadas por el Contratista, en tanto las mismas no les habían sido trasladadas; en adición a ello, solicitaron que se aclaren las incongruencias advertidas en la referida resolución, ya que se detallaban fechas distintas en las que el Contratista habría cumplido con presentar sus cartas fianzas.
- 9) Sin embargo, según lo señalado en el considerando 14 de la Resolución N° 10 del cuaderno cautelar, consideran que el Tribunal Arbitral condiciona el pedido de información y presentación de escritos en el proceso arbitral – entendiéndose también el recurso de reconsideración - conforme se observa a continuación.

14) Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar que el Consorcio ha cumplido con los mandatos dictados por el Colegiado en la Resolución N° 03 del Cautelar; sin embargo, la Entidad por su parte, no lo ha hecho, situación que la deslegitima en discutir el cumplimiento o incumplimiento del mandato a su contraparte. El Tribunal Arbitral estima que en tanto no cumpla con lo dispuesto no puede formular pedido alguno, toda vez que la medida cautelar se encuentra en ejecución y solo se puede formular escrito alguno una vez que esta haya sido ejecutada para lo cual debe cumplir con lo dispuesto por el Tribunal Arbitral por lo cual se tendrá por ahora presente la conducta procesal de la Entidad.

- 10) Indican que lo expuesto en el párrafo precedente contradice lo pactado por las partes en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc, en tanto, en dicha acta, las partes no pactaron condiciones previas para la presentación de escritos y/o recursos, por lo que la referida restricción viola flagrantemente el derecho de defensa de la Entidad, lo cual se dejó constancia en el escrito de fecha 06 de octubre de 2021.

- 11) Asimismo, en el referido escrito de fecha 06 de octubre de 2021, la Entidad solicitó al Tribunal Arbitral que disponga la cancelación de la medida cautelar, en tanto, mediante consulta a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, advirtieron que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Dos Pinos no puede otorgar avales y fianzas a sus socios en el marco de las contrataciones con el Estado, ni otros productos financieros de naturaleza similar que tengan por objeto otorgar garantías en el marco de dichas contrataciones.
- 12) Reiteran que el Tribunal Arbitral ordenó al Contratista que otorgue cartas fianzas con las mismas características a las fianzas ejecutadas por la Entidad y que la carta fianza otorgada como contracautela debió ser emitida por una entidad financiera con las características indicadas por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (incondicionada, solidaria, irrevocable y de realización automática), siendo que ambos extremos no fueron cuestionados por las partes. Sin embargo, el Contratista no cumplió con lo ordenado por el Tribunal Arbitral.
- 13) Por lo expuesto, señalan lo siguiente:
 - a) El Tribunal Arbitral no ha cumplido con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias, en tanto ha inobservado las reglas arbitrales pactadas en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc al condicionar a la Entidad con el cumplimiento de ciertas obligaciones para formular pedidos o presentar escritos ante el Tribunal Arbitral, lo cual ha sido señalado en la Resolución N° 10, recortando el derecho al acceso a la justicia, considerado como el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; así como al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.
 - b) Existen circunstancias que generan dudas justificadas del Tribunal Arbitral sobre su imparcialidad o independencia, considerando que dichas circunstancias no han sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa, en tanto el Tribunal Arbitral (i) limita el derecho de defensa de la Entidad, entre otros, al condicionar la presentación de escritos o pedidos ante Tribunal Arbitral; y, (ii) favorece al Contratista al aceptar cartas fianzas sin verificar si cumplen o no con las condiciones señaladas por el Tribunal Arbitral y sin verificar la página web de la Superintendencia, Banca, Seguros y AFP, la cual es de acceso público.
 - c) En relación al contenido de la carta fianza presentada por el Contratista, advierten las siguientes observaciones:
 - ❖ Refieren que de la simple lectura de la carta fianza presentada por el Contratista se advierte lo siguiente: (i) La carta fianza fue emitida por una Entidad financiera no autorizada para la emisión de cartas fianza en el marco de procesos de contratación con el Estado; (ii) no se determina si la carta fianza es por concepto de garantía de fiel cumplimiento o contracautela, por lo que la Entidad tendría dificultades al momento de su ejecución, en tanto las cartas fianzas se rigen por el principio de literalidad; (iii) la carta fianza no es irrevocable, incondicionada y de ejecución inmediata, por lo que se entiende que se puso en riesgo su ejecución al haber sido emitida a favor de personas distintas a la Entidad; y, (iv) la Cooperativa que otorga la fianza condiciona la

