

**Resolución N° 309-2011-OSCE/PRE**

Jesús María, 16 MAYO 2011

VISTOS:

La solicitud de recusación contra todos los miembros del Tribunal Arbitral, formulada el 3 de agosto de 2010, por el Consorcio Carhuamayo, integrado por Guevara Santillán Ingenieros SRL y Serconsult SA., en el proceso arbitral seguido contra el Gobierno Regional de Junín, signada con el número de expediente R.037-2010;

El escrito s/n presentado el 10 de noviembre de 2010 por el recusado Fidel Gregorio Quevedo Cajo; el escrito s/n presentado el 12 de noviembre de 2010 por el recusado Marco Antonio Gutarra Baltazar; y el escrito s/n presentado el 20 de noviembre de 2010 por el recusado Walther Pedro Astete Núñez

El escrito s/n presentado el 12 de noviembre de 2010, por el Gobierno Regional de Junín;

El Informe N° 037-2011-OSCE/DAA, emitido con fecha 9 de mayo de 2011;

CONSIDERANDO:

Que, el 19 de noviembre de 2009, el Consorcio Carhuamayo, integrado por Guevara Santillán Ingenieros SRL y Serconsult SA., en adelante el Consorcio, y el Gobierno Regional de Junín, en adelante la Entidad, suscribieron el Contrato N° 695-2009-GRJ/GGR, derivado del Concurso Público N° 002-2009-GRJ/CE, Primera Convocatoria, para la Consultoría de Obra para la Supervisión de la Obra "Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de la Ciudad de Carhuamayo";

Que, con fecha 22 de julio de 2010, en la sede institucional del OSCE, se instaló el Tribunal Arbitral, con la ausencia del árbitro Marco Antonio Gutarra Baltazar y la participación tanto del Consorcio como de la Entidad;

Que, el 3 de agosto de 2010, el Consorcio interpone recusación ante el OSCE, contra el Tribunal Arbitral, conformado por los abogados, Walther Pedro Astete Núñez, en su condición de Presidente del Tribunal Arbitral, Fidel Gregorio Quevedo Cajo, y Marco Antonio Gutarra Baltazar, la misma que fue comunicada a los recusados como a la Entidad, mediante Oficios N° 7876, 7874, 7875, y 7877-2010-DAA/OSCE, respectivamente;

Que, el 10 de noviembre de 2010, el recusado Fidel Gregorio Quevedo Cajo, absuelve el traslado de la recusación, haciendo de conocimiento del OSCE que el 11 de octubre de 2010, presentó su renuncia irrevocable al encargo de árbitro;

Que, el 12 de noviembre de 2010, el recusado Marco Antonio Gutarra Baltazar, absuelve el traslado de la recusación, según los fundamentos que expone;

Que, el 20 de noviembre de 2010, el recusado Walther Pedro Astete Núñez, absuelve el traslado de la recusación, según los fundamentos que expone;

Que, asimismo, el 12 de noviembre de 2010, la Entidad, absuelve el traslado de la



recusación, según los fundamentos que expone;

Que, debe señalarse que el marco normativo vinculado al presente arbitraje, de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación N° 124-2010-AH/OSCE de 22 de julio de 2010, es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento, y el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, en adelante, el Decreto Legislativo;

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226º del Reglamento, el OSCE es competente para resolver la presente recusación;

Que, el Consorcio interpone recusación con fecha 3 de agosto de 2010, contra los miembros del Tribunal Arbitral, para tal efecto, refiere como sustentos que el árbitro Walther Pedro Astete Núñez, y los Co – árbitros Fidel Gregorio Quevedo Cajo y Marco Antonio Gutarra Baltazar, habrían intentado instalar el Tribunal Arbitral en la ciudad de Huancayo, lo que considera una causal que genera dudas sobre la imparcialidad e independencia del Tribunal Arbitral;

Que, asimismo refiere que el árbitro Walther Pedro Astete Núñez en su carta de aceptación, no habría revelado que formó parte de un Tribunal Arbitral en el proceso arbitral seguido por el Consorcio Aguas del Mantaro (integrado por Guevara Santillán Ingenieros SRL, y Serconsult SA.) contra el Gobierno Regional de Junín, en su condición de árbitro designado por la Entidad;

