



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 027-2014-OSCE/PRE

Jesús María, 31 ENE. 2014

SUMILLA:

El OSCE no es competente para resolver solicitudes de recusación de árbitros cuando las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que en este aspecto les concede la normativa, han establecido un procedimiento de recusación distinto al señalado en el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, otorgando la competencia para su resolución a otra institución.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Sullana del 4 de setiembre y subsanada el 6 de setiembre de 2013 (Expediente de Recusación N° R47-2013); los escritos presentados por los árbitros Iván Galindo Tipacti y Leonila Catherine Bernabel Espinoza; y el Informe N° 92-2013-OSCE/DAA del 19 de noviembre de 2013 complementado con el Informe N° 107-2013-OSCE/DAA del 27 de diciembre de 2013 que contienen la opinión técnico - legal de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE;

CONSIDERANDO:

Que, el 19 de diciembre de 2012, la Municipalidad Provincial de Sullana (en adelante la "Entidad") y el Consorcio Ejecutores del Norte¹ (en adelante el "Contratista") suscribieron el Contrato N° 0117-2012/MPS-GAJ Contrato de Ejecución de Obra: "Mejoramiento del Servicio de Agua Potable en Loma de Teodomiro y Nueva Esperanza del Distrito y Provincia de Sullana-Piura" derivado de la Licitación Pública N° 010-2012/MPS-CE Primera Convocatoria, por el monto de S/18,350,897.61 (Dieciocho Millones Trescientos Cincuenta Mil Ochocientos Noventa y Siete con 61/100 Nuevos Soles);

Que, surgida la controversia entre la Entidad y el Contratista, con fecha 11 de abril de 2013, se llevó a cabo la instalación del Tribunal Arbitral conformado de la siguiente manera:

Tabla Nro. 1 Cuadro de Composición del Tribunal Arbitral Ad Hoc

Nombre	Tribunal Arbitral	Designación
Jesús Iván Galindo Tipacti	Presidente	Designado por los árbitros de parte
Leonila Catherine Bernabel Espinoza	Árbitra	Designada por el Contratista
Javier Martín Salazar Soplapuco	Árbitro	Designado por la Entidad

¹ Consorcio integrado por las empresas Corporación Ordóñez Contratistas Generales S.A.C., ALE Contratistas S.R.L. y Constructora de la Ingeniería S.A.



Que, con fecha 4 de setiembre de 2013, la Entidad formuló solicitud de recusación contra los árbitros Jesús Iván Galindo Tipacti y Leonila Catherine Bernabel Espinoza. Dicha solicitud fue subsanada con fecha 6 de setiembre de 2013;

Que, con fechas 16 y 18 de setiembre de 2013, a través de los Oficios N°s. 5570 y 5571-2013-OSCE/SAA se efectuó el traslado de la recusación a los árbitros Jesús Iván Galindo Tipacti y Leonila Catherine Bernabel Espinoza, respectivamente, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifiesten lo conveniente a su derecho. Lo propio se hizo respecto del Contratista con fecha 18 de setiembre de 2013, a través del Oficio N° 5572-2013-OSCE/SAA;

Que, con fecha 23 de setiembre, 3 de octubre y 17 de octubre de 2013, los árbitros Jesús Iván Galindo Tipacti, Leonila Catherine Bernabel Espinoza, así como el Contratista cumplieron con absolver el traslado de la recusación, respectivamente;

Que, con fecha 4 de diciembre de 2013, el árbitro Jesús Iván Galindo Tipacti comunicó su renuncia a la designación como árbitro integrante del Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias entre la Entidad y el Contratista;

Que, la recusación se sustenta en las dudas justificadas de la independencia e imparcialidad, de los árbitros Jesús Iván Galindo Tipacti y Leonila Catherine Bernabel Espinoza, según los siguientes fundamentos:

- 1 Con fecha 27 de diciembre de 2013, el Contratista solicitó adelanto directo a la Entidad presentando Carta Fianza N° 022-AD-12-2012-CACFG emitida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fianzas y Garantías Ltda., por la suma de S/3,670,179.40 (Tres Millones Seiscientos Setenta Mil Ciento Setenta y Nueve con 40/100 Nuevos Soles).
- 2 La Entidad solicitó información a la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP – SBS, así como al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE para que informen si la citada Cooperativa se encontraba autorizada para emitir Cartas Fianzas; recibiendo respuesta en sentido negativo por parte de las referidas instituciones públicas.
- 3 Ante los problemas derivados de la emisión de la Carta Fianza por la Cooperativa antes señalada, el Contratista interpuso demanda arbitral contra la Entidad para que ésta acepte la referida garantía, demanda que fue admitida por el Tribunal Arbitral con Resolución N° 01 de fecha 2 de mayo de 2013 y contestada por la Entidad, solicitando se declare infundada.
- 4 Con fecha 13 de agosto de 2013, la Entidad recibió la Resolución del Tribunal Arbitral emitida en mayoría (con el voto singular del árbitro Javier Martín Salazar Soplapuco) por la que se concede una medida cautelar solicitada por el Contratista disponiendo, entre otras cosas, que la Entidad acepte la Carta Fianza N° 022-AD-12-2012-CACFG emitida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fianzas y Garantías Ltda.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 027 - 2014 - OSCE/PRE