ejecución de la misma a su presentación y sus prórrogas, lo cual es contrario a lo señalado en la normativa de contrataciones del Estado.

- ❖ En virtud a lo expuesto, refieren que las observaciones detalladas no podrían pasar desapercibidas por el Tribunal Arbitral, en tanto los árbitros declararon bajo juramento ser abogados con especialización acreditada en contrataciones con el Estado, por lo que conocen que las Entidades sólo pueden aceptar garantías constituidas a través de cartas fianza y pólizas de caución que sean incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al sólo requerimiento de la respectiva Entidad, las cuales deben ser emitidas por empresas autorizadas y bajo el ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP o consideradas en la lista actualizada de bancos extranjeros de primera categoría publicada por el Banco Central de Reserva del Perú, siendo obligaciones dispuestas por el Tribunal Arbitral en la resolución que concede la medida cautelar otorgada al Contratista.
- ❖ Asimismo, señala que pese a que la Entidad cumplió con comunicar que la carta fianza otorgada por el Contratista no cumple con las condiciones descritas en la Ley de Contrataciones del Estado, el Tribunal Arbitral, lejos de cancelar la medida cautelar, emitió la Resolución N° 12, mediante la cual otorgó un plazo de quince (15) días hábiles al Contratista para que cumpla con la presentación de la carta fianza de fiel cumplimiento otorgada por una entidad facultada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; es decir, reconoce que el Contratista no ha cumplido con otorgar la carta fianza según lo ordenado por el propio Tribunal Arbitral y concede al Contratista un plazo adicional para que cumpla con su obligación, a pesar de no haberlo solicitado.
- ❖ Sin perjuicio de ello, precisan que el Tribunal Arbitral no ha cumplido con resolver el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 07, mediante la cual la Entidad solicita se deje sin efecto el extremo que resuelve tener por cumplida la obligación del Contratista.
- ❖ Reiteran que el plazo máximo para que el Contratista cumpla con presentar las cartas fianzas detalladas en el literal C) del primer extremo resolutivo de la Resolución N° 03, venció indefectiblemente el 22 de julio de 2021, sin que a la fecha se haya cumplido con presentar las cartas fianzas con las características solicitadas por el Tribunal Arbitral y la Ley de Contrataciones del Estado; sin embargo, el Tribunal Arbitral otorga plazos adicionales al Contratista, sin disponer la cancelación de la medida cautelar, a pesar de que se demostró que el Contratista incumplió con su obligación de otorgar cartas fianzas de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Arbitral, lo cual evidencia su parcialización a favor del Contratista.
- ❖ En adición a ello, señalan que se ha generado dudas justificadas sobre la independencia o imparcialidad del Tribunal Arbitral, en tanto omiten verificar hechos elementales como si la carta fianza presentada por el Contratista cumplía o no con las condiciones establecidas por el propio Tribunal Arbitral antes de dar por cumplidas sus obligaciones, conforme se aprecia en la

Resolución N° 07, mediante la cual se tienen cumplidas las obligaciones a cargo del Contratista sin verificar en la página web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP o analizar la literalidad de la carta fianza.