Que, el Consorcio manifiesta que “podría darse la parcialidad hacia el Gobierno [Regional] de Junín por el presidente arbitral [sic] Dr. Walter [sic] Pedro Astete Núñez, pues él fue designado árbitro de parte del Gobierno de Junín para dilucidar las controversias entre Consorcio Aguas del Mantaro (...) y el Gobierno [Regional] de Junín y esas mismas empresas y Entidad son partse [sic] de este proceso arbitral donde él es el presidente arbitral; también existió por parte del presidente un marcado interés para instalar el tribunal en Huancayo desviando el procedimiento del Reglamento de Contrataciones del Estado y sin legitimación para ese acto”;

Que, en cuanto al abogado Marco Antonio Gutarra Baltazar, el Consorcio señala que el recusado comunicó su aceptación fuera del plazo establecido en el Reglamento, en tanto la designación fue realizada con carta de 12 de febrero de 2010, mientras que su aceptación fue realizada el 10 de marzo de 2010. Del mismo modo, al haber acordado conjuntamente con sus Co-árbitros instalar el Tribunal Arbitral en la ciudad de Huancayo, habría afectado lo establecido en el Reglamento;

Que, finalmente, en cuanto al abogado Fidel Gregorio Quevedo Cajo, manifiesta que éste, al no oponerse a llevar a cabo la instalación del Tribunal Arbitral en la ciudad de Huancayo, conjuntamente con sus Co-árbitros habría afectado el procedimiento establecido en el Reglamento en cuanto a la instalación;

Que, el 10 de noviembre de 2010, el recusado Fidel Gregorio Quevedo Cajo, absuelve el traslado de la recusación, haciendo de conocimiento del OSCE que el 11 de octubre de 2010, presentó su renuncia irrevocable al encargo de árbitro. El recusado manifiesta que a la fecha de presentación de su carta de renuncia desconocía el escrito de recusación;

Que, señala que carece de objeto absolver el traslado de la recusación por cuanto por propia decisión ya no forma parte del Tribunal Arbitral. Sin embargo, señala que en ningún momento “aceptó la instalación del Tribunal en la ciudad de Huancayo, razón por la cual se hizo la convocatoria para instalarlo en Lima en la sede de OSCE, como en efecto ocurrió en la fecha que se indica en el escrito de recusación”;



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

81

Que, el 12 de noviembre de 2010, el recusado Marco Antonio Gutarra Baltazar, absuelve el traslado de la recusación, y manifiesta que si bien no cumplió con el plazo establecido por la norma respecto de la aceptación de la designación de árbitro para integrar el Tribunal Arbitral, este hecho no estaría contemplado como causal de recusación. Asimismo, señala que posteriormente, a través de la Carta de aceptación de fecha 10 de marzo de 2010, subsanó haber omitido contestar sin que ninguna de las partes planteara observación alguna;

Que, en cuanto al incumplimiento del Reglamento para instalar el Tribunal Arbitral en la ciudad de Huancayo, el recusado señala que este hecho tampoco se encuentra contemplado como causal de recusación, pues la Directiva N° 003-2005/CONSUCODE/PRE establece la posibilidad en los arbitrajes Ad Hoc de que éstos sean instalados fuera de la ciudad de Lima;

Que, el 20 de noviembre de 2010, el recusado Walther Pedro Astete Núñez, absuelve el traslado de la recusación, y señala como argumentos de descargo que, en principio, la instalación en la ciudad de Huancayo no habría representado ningún indicio de parcialidad, pues se encuentra permitida por ley; más aún si se tiene en cuenta que dos (2) de los árbitros residen en dicha ciudad;

Que, asimismo, señala que conforme se advierte del numeral 2 del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, de fecha 22 de julio de 2010, en la referida audiencia las partes expresaron que no tenían cuestionamiento alguno respecto del Tribunal Arbitral;

