



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247-2019-OSCE/DAR

Jesús María,

16 DIC. 2019

SUMILLA:

En un procedimiento de recusación contra un árbitro motivado por una indagación o investigación penal en su contra, lo importante no es probar los hechos investigados ni las imputaciones formuladas (atribución reservada a las autoridades competentes) ni tampoco definir la responsabilidad penal del imputado (a quien le asiste la garantía de la presunción de inocencia), sino que lo fundamental es constatar la relevancia y razonabilidad de circunstancias que llevan a generar dudas justificadas de independencia e imparcialidad del árbitro recusado en relación al caso concreto que le corresponde resolver

VISTOS:

Las solicitudes de recusación formuladas por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con fecha 30 de octubre de 2019 (Expedientes de Recusación N° R0065 y R66-2019); y, el Informe N° D000418-2019-OSCE-SDAA de fecha 11 de diciembre de 2019 que contiene la opinión técnico - legal de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 25 de noviembre de 2015, el Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos del 2019 (en adelante, la "Entidad") y el Consorcio San Isidro¹ (en adelante, el "Contratista") suscribieron el Contrato de Consultoría N° 001-2015-MINEDU/PEJP-2019-DE para la prestación del servicio de consultoría "Elaboración del Estudio de Pre Inversión y Estudios Definitivos del Proyecto de Instalación del Servicio Deportivo de Alta Competencia de Gimnasia en el Malecón Pérez Aranibar, Distrito de San Isidro-Lima", derivado del Proceso Especial N° 001-2015-OEI-PEJP 2019;

Que, surgida la controversia derivada de la ejecución del citado Contrato, con fecha 08 de setiembre de 2019 se instaló el Tribunal Arbitral encargado de conducir el arbitraje, conformado por los señores Fernando Cantuarias Salaverry, en calidad de Presidente de

¹ Consorcio conformado por las empresas: Instituto de Consultoría S.A. y PROES Consultores S.A. Sucursal del Perú



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

Tribunal Arbitral, Leonardo Chang Valderas y Marcos Ricardo Espinoza Rimachi, en calidad de árbitros;

Que, con fecha 30 de octubre de 2019, la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones² formuló ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante el "OSCE) recusación contra el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry. Dicha solicitud fue subsanada con fecha 5 de noviembre de 2019 (Expediente R65-2019);

Que, con fecha 30 de octubre de 2019, la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones formuló ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante el "OSCE) recusación contra el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry. Dicha solicitud fue subsanada con fecha 5 de noviembre de 2019 (Expediente R66-2019)

Que, con fecha 11 de noviembre de 2019, mediante los Oficios N°s D002271 y D002272-2019-OSCE/DAR-SDAA, notificados el 11 de noviembre de 2019, la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales (en adelante la "SDAA") efectuó el traslado de la recusación al árbitro recusado y al Contratista, respectivamente, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifiesten lo conveniente a su derecho (expediente R65-2019);

Que, mediante los Oficios N°s D002273 y D002274-2019-OSCE/DAR-SDAA, la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales (en adelante la "SDAA") efectuó el traslado de la recusación al árbitro recusado y al Contratista, respectivamente, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifiesten lo conveniente a su derecho (expediente R66-2019);

Que, pese a encontrarse notificados el señor Fernando Cantuarias Salaverry y el Contratista no han absuelto el traslado de las recusaciones formuladas;

Que, las recusaciones presentadas por la Entidad se sustentan en la presunta existencia de circunstancias que generan dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del señor Fernando Cantuarias Salaverry así como el presunto incumplimiento de deber de revelación, de acuerdo con los siguientes fundamentos:

- 1) A través de la Disposición N° 31 la Fiscalía Supraprovincial Corporativa

² Debe precisarse que si bien en la solicitud de recusación, la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones hace referencia que actúa en representación de Provias Nacional, sin embargo, por lo expuesto en el segundo otrosídigo de su propio escrito de recusación y por los documentos que presenta como medios probatorios (entre otros, carta de aceptación del árbitro recusado, contrato objeto de controversia y acta de instalación), es notorio que la recusación se formula considerando como entidad al Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos del 2019 tal como se consigna en el contrato objeto de controversia.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios – Equipo Especial en el marco de la formalización y continuación de la investigación preparatoria solicitó la medida coercitiva de prisión preventiva contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry por presuntamente haber favorecido en calidad de árbitro a la empresa Odebrecht con la emisión de laudos arbitrales.