- ❖ La omisión detallada en el párrafo precedente demuestra la falta de diligencia del Tribunal Arbitral, en tanto restringen su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al condicionar sus pedidos o presentación de escritos y avalar garantías emitidas por entidades no autorizadas.
- ❖ En ese sentido, existen dudas justificadas respecto a si el Tribunal Arbitral observará adecuadamente lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, considerando que no fue capaz de advertir omisiones visibles en la carta fianza presentada por el Contratista; por el contrario, no canceló la medida cautelar y otorgó plazos adicionales al Contratista para que subsane la omisión evidente, siendo manifiesta su parcialización a favor del Contratista.
- ❖ Refieren que, a pesar de conocer la cercanía del abogado del Contratista y los miembros del Tribunal Arbitral, conforme se advirtió en la audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc, la Entidad no recusó a los miembros del Colegiado, confiando en su correcta conducta; no obstante, consideran que se perdió la confianza por las actuaciones del Tribunal Arbitral detalladas anteriormente.
- ❖ Consideran que la relación antes señalada afecta la independencia e imparcialidad del Tribunal Arbitral, quienes emiten decisiones en beneficio del Contratista sin que se encuentren debidamente motivadas, restringiendo los derechos fundamentales de la Entidad.
- ❖ A mayor abundamiento precisan que la medida cautelar otorgada por el Tribunal Arbitral es de naturaleza innovativa, por lo que su decisión se fundamenta en el restablecimiento del statu quo que existe desde el inicio de la controversia hasta la fecha, por lo que, al concederla, el Tribunal Arbitral debía velar que el Contratista cumpla con presentar garantías bajo los mismos términos señalados al momento de la suscripción del contrato; sin embargo, al aceptar las referidas cartas fianzas – emitidas por entidades no autorizadas y cuyo contenido no cumple con la condición de incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país a solo requerimiento de la respectiva entidad-.

- 14) Por lo expuesto, indican que la recusación se encuentra sustentada conforme a la normativa aplicable, por lo que solicitan que la misma se declare fundada;

Que, el Contratista ha absuelto el traslado de la recusación señalando lo siguiente:

- 1) Refieren que, conforme se aprecia en la recusación formulada por la Entidad, no se ha descrito circunstancia alguna que constituya alguno de los supuestos de recusación; por el contrario, la Entidad únicamente se ha limitado a sobreponer sus propios intereses antes que la legalidad y literalidad de la norma, en tanto repite la conducta mantenida durante el proceso arbitral, formulando cuestionamientos infundados y

- extemporáneos sobre todas las decisiones que ha emitido el Tribunal Arbitral.
- 2) Sin embargo, manifiestan que la circunstancia que la Entidad ha calificado como “generadora de duda justificada” únicamente responde a un pronunciamiento del Tribunal Arbitral que no es compartido por la Entidad, referida a la garantía de contracautela presentada por el Contratista de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017.
 - 3) Precisan que a pesar del claro cumplimiento de los requisitos normativos, la Entidad ha señalado que la carta fianza de contracautela no es irrevocable, incondicional, ni de ejecución inmediata, así como no se habría emitido a favor de la Entidad.
 - 4) Consideran que las afirmaciones señaladas son erradas, por lo que la Entidad únicamente pretende dilatar aún más el proceso arbitral, interponiendo trabas procedimentales al cumplimiento de la medida cautelar, cuya ejecución se encuentra en atraso.
 - 5) Por lo tanto, consideran que existe ausencia de elementos que constituyan circunstancias que de por sí generen dudas justificadas de independencia e imparcialidad respecto al Tribunal Arbitral, por lo que la recusación formulada por la Entidad debe ser desestimada;

Que, el señor Alberto Montezuma Chirinos ha absuelto el traslado de la recusación señalando lo siguiente:

- 1) Refiere que la recusación no tiene causal que la sostenga; por el contrario, está basada en hechos que no constituyen motivo alguno de recusación por expresa disposición normativa contenida en el numeral 5 del artículo 29 de la Ley de Arbitraje.
- 2) Señala que si bien la Entidad sostiene que las causales de recusación están contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, su enunciado no justifica los argumentos que la sostienen, al estar referidas a las actuaciones arbitrales producidas por el Tribunal Arbitral en el curso del proceso – en particular en el desarrollo de una medida cautelar que se encuentra en trámite y pendiente de resolver -, evidenciando que, pese a la prohibición existente, transgreden la norma.
- 3) En ese sentido, considera importante señalar que la Entidad ha participado en todas y cada una de las actuaciones arbitrales que se han producido – presentando escritos, formulando solicitudes, absolviendo trámites conferidos, interviniendo en audiencias convocadas -, siendo que el proceso cautelar ha sido conocido desde el principio, indicando que a pesar de que el Contratista solicitó no poner en conocimiento de la Entidad, el Tribunal Arbitral consideró pertinente conferir traslado de la misma, llevándose a cabo la audiencia correspondiente, en la cual manifestó que se encontraba conforme con su desarrollo, logrando ejercer su derecho de defensa.
- 4) Asimismo, refiere que la Entidad omitió señalar que el proceso cautelar no ha concluido, encontrándose pendiente de resolver un cuestionamiento, por lo que el proceso principal y cautelar han quedado suspendidos con motivo de la recusación extensiva a todos los miembros del Tribunal Arbitral.
- 5) A mayor abundamiento, indica que la Entidad destaca actuaciones arbitrales relacionadas al cuaderno cautelar, siendo la base para

formular su recusación, en tanto no les favorece; sin embargo, en virtud a la norma citada inicialmente, no puede ser admisible someter las decisiones de los árbitros a escrutinio, siendo inclusive que los jueces tienen prohibido pronunciarse sobre el fondo de la controversia cuando se trata de un recurso de anulación.

- 6) Por lo expuesto, solicitan que la recusación se declare infundada, debido a que la recusación se ha interpuesto en base a decisiones arbitrales dictadas dentro de la regularidad de un proceso arbitral, lo cual no constituye causa de recusación;

Que, el señor Luis Puglianini Guerra ha absuelto el traslado de la recusación señalando lo siguiente:

- 1) Refiere que la Entidad fundamenta su recusación en virtud a lo expuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 2) En relación al numeral 2 del artículo 225° del citado Reglamento, la Entidad ha señalado que no habría cumplido con alguna norma en el transcurso de las actuaciones arbitrales, lo cual no es un supuesto que englobe lo establecido en la referida normativa, por lo que este extremo de la recusación es improcedente.
- 3) Asimismo, señala que los árbitros no incumplieron con la norma durante las actuaciones arbitrales, siendo que cualquier desacuerdo o cuestionamiento de las partes respecto a las decisiones de los árbitros, se deben resolver dentro del mismo arbitraje, sin utilizar la recusación como si fuera una “apelación”.
- 4) Respecto al numeral 3 del artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad nuevamente sustenta este extremo de su recusación en decisiones del Tribunal Arbitral, lo cual no es procedente en virtud a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 29 del Decreto Legislativo N° 1071.
- 5) A mayor abundamiento, precisa que no se ha dado un trato diferenciado a ninguna de las partes, en tanto la Entidad ha ejercido su derecho a la defensa, planteó los recursos de reconsideración que ha considerado pertinente, entre otros escritos que han sido tramitados respetando el debido proceso.
- 6) Por otro lado, refiere que la Entidad cuestiona que el Contratista no cumplió con las reglas establecidas en la cautelar, cuando la Entidad tampoco ha cumplido con los mandatos del colegiado, siendo que con la presentación de la presente recusación el arbitraje se encuentra suspendido, encontrándose pendiente que el Tribunal Arbitral resuelva los recursos de reconsideración planteados por ambas partes en relación a los actuados del cuaderno cautelar, evidenciando una actuación según su criterio y no favoreciendo indebidamente a una parte.
- 7) Por lo expuesto, solicita que la presente recusación se declare improcedente y/o infundada, en tanto ha cumplido con todos los requisitos para ser árbitro y no existe dudas respecto a su imparcialidad e independencia como árbitro;