5 La decisión del Tribunal Arbitral en mayoría se fundamenta según su treceavo considerando en una sentencia judicial recaída en el expediente N° 17070-2011-0-1801-JR-CI-05 que habría declarado fundada una demanda interpuesta por la Cooperativa en mención contra el OSCE para que éste último la inscriba como institución autorizada para emitir cartas fianzas a favor de sus asociados en procesos de selección y contratos que suscriban con el Estado. Sin embargo, el voto singular del árbitro Javier Martín Salazar Soplapuco da cuenta de que el citado proceso judicial aún se encuentra para sentenciar.

6 Ante ello, la Entidad formuló reconsideración contra la Resolución del 13 de agosto de 2013, adoptada por el Tribunal Arbitral en mayoría, respecto de la cual aún no reciben respuesta. Tal decisión del colegiado contraviene los derechos constitucionales de la Entidad, las normas de contrataciones del Estado y las normas del sistema financiero.

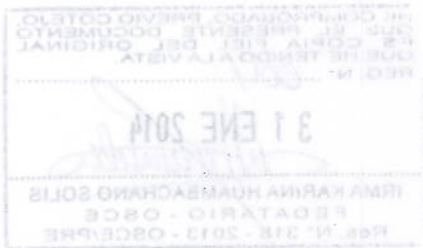
Que, los árbitros Jesús Iván Galindo Tipacti y Leonila Catherine Bernabel Espinoza, absolvieron el traslado de la recusación, en similares términos, planteando los siguientes argumentos:

- 1 Conforme a lo establecido en el numeral 18 de las reglas procesales establecidas en la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 11 de abril de 2013 corresponde resolver la presente recusación al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Peruana de la Construcción – CAPECO.
- 2 Sin perjuicio de lo indicado, la recusación formulada por la Entidad se sustenta en su disconformidad con una decisión del Colegiado en mayoría adoptada en el ejercicio de sus funciones, lo cual no puede motivar dicha objeción. Además, en fecha previa a la notificación con el presente procedimiento, el Tribunal Arbitral resolvió declarar fundado el recurso de reconsideración que interpusiera la Entidad contra el otorgamiento de la medida cautelar mediante Resolución del 20 de agosto de 2013.

Que, el Contratista ha absuelto el traslado de la recusación, planteando los siguientes argumentos:

- 1 Se ha producido la sustracción de la materia, teniendo en cuenta que con fecha 11 de setiembre de 2013, fueron notificados con la decisión del Tribunal Arbitral que declaró fundada la reconsideración de la Procuraduría Pública de la Entidad para que se deje sin efecto la medida cautelar que se otorgó al Contratista.
- 2 El OSCE no es competente para conocer la presente recusación considerando que el proceso de selección que originó el contrato objeto de controversia fue convocado el 12 de setiembre de 2012, debiendo considerarse lo establecido en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral.
- 3 La solicitud de recusación es improcedente porque desde que se notificó con la decisión cautelar a la Entidad, ésta tenía cinco (5) días para formular dicha solicitud,





sin embargo recién planteó su objeción con fecha 4 de setiembre de 2013.

- 4 La recusación además debe considerarse infundada pues procura cuestionar una decisión arbitral.

Que, el marco normativo aplicable para resolver la presente recusación, corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la "Ley")², su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante "el Reglamento"), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante "LA"), y el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE (en adelante el "Código de Ética");

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

- i) **Sobre si el OSCE resultaría o no competente para resolver la recusación formulada contra los árbitros Jesús Iván Galindo Tipacti y Leonila Catherine Bernabel Espinoza.**

- i.1) Con fecha 11 de abril de 2013, con la presencia del Tribunal Arbitral en pleno, la Procuraduría Pública de la Entidad y el representante del Contratista se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc, estableciendo la regla procesal N° 18) lo siguiente:

"RECUSACION DE ARBITROS

18. Las partes acuerdan que la recusación de un árbitro será resuelta por el Tribunal Arbitral. La parte que formula la recusación debe hacerlo dentro del plazo de cinco (05) días después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no se haya vencido el plazo probatorio. El Tribunal Arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el Presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Construcción – CAPECO.

Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Construcción – CAPECO; sin embargo, si el Presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a este resolver la recusación.

Si el Presidente es recusado resuelve el Centro de Arbitraje y Conciliación

² Es pertinente señalar, que el proceso de selección del cual deriva el Contrato N° 0117-2012/MPS-GAJ, esto es, la Licitación Pública N° 010-2012/MPS-CE Primera Convocatoria, se convocó el 12 de setiembre de 2012, antes de que entren en vigencia las modificaciones a las normas de contrataciones dispuestas por la Ley N° 29873 y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 027 - 2014 - OSCE/PRE

de la Construcción - CAPECO. Durante la sustentación de una recusación no se suspenderán las actuaciones arbitrales, salvo que el Tribunal Arbitral disponga lo contrario. En caso se declare fundada una recusación, o por cualquier motivo, para la designación de un árbitro sustituto se seguirá el mismo procedimiento del árbitro sustituido.

Siempre que se requiera designar a un nuevo árbitro, las actuaciones arbitrales se suspenderán hasta completar el Tribunal Arbitral".- (El subrayado es agregado).

i.2) Conforme puede observarse, por acuerdo expreso de las partes en la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, se estableció una previsión especial para que las recusaciones que se formulen por la misma causa contra más de un árbitro, sean resueltas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Construcción - CAPECO.

i.3) Por las razones expuestas, al existir una previsión especial respecto al procedimiento de recusación contra más de un árbitro y por la misma causa, según las reglas procesales del arbitraje previstas en la respectiva Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, el OSCE no es el órgano competente para resolver la recusación formulada, debiéndose, por consiguiente, declarar la improcedencia de dicha solicitud;

Que, no obstante lo indicado, debe señalarse que con fecha 4 de diciembre de 2013, con posterioridad a su absolución de descargos a la presente recusación, el árbitro Jesús Iván Galindo Tipacti ha formulado su renuncia al cargo, razón por la cual corresponde señalar que la última actuación procedimental llevada a cabo hasta el momento de la referida renuncia, lo constituye el Informe N° 92-2013-OSCE/DAA donde precisamente se concluía sobre la improcedencia de la recusación contra el citado profesional atendiendo a los argumentos expuestos en los considerandos precedentes;

Que, luego de lo expuesto, corresponde entender dicha renuncia a la luz de lo dispuesto en el artículo 29° de la Ley de Arbitraje, en cuyo inciso 5) se indica:

"Artículo 29°.- Procedimiento de recusación.

(...)

5. 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."

Que, en vista de la renuncia formulada por el árbitro recusado, debemos considerar que el caso de autos es un procedimiento administrativo regulado prima facie por las normas de contrataciones del Estado, y supletoriamente por las normas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. En ese sentido, debe tenerse





presente lo dispuesto en el artículo 186^o de la citada Ley, respecto a la conclusión de un procedimiento por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo;

Que, el inciso i) del artículo 58° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, concordante con el literal i) del artículo 5° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, modificado por Decreto Supremo N° 006-2014-EF, señala como una función del OSCE designar árbitros y resolver recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento de la citada Ley;

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

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

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de recusación formulada por la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Sullana contra la árbitra Leonila Catherine Bernabel Espinoza, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Declarar **CONCLUIDO** el procedimiento de recusación iniciado a solicitud de la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Sullana contra el árbitro Jesús Iván Galindo Tipactí, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Tercero.- Notificar la presente Resolución a las partes, así como a los árbitros recusados.

³ "Artículo 186°.- Fin del procedimiento

186.1 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 inciso 4) del artículo 188, 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.

186.2 También pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo." (El resaltado es nuestro)



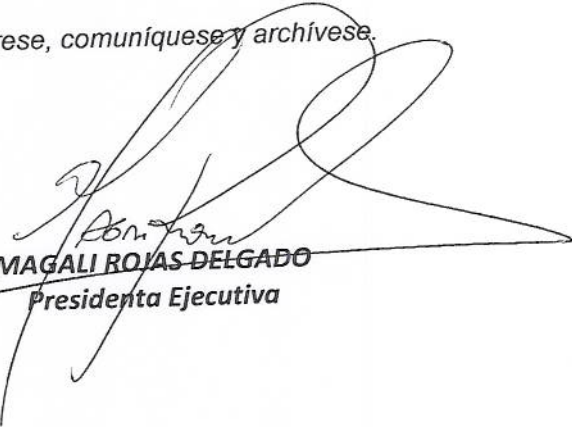
Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 024 - 2014 - OSCE/PRE

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

Regístrese, comuníquese y archívese.




MAGALI ROJAS DELGADO
Presidenta Ejecutiva