- 2) *El requerimiento de prisión preventiva se produjo luego de que el Fiscal del Equipo Especial evidenciara que el árbitro recusado se encontraría incurso en los siguientes delitos:*
- a) *Presunto delito de cohecho pasivo específico de acuerdo al segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal pues habría solicitado indirectamente a Odebrecht un soborno indirecto a través del elevado honorario arbitral recibiendo un total de S/.288,888.64 Soles cuando debió cobrar la suma de S/.182,954.16 Soles.*
 - b) *Presunto delito de colusión agravada de acuerdo a lo sancionado por el segundo párrafo del artículo 384 y el artículo 386 del Código Penal pues habría intervenido directamente en su condición de árbitro concertando con sus co árbitros con el objeto de defraudar al Estado peruano.*
 - c) *Presunto delito de asociación ilícita para delinquir agravada, sancionado con el primer y segundo párrafo, literal a) del artículo 317 del Código Penal pues habría promovido las actividades ilícitas de la organización criminal Odebrecht.*
 - d) *Presunto delito de lavado de activos previsto en el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1106 pues habría recibido de Odebrecht la cantidad S/.105,934.69 Soles provenientes de sobornos por el proceso arbitral Ad Hoc N° 32-2012/MARC, dinero que habría sido convertido y/o transferido para evitar la identificación ilícita e incautación.*
- 3) *Conforme a lo indicado, señalan que se advertirían suficientes elementos de convicción para presumir que el referido árbitro se encontraría incurso en los delitos contra la Administración Pública, Cohecho Pasivo Específico y otros contra el Estado Peruano.*
- 4) *Por otro lado, señalan que el 23 de octubre de 2019 la Entidad tomó conocimiento que el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Poder Judicial dictó 18 meses de impedimento de salida del país contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry, por presuntamente haber favorecido a la empresa Odebrecht con laudos arbitrales.*
- 5) *Dicha solicitud de impedimento fue solicitado por el Ministerio Público al haber*





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

tomado conocimiento a través de la Policía Nacional del Perú que el árbitro recusado habría comprado un vuelo con destino a la ciudad de Guayaquil programado para el miércoles 23 de octubre de 2019, por lo que dicha medida fue otorgada para asegurar la presencia del investigado durante el desarrollo del proceso al igual que la medida coercitiva de prisión preventiva.

- 6) Exponen que el señor Fernando Cantuarias Salaverry a través de su abogado se allanó a la medida requerida por el Ministerio Público lo que es equivalente a aceptar los términos sobre la cual fue requerida la misma.
- 7) Señalan que pese a que el pedido de prisión preventiva se solicitó el 18 de octubre de 2019 y que la medida coercitiva de impedimento de salida se ha dictado el 23 de noviembre de ese mismo año, hasta la fecha el señor Fernando Cantuarias Salaverry no cumplió con efectuar su revelación.
- 8) Anteriormente, la Entidad inició dos (2) procedimientos de recusación (con fechas 11 de mayo de 2018 y 13 de febrero de 2019) contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry los cuales fueron declaradas infundados considerando que no se habrían aportado elementos probatorios y determinantes que permitan brindar garantías de su certeza y relevancia respecto a la investigación fiscal seguida contra el árbitro recusado; sin embargo, la presente recusación se funda en nuevos elementos de convicción que hacen presumir que el citado profesional se encontraría incurso en los delitos contra la Administración Pública, Cohecho Pasivo Específico y otros con el Estado Peruano, que conllevaron a que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva así como el impedimento de salida;

Que, sobre la acumulación de procedimientos administrativos:

- 1) Conforme se observa de los antecedentes, la Entidad inició ante el OSCE dos (2) procedimientos administrativos de recusación (Expedientes N°s R65 y 66-2019) contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry, integrante del Tribunal Arbitral encargado de resolver controversias derivadas de una misma relación contractual (Contrato de Consultoría N° 001-2015-MINEDU/PEJP-2019-DE del 25 de noviembre de 2015).
- 2) En ambos procedimientos contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry, se exponen los mismos motivos de recusación.
- 3) Teniendo en cuenta que los procedimientos administrativos señalados guardan conexión, es necesario proceder con su acumulación conforme lo señala el artículo 160 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