Que, el marco normativo vinculado al arbitraje del cual deriva la presente recusación corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, modificada por la Ley N° 29873, (en adelante, la “Ley”); su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el

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, “Ley de Arbitraje”); la Directiva N° 011-2020-OSCE/CD, Directiva de Servicios Arbitrales del OSCE, aprobada por la Resolución N° 178-2020-OSCE/PRE del 15 de diciembre de 2020 (en adelante, la “Directiva de Servicios Arbitrales”); y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 136-2019-OSCE/PRE (en adelante, el “Código de Ética”);

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

i. Determinar si la actuación de los miembros del Tribunal Arbitral con motivo de la emisión de las Resoluciones N° 04, 05, 07,10 y 12, relacionadas con la tramitación, cumplimiento y verificación de requisitos de garantías (carta fianza) presentada por el Contratista en el marco de una medida cautelar, el otorgamiento de plazos adicionales a favor del Contratista, un eventual condicionamiento a la Entidad para la presentación de sus escritos, entre otros aspectos, constituyen circunstancias que generan dudas justificadas de la independencia e imparcialidad del Tribunal Arbitral y evidencian el incumplimiento de las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el Convenio Arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias.

i.1. Considerando que el presente extremo de la recusación se ha sustentado en la presunta existencia de circunstancias que generen dudas justificadas de independencia e imparcialidad, así como en el presunto incumplimiento de las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el Convenio Arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias, cabe delimitar los alcances de dichas causales en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.

i.2. Respecto a la independencia e imparcialidad debe considerarse lo siguiente:

i.2.1. JOSÉ MARÍA ALONSO expone:

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.²

i.2.2. En esa línea, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, señala:

(...) Como quiera que la imparcialidad es una cuestión subjetiva, los criterios para apreciarla por los terceros descansa 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

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

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 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 (...)³

i.2.3. Asimismo, el artículo 224º del Reglamento precisa que: “Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales (...)”. En adición a ello, el 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.3. Respecto a las exigencias y condiciones que deben cumplir los árbitros según el convenio arbitral con sujeción a la normatividad aplicable:

i.3.1. En doctrina nacional se ha señalado lo siguiente:

“Ahora bien, las partes pueden pactar —en el convenio arbitral— ciertas exigencias y condiciones que deberán cumplir los Árbitros en caso se presente una controversia y se deba recurrir al arbitraje.

En la medida de que el convenio arbitral es una figura prevista tanto para los supuestos en que el conflicto ya existe, como para los supuestos en que el conflicto se halla sólo en potencia, el contenido esencial para dotar de validez al convenio arbitral estará determinado por la voluntad inequívoca de las partes de querer resolver sus conflictos a través del arbitraje, y por el establecimiento de la relación jurídica en torno a la cual podrán surgir los conflictos. —el subrayado es agregado—⁴.

i.3.2. En esa línea, José Carlos Fernández Rozas ha indicado:

“Se ha afirmado con razón que el convenio de arbitraje es un acto jurídicamente complejo que se configura inicialmente como un

³ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS: Contenido Ético del Oficio de Árbitro – Congreso Arbitraje la Habana 2010- Publicado en <http://www.ohadac.com/labores-congreso/items/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividadarbitral.html>

⁴ CASTILLO FREYRE, MARIO Y SABROSO MINAYA, RITA: “Árbitros” publicado en http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol7/cap4.pdf

contrato, pero con la finalidad de producir efectos procesales; por consiguiente, entraña una naturaleza híbrida, integrada por elementos dispares de no menor dispar eficacia (...). Transciende, pues, de un simple acuerdo entre las partes por el cual éstas deciden someterse al arbitraje, sino que puede contener cierto número de cláusulas, plazos y condiciones, así como las propias reglas del proceso arbitral, la especificación de la clase de arbitraje a desarrollar, el número de Árbitros, las formas de designación, la posible renuncia expresa a la apelación o anulación, las garantías y requisitos obligatorios para solicitar la anulación del laudo, determinadas facultades especiales para los Árbitros, los plazos específicos para dictar el laudo, o la renuncia expresa a ciertos actos procesales –el subrayado es agregado-⁵.