Que, finalmente, señala que la recusación presentada debe ser declarada improcedente por extemporánea, dado que, tal y como el propio recusante lo indica, tomó conocimiento de su designación mucho antes de llevada a cabo la Audiencia de Instalación, en el momento en que fue comunicada su designación como presidente, el 13 de abril de 2010;

Que, de otro lado, el 12 de noviembre de 2010, la Entidad, absuelve el traslado de la recusación, y respecto de la intención de instalar en la ciudad de Huancayo, señala que el recusado Walther Pedro Astete Núñez, habría incurrido en un error tipográfico al invitar a ambas partes a una "sesión de instalación de arbitraje único" en la ciudad de Huancayo. Manifiesta que este "error tipográfico" no debe ser entendido como una causal de recusación, dado que nunca se hizo efectiva la referida instalación; muy por el contrario, a partir de este hecho, la Entidad solicitó al OSCE que de acuerdo a ley, lleve a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral. Expresa finalmente que a esta convocatoria asistieron ambas partes, sin expresión alguna de desacuerdo o disconformidad respecto de la designación o instalación de los miembros del Tribunal;

Que, del mismo modo, la Entidad afirma que el recusante en el numeral 7 de su escrito de recusación, miente al señalar que recién ha tomado conocimiento de la instalación del Tribunal Arbitral al comunicarse con su abogada, dado que en el Acta de la Audiencia de Instalación consta su firma;

Que, corresponde al OSCE determinar si los hechos expuestos por el recusante, constituirían una causal que genera duda sobre la imparcialidad e independencia de los miembros del Tribunal Arbitral;

Que, respecto los hechos expuestos contra el abogado Fidel Gregorio Quevedo Cajo, corresponde que la presente recusación sea declarada improcedente en este extremo, por sustracción de la materia, dado que el recusado mediante escrito presentado el 10 de noviembre de 2010, hizo de conocimiento del OSCE su renuncia al cargo de Árbitro;

Que, en cuanto a los hechos expuestos contra el abogado Marco Antonio Gutarra Baltazar, se debe señalar que el transcurso del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes de haber sido comunicada la designación de árbitro, sin que ésta sea contestada afirmativamente, de acuerdo con

lo establecido en el Artículo 223º del Reglamento¹, no constituye causal de recusación. Las causales de recusación se encuentran expresamente establecidas en el Artículo 225º de la norma citada; el mismo establece que los árbitros podrán ser recusados:

- Cuando se encuentren impedidos conforme el artículo 221 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 224.
- Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias.
- Cuando existan 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.

Que, el hecho que un árbitro designado no comunice su aceptación dentro del plazo de cinco (5) días, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento, supone la no aceptación al ejercicio del encargo, y faculta a la parte que lo designó a realizar una nueva designación dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Si este nuevo árbitro designado no acepta el encargo, la otra parte podrá solicitar la designación del árbitro ante el OSCE, sustentando su pedido sobre la base de la documentación correspondiente (Artículo 223º). En ese sentido, en el primer supuesto, corresponde a la parte que designó al árbitro decidir si la no aceptación del encargo, o la aceptación realizada fuera del plazo contemplado en el Reglamento, debe ser entendida como una negación a la designación y, por tanto, a ella le corresponde decidir si elige a un nuevo árbitro; o si el contrario considera esta aceptación tardía como válida; esta atribución es exclusiva de la parte que designó al árbitro y no le corresponde a la otra parte;

Que, asimismo, si se estuviera en el segundo supuesto, y el nuevo árbitro designado no acepta o no comunica su aceptación en el plazo de cinco (5) días hábiles, corresponde a la otra parte solicitar al OSCE que designe al árbitro en defecto de parte, sustentando tal pedido en los hechos ocurridos con la documentación correspondiente;