Administrativo General³;

Que, debemos señalar que el marco normativo vinculado al arbitraje de donde deriva la presente recusación corresponde a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 modificada por la Ley N° 29873 (en adelante, la "Ley"); su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF 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, "Ley de Arbitraje"), 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, los aspectos relevantes de la recusación son los siguientes:

- i) **Si los hechos expuestos por el Ministerio Público respecto del señor Fernando Cantuarias Salaverry en el marco de la formalización y continuación de investigación preparatoria que se le sigue por un presunto favorecimiento a la empresa Odebrecht con el subsecuente pedido de prisión preventiva así como el hecho de que el Poder Judicial haya dispuesto el impedimento de salida del país contra el citado abogado; generan dudas justificadas de su independencia e imparcialidad.**

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 del árbitro recusado, cabe delimitar los alcances de dichos conceptos en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.

i.2 JOSE MARÍA ALONSO ha señalado lo siguiente:

Hay mucho escrito sobre el significado de cada uno de estos dos términos, 'independencia' e 'imparcialidad', en el contexto del arbitraje internacional. Frecuentemente se ha entendido que la 'independencia' es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la 'imparcialidad' apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea (Alonso, 2006: 98)⁴.

i.3 Del mismo modo, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, expresa:

³ Artículo 160°.- 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.

⁴ MARÍA ALONSO, JOSÉ: Revista Peruana de Arbitraje – Tomo 2-2006; pág. 98- Editorial Jurídica Grijley.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

(...) 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 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 (...) (Fernández, 2010)⁵.



- i.4 Asimismo, el artículo 224º del Reglamento precisa que: “Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales (...)”. Asimismo, 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.5 Conforme a los criterios doctrinarios y normativos señalados, es necesario analizar los hechos que sustentan la recusación para lo cual debe considerarse lo siguiente:
- i.5.1 En principio, es importante hacer referencia al antecedente que señala el recusante sobre dos anteriores recusaciones que se formuló contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry:

⁵ 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-actividad-arbitral.html>.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

- i.5.1.1 **Con fecha 11 de mayo de 2018**, la Entidad formuló recusación contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry (Expediente de Recusación N°047 -2018 que obra ante el OSCE), en el marco de otro proceso arbitral seguido entre el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional-PROVIAS NACIONAL y el Consorcio Vial Trujillo, sustentada, entre otros hechos, en la existencia de una investigación fiscal donde estaba comprendido el referido profesional por presuntos actos de corrupción en arbitrajes donde participaba Odebrecht.
- i.5.1.2 La referida recusación fue desestimada mediante Resolución N° 202-2018-OSCE/DAR de fecha 16 de noviembre de 2018 en atención a que, entre otros aspectos, se advirtió que la investigación al árbitro recusado se encontraba en etapa de investigación preliminar, es decir, se estarían recabando elementos e indicios destinados a determinar su delictuosidad y asegurar los elementos de su comisión; además, que no se encontraron elementos probatorios que demuestren que el recusado a la fecha de la interposición de la referida recusación conocía los hechos que motivaron el inicio de la investigación mencionada, ni se encontró documentación que demuestre que haya incurrido en infracción a su deber de revelación.
- i.5.1.3 **Con fecha 13 de febrero de 2019**, la Procuraduría Pública a cargo de la defensa jurídica de la Entidad formuló recusación contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry (Expediente de Recusación N°009 -2019 que obra ante el OSCE), en el marco del proceso arbitral seguido entre el Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos del 2019 y el Contratista, sustentada, entre otros hechos, en el allanamiento y otorgamiento de medida cautelar de inamovilidad de inmuebles del árbitro recusado en el marco de la investigación fiscal del caso Odebrecht (mencionada en el numeral i.5.1.1) conforme a diferentes reportes periodísticos.
- i.5.1.4 La recusación indicada en el numeral precedente también fue desestimada mediante Resolución N° 157-2019-OSCE/DAR de fecha 23 de agosto de 2019 en atención a que, entre otros aspectos y al igual que en el caso anterior, se trataba de la misma investigación que continuaba en fase preliminar en cuyo contexto se habrían otorgado medidas instrumentales de allanamiento y cautelares; y que no existían nuevos hechos o elementos probatorios y/o formales que sustentaban tales medidas más que reportes periodísticos.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

i.5.2 *Sobre ese punto, la Entidad señala que en comparación con las anteriores recusaciones, en el presente caso existen nuevos elementos de convicción que agudizan las dudas justificadas y razonables de independencia e imparcialidad del señor Fernando Cantuarias Salaverry; considerando lo siguiente:*