i.3.3. Por su lado, Humberto Briseño Sierra explica que:

“El compromiso o la cláusula en su forma completa pueden integrarse gradualmente, y entonces los actos documentales serán más que uno, por ejemplo, encargo a los Árbitros, proposición de cuestiones, aceptación de los Árbitros, etc. La práctica más o menos reconocida por la jurisprudencia (...) ha terminado por reconocer que el acuerdo puede resultar de declaraciones escritas separadas e intercambiadas entre las partes, que se integran mutuamente” -el subrayado es agregado -⁶.

i.3.4. Por su parte, Erik Schäfer comenta que *“(...) la elección de un Árbitro se debe efectuar respetando ciertos requisitos de orden legal (...)”* señalando además que *“(...) el incumplimiento puede resultar en una Recusación y substitución del Árbitro o ser causa de impugnación de laudo”*⁷.

i.3.5. Respecto del convenio arbitral, el artículo 13° de la Ley de Arbitraje señala que es *“(...) un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza (...)”* –el subrayado es agregado-.

i.3.6. El artículo 217° del Reglamento precisa que *“Las partes podrán establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones, las disposiciones de la Ley General de Arbitraje que resulten aplicables, ni las normas y Directivas complementarias dictadas por el OSCE de conformidad con sus atribuciones”*.

i.3.7. Finalmente, el inciso 2 del artículo 225° del citado Reglamento, prevé como causal de recusación el incumplimiento de *“(...) las exigencias y*

⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS: “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino” – Estudios de arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar © Editorial Jurídica de Chile - año 2006 – pág. 701.

⁶ BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO: “El arbitraje en el derecho privado, situación internacional” Primera edición: 1963, Universidad Nacional Autónoma de México – pág. 48.

⁷ SCHÄFER, ERICK. “Elección y nombramiento de los Árbitros. Desde el punto de vista de las partes”, publicado en la Revista Peruana de Arbitraje N° 6/2008 – pág. 90 y 91.

condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias”.

- i.3.8. En virtud de los criterios doctrinarios y normativos indicados, debemos señalar que las exigencias y condiciones que debe cumplir un Árbitro pueden originarse del acuerdo de voluntades, las normas vigentes y/o la reglamentación de una Institución Arbitral, las cuales por acuerdo de las partes pueden ser incorporadas o comprendidas bajo el ámbito de un convenio arbitral. Una verificación del cumplimiento de dichas condiciones y exigencias no puede limitarse al contenido literal de la cláusula originaria, si es que no se considera también su objeto procesal y los efectos que la citada convención despliega en el proceso arbitral; por cuyo motivo, se podrán considerar las actuaciones y documentos que van integrando, modificando y/o complementando sucesivamente el acuerdo arbitral.
- i.4. Conforme a los criterios doctrinarios y normativos señalados, es necesario analizar los hechos que sustentan la recusación.
- i.5. Al respecto, se procede a detallar en forma resumida los fundamentos de la recusación formulada por la Entidad conforme a los argumentos que ha expuesto y que se han detallado líneas arriba, que básicamente se centran en los siguientes cuestionamientos:
 - i.5.1. A través de la **Resolución N° 04, de fecha 23 de junio de 2021, el Tribunal Arbitral requirió a la Entidad** cumplir con realizar depósitos a cuentas bancarias señaladas por el Contratista, **sin considerar** que dicha parte no cumplió con presentar las cartas fianzas según lo detallado en la Resolución, así como la contracautela con las características establecidas.
 - i.5.2. Mediante **Resolución N° 05 del cuaderno cautelar, de fecha 30 de junio de 2021, se concedió al Contratista un plazo superior al solicitado por dicha parte**, para que cumpla con lo dispuesto en el literal C) del primer punto resolutivo de la Resolución N° 03.
 - i.5.3. Según lo señalado en el **considerando 14 de la Resolución N° 10 del cuaderno cautelar, el Tribunal Arbitral condicionó el pedido de información y presentación de escritos en el proceso arbitral**—entendiéndose también el recurso de reconsideración **lo cual contradice lo pactado por las partes** en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc, en tanto, en dicha acta, las partes no pactaron condiciones previas para la presentación de escritos y/o recursos, **por lo que la referida restricción viola flagrantemente el derecho de acceso a la justicia, de efectividad de las resoluciones judiciales y de defensa de la Entidad**. En consideración a ello señalan que el tribunal arbitral no ha cumplido con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral con sujeción a la normatividad.
 - i.5.4. El hecho de que se **limite el derecho de defensa a la Entidad** conforme a lo precisado en el numeral precedente y el hecho de que **el tribunal arbitral acepte cartas fianzas sin verificar** si cumplen o no con las condiciones establecidas por el propio Colegiado y sin verificar en la página web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, evidenciarían un favorecimiento al Contratista y generaría dudas justificadas de la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral.