Que, en tal sentido, luego de ocurrido lo indicado, la otra parte, en el ejercicio de su derecho de ejecución del convenio arbitral como parte signataria del mismo, debió solicitar al OSCE la designación del árbitro de parte. No haber advertido la ocurrencia de estos supuestos, en atención de lo establecido en el Artículo 11º del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, supone la renuncia a objetar de las actuaciones arbitrales por tales circunstancias, incluido el procedimiento de designación realizado; más aún si en el Acta de Instalación las partes declaran expresamente no tener cuestionamiento alguno respecto del Tribunal Arbitral, y la suscriben manifestando que la colocación de sus firmas es realizada en señal de aceptación y conformidad;

Que, en cuanto a los hechos expuestos contra el abogado Walther Pedro Astete Núñez, referidos, a la improcedencia de la recusación por haber sido presentada de manera extemporánea, se debe señalar que la misma, si bien ha sido presentada habiéndose superado en exceso el plazo de cinco (5) días desde la aceptación de cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral, dado que el recusante ha considerado como causal de recusación la referida al intento de llevar a cabo la audiencia de instalación en la ciudad de Lima, corresponde analizar el fondo de los argumentos expuestos;

¹ Artículo 223.- Aceptación de los Árbitros

En caso las partes no se hayan sometido a arbitraje institucional o cuando no hayan pactado respecto de la aceptación de los árbitros en un arbitraje ad hoc, cada árbitro, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haber sido comunicado con su designación, deberá dar a conocer su aceptación por escrito a la parte que lo designó, la misma que deberá de poner en conocimiento de la contraria la correspondiente aceptación del árbitro.

Si en el plazo establecido, el árbitro no comunica su aceptación, se presume que no acepta ejercer el cargo, con lo que queda expedito el derecho de la parte que lo designó para designar un nuevo árbitro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Si el nuevo árbitro no acepta o no comunica su aceptación en el plazo de cinco (5) días hábiles, la otra parte podrá solicitar la designación del árbitro ante el OSCE, sustentando su pedido sobre la base de la documentación correspondiente.

Los árbitros están sujetos a las reglas de ética que apruebe el OSCE así como a las normas sobre responsabilidad civil y penal establecidas en la legislación sobre la materia.



PERÚ

Ministerio de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Que, en ese sentido, respecto a los hechos referidos al intento de llevar a cabo la Audiencia de Instalación en la ciudad de Huancayo, considerado por el recusante como un indicio de parcialidad, o un acto ilegal; debe señalarse que si bien en el Artículo 227º del Reglamento², se establece que luego de comunicada la aceptación de los árbitros cualquiera de las partes deberá solicitar al OSCE la instalación dentro del plazo de cinco (5) días siguientes a la referida aceptación según corresponda, de ninguna manera ello supone que es exclusiva potestad del OSCE llevar a cabo la audiencia de instalación; ni la Ley, ni el Reglamento han considerado este supuesto, que insoslayablemente afecta la libertad de regulación de las actuaciones arbitrales, reconocida en el Artículo 34º del Decreto Legislativo Nº 10713, que norma el arbitraje;

Que, de acuerdo con lo establecido en el citado Artículo 34º, de no existir disposición expresa aplicable respecto de cualquier actuación, son las partes las que pueden determinar libremente las reglas a las que se sujetará el Tribunal Arbitral en sus actuaciones. De acuerdo con la norma citada, "A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso". Dentro de éstas podrían considerarse v.gr. las referidas al lugar donde debe ejecutarse el contrato, o al lugar donde cualquier controversia ocurrida en su ejecución deberá ser resuelta, sea por aspectos técnicos, o cuestiones de economía procesal, siempre que ello no afecte a ninguna de las partes ni limite el ejercicio de sus derechos;

Que, consideramos relevante señalar que no toda decisión adoptada por un Tribunal Arbitral antes de ocurrida la Audiencia de Instalación, o luego de realizada, debe ser considerada arbitraria o perjudicial a los derechos de las partes, ni suponer que por sí misma ella implica la afectación de la independencia e imparcialidad del Tribunal Arbitral; ello implica a su vez la decisión de un Tribunal Arbitral de llevar a cabo la audiencia con la presencia de la totalidad de sus miembros o solo algunos; siempre que este hecho conste en la correspondiente Acta de Instalación. La Audiencia de Instalación constituye una actuación arbitral de carácter formal mediante la cual, a instancia del Tribunal Arbitral, o de la institución encargada de la administración y organización del proceso (de todas o una sola de las actuaciones), se determinan las reglas a las cuales se sujetará el Tribunal Arbitral y las partes, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 34º del Decreto Legislativo Nº 1071, que norma el arbitraje;