- a) *El árbitro recusado se encontraría inmerso en presuntos delitos contra la Administración Pública en el marco de una formalización y continuación de investigación preparatoria fiscal que ha llevado que el Ministerio Público solicite 36 meses de prisión preventiva.*
- b) *El Poder Judicial ha impuesto impedimento de salida del país contra el árbitro recusado por el plazo de 18 meses.*

i.5.3 *Sobre el particular, se observa que la presente solicitud de recusación ha adjuntado como medio probatorio la Disposición N° 31 del 18 de octubre de 2019 emitida por la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios – Equipo Especial – Tercer Despacho (fs. 21-91 del expediente de recusación), de cuyo contenido se observa lo siguiente:*

i.5.3.1 *Se declara compleja la investigación preparatoria por investigación de organización criminal y por vinculación de personas y/o promoción de acciones ilícitas de dicha Organización (Odebrecht).*

i.5.3.2 *Se dispone formalizar y continuar con la investigatoria preparatoria (por 36 meses), entre otros, contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry por la presunta comisión de delitos de cohecho pasivo específico, colusión agravada, asociación ilícita agravada y lavado de activos.*

i.5.3.3 *Se requerirá medida coercitiva de prisión preventiva, entre otros, contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry.*

i.5.4 *A diferencia de los dos (2) casos de recusaciones arriba señalados, donde los cuestionamientos se desestimaron, entre otros aspectos, por considerar que la investigación fiscal se encontraba en la fase de diligencias preliminares, en el presente caso con la aportación del medio probatorio señalado en el numeral precedente, se verifica que el proceso investigatorio a cargo del Ministerio Público se encuentra en la fase de "Investigación Preparatoria Formalizada"⁶ respecto a la cual el numeral 1) del artículo 336 del Código*

⁶ Arsenio Oré Guardia y otros: "La Estructura del Proceso Común en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano"- artículo publicado en



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957 señala lo siguiente:

“Artículo 336 Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria

1. Si la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria” –el subrayado es agregad-.

i.5.5 En contraste con la fase de diligencias preliminares⁷ donde se procuran realizar actos urgentes para determinar si ocurrieron los hechos sometidos al conocimiento del Ministerio Público, su eventual delictuosidad así como individualizar a las personas involucradas; en el caso de la Formalización de Investigación Preparatoria se dispone la misma al presentarse indicios reveladores del presunto delito identificándose al presunto autor de su comisión por lo que existe una imputación formal del hecho punible^{8 9 10} y se transita en la investigación penal de una sospecha inicial simple (diligencias



<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17025/17323>

⁷ El artículo 330 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 957 señala que: “Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente” –el subrayado es agregado-.

⁸ En los numerales 3.5.1 y 3.5.2 de los fundamentos de la Casación N° 326-2016 LAMBAYEQUE de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República se expone lo siguiente:

“3.5.1 En el modelo acusatorio, el imputado es la parte pasiva necesaria del proceso penal sobre quien recae la atribución de hechos delictivos (imputación necesaria) y que está normalmente amenazado en su derecho a la libertad o en el ejercicio de otros derechos, a propósito de la eventual sanción a imponerse al momento de expedir sentencia (...)

3.5.2 El artículo 336, numeral 1, del Código Procesal Penal señala que la calidad de imputado se adquiere a partir de la formalización de la investigación preparatoria hasta la culminación del proceso en que se emite una decisión final y durante todo ese periodo éste puede hacer valer los derechos de la Constitución y las leyes reconocen incluso a tenor del artículo 71.1 del referido Código desde las primeras diligencias de la investigación”

⁹ En la página 19 de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433 (I Pleno Jurisdiccional Casatoria de las Salas Penales Permanente y Transitorias) se expone que. “Para esta inculpación formal propia de la disposición de formalización, se requiere probabilidad de intervención del imputado en un hecho punible”.