- i.5.5. De la simple lectura de la carta fianza presentada por el Contratista, se podían advertir observaciones: a) que no fue emitida por una entidad financiera autorizada para su emisión conforme a las normas de contrataciones del Estado; b) si la misma es por concepto de garantía de fiel cumplimiento o de contracautela; c) que la garantía no sea irrevocable, incondicionada, de ejecución inmediata, entre otros; y, que la Entidad que otorgó dicha fianza condiciona su ejecución a su presentación y prórrogas.
- i.5.6. La Entidad cumplió con comunicar que la citada fianza no cumplía con las condiciones previstas en las normas de contrataciones del Estado, **sin embargo, el tribunal arbitral emitió la Resolución N° 12, que otorga al Contratista un plazo** para que presente una carta fianza otorgada por una entidad facultada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, **sin disponer la cancelación de la medida cautelar y reconociendo que dicha parte no habría otorgado la fianza conforme lo ordenó el tribunal arbitral y le otorgó un plazo para que cumpla su obligación pese a que el Contratista no solicitó el mismo.**
- i.5.7. De **la Resolución N° 07 se observa que el tribunal arbitral tuvo por cumplidas las obligaciones a cargo del Contratista sin verificar en la página web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP o analizar la literalidad de la carta fianza,** lo cual evidencia la falta de diligencia del Colegiado, generando dudas de su independencia e imparcialidad **y restringe el derecho de la Entidad a la tutela jurisdiccional efectiva.** Además, **el tribunal arbitral no habría cumplido con resolver el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 07.**
- i.5.8. La cercanía del abogado del Contratista y los integrantes del Tribunal Arbitral (que la Entidad conocía pero no recusó), afecta la independencia e imparcialidad del Colegiado **quienes emiten decisiones en beneficio del Contratista sin que se encuentren debidamente motivadas, restringiendo derechos fundamentales de la Entidad.**
- i.5.9. La medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral es de naturaleza innovativa, por lo que su decisión se fundamenta el restablecimiento del status quo que existe desde el inicio de la controversia, **por lo que al concederla el Colegiado debía velar que el Contratista cumpla con presentar garantías bajo los términos señalados al momento de la suscripción del contrato.**
- i.6. Como se observa del numeral precedente (particularmente los puntos que se han resaltado y subrayado), prácticamente los aspectos que se atribuyen a los miembros del Tribunal Arbitral tienen relación con su actuación con motivo de la emisión de las Resoluciones N° 04, 05, 07, 10 y 12, cuestionando las decisiones adoptadas, sus alcances, criterios y motivación, alegando, entre otros aspectos, presuntos condicionamientos que el Tribunal Arbitral habría impuesto para formular pedidos o presentar escritos; cuestionando el razonamiento o criterio del Tribunal Arbitral al otorgar plazos adicionales y el criterio para aceptar una carta fianza que presuntamente no habría cumplido con requisitos legales y con lo establecido por el propio Colegiado; invocando la falta de diligencia de sus integrantes por aceptar dicha fianza sin la debida verificación; objetando la eventual omisión en dejar sin efecto la medida cautelar y el no pronunciarse sobre un recurso de reconsideración; cuestionando la supuesta emisión de decisiones a favor