Que, en cuanto al incumplimiento del deber de revelación del árbitro Walther Pedro Astete Núñez, quien no habría declarado en su carta de aceptación que formó parte del Tribunal Arbitral encargado de resolver el arbitraje seguido por el Consorcio Aguas del Mantaro (integrado por Guevara Santillán Ingenieros SRL., y Serconsult SA.) contra el Gobierno Regional de Junín, en condición de árbitro designado por la Entidad; cabe señalar que, en efecto, conforme a lo establecido en el inciso 1 del Artículo 28º del Decreto Legislativo Nº 1071, que norma el arbitraje, "la persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia";

Que, según la doctrina el deber de revelación del árbitro, y su correcto cumplimiento, permite cumplir con un doble propósito, por un lado respetar la voluntad de quienes acuden al arbitraje y de otro lado proteger al futuro laudo,⁴ pues refuerza la confianza de las partes en

² Artículo 227.- Instalación

Salvo que las partes se hayan sometido a un arbitraje institucional, una vez que los árbitros hayan aceptado sus cargos, cualquiera de las partes deberá solicitar al OSCE, la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral, dentro de los cinco (5) días siguientes a la aceptación de estos, según corresponda. La instalación del árbitro único o del tribunal arbitral suspende el procedimiento administrativo sancionador que se haya iniciado por la materia controvertida. Dicha suspensión continuará durante el desarrollo del proceso arbitral y únicamente podrá ser levantada cuando dicho proceso concluya con el laudo debidamente consentido o sea declarado archivado por el árbitro o tribunal arbitral, según corresponda.

³ Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral
4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

⁴ Alonso, José María (2007) Los Árbitros: Selección, Recusación y Reemplazo. En: THEMIS 53, Lima, p.165



conflicto que decidieron el sometimiento al arbitraje. Sin embargo, lo establecido en la norma, de ninguna manera implica la revelación de "cualquier" hecho o "todos" los hechos, sino únicamente aquellos que puedan afectar la imparcialidad e independencia del árbitro. En ese sentido, debe entenderse que los hechos a los que se refiere la norma serán aquellos desconocidos por las partes;

Que, en el caso particular de los hechos referidos por el recusante, la noticia de que el recusado formó parte de un Tribunal Arbitral, como árbitro designado por la Entidad, debe ser considerada un hecho ya conocido por aquél, respecto del cual no existía la obligación de revelar;

Que, en ese sentido, ninguno de los hechos expuestos por el recusante constituyen causal de recusación, ni causas que hayan generado dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia del Tribunal Arbitral, por lo que corresponde que la recusación planteada sea declarada infundada;

Que, estando a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, y su Reglamento;

En uso de la atribución conferida en el numeral 21) del Artículo 10° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2009-EF;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar improcedente la recusación formulada por el Consorcio Carhuamayo, contra el árbitro Fidel Gregorio Quevedo Cajo, por sustracción de la materia.

Artículo Segundo.- Declarar infundada la recusación formulada por el Consorcio Carhuamayo, contra los árbitros Walther Pedro Astete Núñez y Marco Antonio Gutarra Baltazar, por los hechos y fundamentos expuestos.

Artículo Tercero.- Notificar la presente resolución al Consorcio Carhuamayo, y a los abogados, Walther Pedro Astete Núñez, Fidel Gregorio Quevedo Cajo, y Marco Antonio Gutarra Baltazar.

Artículo Cuarto.- La presente resolución agota la vía administrativa, siendo definitiva e inimpugnable, y deberá ser publicada en el portal institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado: www.osce.gob.pe.

Regístrese, comuníquese y archívese.



CARLOS AUGUSTO SALAZAR ROMERO
Presidente Ejecutivo