¹⁰ César San Martín Castro (citado en la Resolución N° 02 del 5 de marzo de 2019 del Juzgado Supremo de Investigación preparatoria del Corte Suprema de Justicia de la República, investigación seguida contra el señor Bienvenido Ramírez Tandazo en agravio del Estado), expone lo siguiente: “(...) el elemento en mención, que integra el contenido esencial del concepto de imputado, parece ser, en estricto derecho, la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria, que otorga la dimensión propiamente procesal a quien antes sólo fue un sospechoso, en tanto en cuanto no se constituyó la relación jurídico procesal”-Derecho Procesal Penal, Lecciones. Noviembre 2015, primera edición, editores INPECCP y CENALES, páginas 232-233.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

preliminares) a un estandar de sospecha reveladora (en la formalización de la investigación preparatoria) conforme explica la doctrina legal penal de la Corte Suprema de Justicia de la República¹¹.

i.5.6 Por otro lado, mientras que **la disposición fiscal de ampliación de diligencias preliminares** (en el cual se encontraba comprendido el señor Fernando Cantuarias Salaverry)¹² se fundamentaba principalmente en las declaraciones de un aspirante a colaborador eficaz (Acta Fiscal de Transcripción del Acta de Recopilación de Información y su Calificación del Aspirante a Colaborador Eficaz N° 14-2017); en el caso de la **disposición fiscal de formalización y continuación de investigación preparatoria** (Disposición N° 31 del 18 de octubre de 2019), se han expuesto diversos medios o elementos indiciarios detallados en las páginas 132 al 135 de dicha Disposición (fs. 21-91 del expediente de recusación) así como una relación de hechos vinculados con la presunta participación del señor Fernando Cantuarias Salaverry en el proceso arbitral Ad Hoc N° 32-2012/MARC, que en forma resumida transcribimos a continuación:

i.5.6.1 En el 2011 el señor Antonio Martorelli (**Odebrecht**) habría coordinado con el Viceministro de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - **MTC** (señor Alejandro Chang Chiang) para que el señor Celso Gamarra Doig sea designado como Director de Concesiones del MTC lo cual finalmente habría ocurrido en ese mismo año.

i.5.6.2 Antes de iniciarse las negociaciones del trato directo en el proceso arbitral (aproximadamente abril 2012), el Viceministro de Transportes del MTC (Sr. Chang) habría convocado a una reunión con Celso Gamarra Doig (entonces Director de Concesiones del MTC) y el ex Procurador del MTC (Alan Alarcón Canchari), donde se habría recomendado que el árbitro a designar por el MTC sería el señor

¹¹ En la parte resolutive de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433 (I Pleno Jurisdiccional Casatoria de las Salas Penales Permanente y Transitorias) se señala lo siguiente:

"29 ESTABLECER como doctrina legal, al amparo de los criterios expuestos en los fundamentos precedentes –que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos-, los siguientes lineamientos jurídicos:

(...)

F. Para iniciar diligencias preliminares solo se exige elementos de convicción que sostengan una "sospecha inicial simple", para formalizar la investigación preparatoria se necesita "sospecha reveladora", para acusar y dictar el auto de enjuiciamiento se precisa "sospecha suficiente", y para proferir auto de prisión preventiva se demanda "sospecha grave" –la sospecha más fuerte en momentos anteriores al pronunciamiento de una sentencia-. La sentencia condenatoria requiere elementos de prueba más allá de toda duda razonable".

¹² Se refiere a la Disposición N° 10 del 17 de abril de 2018 de la Fiscalía Provincial de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Una copia del mismo se encuentra en el expediente R73-2018 que obra ante el OSCE).