del Contratista que no se encontrarían motivadas así como la presunta afectación de derechos fundamentales de la Entidad. Siendo ello así, resulta evidente que la recusación no es la vía idónea para tal fin.

- i.7. En efecto, es preciso considerar que los límites para la valoración del incumplimiento de los deberes arbitrales deben ser entendidos a luz de las restricciones establecidas por el marco normativo. En ese sentido, deberá tenerse presente lo dispuesto por el numeral 5) del artículo 29° de la Ley de Arbitraje, aplicable al presente caso, el cual establece que no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales, debiendo además señalar que de acuerdo con lo previsto en el numeral 2) del artículo 3° de la citada Ley de Arbitraje, los árbitros tienen plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
- i.8. En cualquier caso, las partes cuentan con los mecanismos que les habilita el arbitraje a efectos de impugnar u objetar aquellas decisiones que consideren adversas, contravienen el marco normativo o afectan sus derechos.
- i.9. A mayor abundamiento, cabe señalar que el Tribunal Constitucional⁸ ha dispuesto que el recurso de anulación constituye, por su propia finalidad, así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, “una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate⁹.”
- i.10. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje donde se señala que para los efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.
- i.11. En atención a todas las razones expuestas, considerando que la presente recusación tiene relación con cuestionamientos vinculados con las decisiones arbitrales del Tribunal Arbitral emitidas en el ejercicio de sus funciones, no se puede concluir que se ha corroborado un motivo para amparar la recusación por una presunta vulneración a los principios de independencia e imparcialidad o por un presunto incumplimiento de las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el Convenio Arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias.
- i.12. En tal sentido, la recusación debe declararse infundada;

Que, el literal l) del artículo 52° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, 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

⁸ El Tribunal Constitucional estableció precedente de observancia obligatoria con relación al arbitraje al resolver el caso seguido en el expediente Nro. 00142-2011-PA-TC.

⁹ Constitución Política del Perú, artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ... 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.



recusaciones sobre 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 de Presidencia Ejecutiva N° 205-2021-OSCE/PRE del 21 de diciembre de 2021, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de diciembre del 2021, se 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 por Decreto Legislativo N° 1017, modificada por la Ley N° 29873; su Reglamento, aprobado por 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; la Directiva N° 011-2020-OSCE/CD, Directiva de Servicios Arbitrales del OSCE, aprobada por la Resolución N° 178-2020-OSCE/PRE del 15 de diciembre de 2020 ; y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 136-2019-OSCE/PRE; y, con el visado de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **INFUNDADA** la solicitud de recusación formulada por la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Ayacucho contra los señores Alberto Montezuma Chirinos, Mario Ernesto Linares Jara y Luis Puglianini Guerra; atendiendo a las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución a las partes y a señores Alberto Montezuma Chirinos, Mario Ernesto Linares Jara y Luis Puglianini Guerra a través de su publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado-SEACE.

Artículo 3.- Publicar la presente Resolución en el Portal Institucional del OSCE (www.gob.pe/osce).

Artículo 4.- 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 de Presidencia Ejecutiva N° 205-2021-OSCE/PRE.

Regístrese y comuníquese.

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE
YEMINÁ EUNICE ARCE AZABACHE
Directora de Arbitraje