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

Fernando Cantuarias Salaverry.

i.5.6.3 Celso Gamarra Doig (ex Director de Concesiones del MTC) habría convocado varias veces al señor Fernando Cantuarias Salaverry para darle temas del caso que el arbitraje habría de generar.

i.5.6.4 Asimismo, entre fines de abril e inicios de mayo de 2012, el representante de Odebrecht se habría comunicado con Horacio Cánepa Torre para asistir a una reunión. En dicho encuentro (donde habría participado el señor Fernando Cantuarias Salaverry, Celso Gamarra Doig, Horacio Cánepa Torre y el ex Procurador Público del MTC) se habrían tocado los siguientes puntos:

- a) Celso Gamarra Doig habría expuesto a todos que de acuerdo con el Acta de Trato Directo la controversia se sometería a un arbitraje. Los puntos de la futura controversia debían estar en el acta de trato directo y el arbitraje sería ad hoc pero con las reglas de la Cámara de Comercio de Lima.*
- a) Odebrecht solicitaría el arbitraje y designaría como como árbitro al señor Horacio Cánepa Torre mientras que el MTC designaría como árbitro al señor Fernando Cantuarias Salaverry.*
- b) El mayor monto del reclamo de Odebrecht recaería sobre los gastos generales siendo que tampoco el MTC no habría pagado valorizaciones de avance de obra ya aprobadas por OSITRAN.*
- c) Se consideraría un monto elevado de honorarios arbitrales (presunto soborno indirecto) de S/288,888.64 Soles por cada árbitro que según la Fiscalía habría infringido la tabla de aranceles o tabla de referencia del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.*
- d) Se habría coordinado la designación del señor Franz Kundmuller Caminiti como presidente de tribunal arbitral a quien incluso se le habría indicado de la necesidad de contar con un laudo parcial.*

i.5.6.5 Después se habrían realizado tres (3) reuniones en el Restaurante Vivaldi para tratar presuntamente sobre el desarrollo y fondo del arbitraje; siendo que una de ellas (el 24 de octubre de 2012) habrían estado presentes los tres profesionales que integraron el tribunal arbitral (Cantuarias Salaverry, Cánepa Torre y Kundmuller Caminiti), el entonces secretario arbitral, el representante de Odebrecht (señor Loor) y el ex Director de Concesiones del MTC (Celso Gamarra Doig), donde se habría coordinado y acordado: i) acortar el plazo del



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

arbitraje; ii) se retome el compromiso de la obra con el pago de las valorizaciones pendientes; iii) emisión del sentido del laudo; iv) pronta expedición del laudo parcial.

- i.5.6.6 Ante la emisión del laudo parcial y final la entonces Procuraduría del MTC no habría interpuesto recurso de anulación ante el Poder Judicial y la Dirección de Concesiones del MTC viabilizó el pago de los laudos emitidos.
- i.5.6.7 Se señala que Odebrecht habría pagado sobornos directos a los señores Horacio Cánepa Torre y al Celso Gamarra Doig.
- i.5.7 Como podrá observarse, la disposición fiscal de investigación preparatoria da cuenta de la presunta participación del señor Fernando Cantuarias Salaverry con los entonces representantes del MTC, de Odebrecht y sus co árbitros, para llegar supuestamente a acuerdos relacionados con el sometimiento de la controversia a un arbitraje ad hoc (con reglas de una institución arbitral), su designación como árbitro y la del presidente del tribunal arbitral, aspectos sobre el fondo de la controversia, el desarrollo del proceso y la pronta expedición de un laudo; siendo que en su caso (al igual que su entonces co árbitro Franz Kundmuller Caminiti) señala la Fiscalía que se le habría cancelado honorarios arbitrales elevados (presuntos sobornos indirectos) y que en el caso de los señores Horacio Cánepa Torre y el ex Director de Concesiones del MTC (Celso Gamarra Doig), Odebrecht habría pagado sobornos directos.
- i.5.8 Asimismo, la citada disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria formula graves imputaciones atribuyendo al árbitro recusado la presunta comisión de los delitos de cohecho pasivo específico, colusión agravada, asociación ilícita para delinquir agravada y lavado de activos así como se señala que se solicitaría la medida coercitiva de prisión preventiva contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry.
- i.5.9 Además, de los hechos expuestos en la disposición de formalización de investigación preparatoria (numeral i.5.6 del presente documento) se señala la eventual intervención de altos funcionarios del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (al cual pertenece la Entidad) empezando por el entonces Viceministro del Sector, el ex Procurador Público y el ex Director de Concesiones (Celso Gamarra Doig), siendo que a este último se le atribuye la presunta recepción de sobornos directos de Odebrecht y quien además ha sido comprendido en la investigación preparatoria formalizada como co investigado del señor Fernando Cantuarias Salaverry.





Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

i.5.10 En atención a las consideraciones expuestas, es notorio que el contexto en el cual se plantearon anteriores recusaciones contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry ha variado si consideramos que ahora no sólo se han explicitado con mayor detalle los hechos materia de persecución penal contra dicho profesional sino que además la calificación que otorga el propio marco jurídico-penal a la investigación revela que se ha pasado de una simple indagación preliminar a una imputación formal con graves cargos donde se requiere indicios reveladores de presuntos ilícitos, lo que aparte de reforzar la garantía en el proceso de búsqueda o esclarecimiento de la verdad, permite ponderar con mayor objetividad aquellas circunstancias relacionadas al caso concreto en particular y su incidencia en el ejercicio independiente e imparcial de la función arbitral.

i.5.11 En atención a lo indicado, consideramos que en el presente caso se presentan circunstancias que resultan relevantes como para generar dudas justificadas en las partes, particularmente en la Entidad, respecto de la actuación independiente e imparcial del señor Fernando Cantuarias Salaverry en la resolución de la controversia del cual deriva la presente recusación, por las siguientes razones:

- a) El señor Fernando Cantuarias Salaverry actuó como integrante de un tribunal arbitral en el proceso arbitral Ad Hoc N° 32-2012/MARC donde las partes eran el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la concesionaria IIRSA Norte (Odebrecht) (fs, 26 y 39 del expediente de recusación).
- b) Si bien las controversias del proceso señalado en el literal precedente, son distintas a las que se ventilan en proceso arbitral del cual deriva la presente recusación, el hecho es que una de las partes en éste último arbitraje es la Entidad la cual forma parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el árbitro al igual que el arbitraje anterior es el señor Fernando Cantuarias Salaverry.
- c) La investigación contra el referido profesional se encuentra en la fase de formalización de investigación preparatoria que conforme a la norma procesal penal requiere indicios reveladores de la presencia de presuntos delitos; donde se han planteado graves imputaciones en su contra por su actuación como árbitro en el proceso señalado en el literal a) del presente numeral, objetándose, entre otros aspectos, eventuales acuerdos no sólo con sus árbitros y la empresa Odebrecht, sino con altos funcionarios del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- d) En otras palabras, el árbitro que ahora debe pronunciarse sobre los intereses de la Entidad y el Contratista, viene siendo cuestionado en sede



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247. 2019-OSCE/DAR

penal con graves imputaciones que involucran el ejercicio de su función arbitral cuando actuó y se pronunció sobre intereses del Ministerio del que depende ahora la Entidad.

- e) Es relevante en este caso que en la citada investigación penal y por los mismos hechos se encuentra comprendido como co investigado del señor Fernando Cantuarias Salaverry uno de aquellos ex funcionarios del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Celso Gamarra Doig).

i.5.12 Cabe añadir que en la Disposición N° 31 (de formalización y continuación de la investigación preparatoria) el Ministerio Público indicó que solicitaría la prisión preventiva, entre otros, contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry. Sobre el particular, debemos indicar lo siguiente:

- a) Como es público conocimiento, efectivamente la Fiscalía solicitó dicha medida de coerción la cual fue amparada inicialmente por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente con Resolución del 4 de noviembre de 2019¹³, no obstante, ante un recurso de apelación formulado por el árbitro recusado mediante Resolución N° 6 del 25 de noviembre de 2019¹⁴ la Primera Sala Nacional de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios revocó el mandato de prisión e impuso comparecencia restringida.
- b) Si bien la resolución revocatoria de la Sala Nacional de Apelaciones expuso que aún no había elementos de convicción para generar una sospecha fuerte que sirva para imponer la prisión preventiva, no ha descartado o dejado sin efecto las imputaciones de la investigación preparatoria, por el contrario, con motivo de imponer la medida de comparecencia con restricciones al señor Fernando Cantuarias Salaverry el referido órgano jurisdiccional ha señalado expresamente: "No obstante, teniendo en cuenta la complejidad de los hechos y la gravedad de las imputaciones a los investigados Cantuarias Salaverry y Kundmuller Caminiti, se justifica la imposición de la medida de coerción procesal de comparecencia con restricciones".

i.5.13 Por otro lado, como hemos señalado líneas arriba la Entidad recusante ha hecho referencia a dos (2) anteriores recusaciones formuladas contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry, siendo que en una de ellas (expediente R009-

¹³ Dicho resolutivo se puede visualizar en <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/11/Exp.-29-2017-33-LP.pdf>

¹⁴ Dicho resolutivo se puede visualizar en <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/11/Exp.-00029-2017-33-LP.pdf>



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

2019) el referido profesional invocó el principio de presunción de inocencia. Si bien en el presente trámite el señor Fernando Cantuarias Salaverry no ha presentado descargos, por la relevancia del tema y el interés general que ha generado la investigación penal en curso, este despacho considera necesario efectuar algunas precisiones del procedimiento de recusación ante el OSCE y su relación con el principio constitucional antes mencionado.

i.5.14 En principio, cabe señalar que no corresponde a dicho Organismo Supervisor la probanza y certeza definitiva de los hechos e imputaciones que son materia de una investigación penal por cuanto se tratan de aspectos de competencia exclusiva del Ministerio Público y el Poder Judicial en el desarrollo de la actividad procesal.

i.5.15 En esa línea, a tales órganos también les compete garantizar que el proceso se desarrolle en observancia a los derechos fundamentales del investigado, como el de la presunción de inocencia¹⁵ que en su contenido de regla de juicio¹⁶ demanda del juzgador el convencimiento para dictar fallo absolutorio o condenatorio, de manera que al existir dudas respecto a la responsabilidad, se presume inocente al investigado. En palabras de Mónica María Bustamante Rúa: "(...), la aplicación de la presunción de inocencia como regla de juicio sigue a una situación de duda razonable acerca de la existencia del hecho o la participación en él del acusado (...)"¹⁷.

i.5.16 Ahora bien el esquema antes señalado no puede extrapolarse de forma absoluta al análisis de un procedimiento administrativo de recusación de árbitros a cargo del OSCE, considerando lo siguiente:

¹⁵ Artículo 2, numeral 24, literal e) de la Constitución Política del Perú: "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad"

¹⁶ El Tribunal Constitucional Peruano en su sentencia recaída en el expediente 00156-2012-PHC/TC (numerales 43 y 45) señala:

"43 (...) De la jurisprudencia citada, puede concluirse que el derecho a la presunción de inocencia se configura como una regla de tratamiento del imputado y como una regla de juicio. Sobre la extensión de este derecho, conviene tener presente que el Tribunal Europeo ha precisado que "no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida (en forma definitiva) por un tribunal (Caso Lizaso Azconobieta c. España, sentencia del 28 de junio de 2011).

(...)

45. Como regla de juicio, la presunción de inocencia impone que para declarar la responsabilidad penal de una persona se "requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolver a favor del imputado (inciso 1 del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal)".

¹⁷ Mónica María Bustamante Rúa: "La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de prueba de más allá de la duda razonable"; artículo publicado en:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2396>



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

i.5.16.1 *La resolución de recusación a cargo de dicho Organismo Supervisor no configura la imposición de una pena o sanción administrativa:*

- a) *La figura jurídica de la recusación tiene relación directa con condiciones subjetivas del juzgador sin las cuales la ley lo considera impedido para ejercer su función mediante causales¹⁸, que determinan su no idoneidad y su exclusión del proceso, sea por motu proprio (abstención) o sea a solicitud de las partes (recusación)¹⁹. Su resolución corresponde a un tercero distinto al sujeto recusado.*
- b) *Esa mecánica, no es ajena al arbitraje, donde la recusación como "remedio preventivo que se anticipa al daño"²⁰ o como garantía de legalidad²¹; opera en vía incidental en el arbitraje, mediante previsión normativa de exigencias subjetivas – generalmente independencia e imparcialidad- y de causales²²; con una doble finalidad: a) Cuestionar la idoneidad del árbitro que resolverá el conflicto; y, b) Promover su apartamiento del proceso²³.*
- c) *En tal sentido, la recusación se concentra en resolver la situación del árbitro respecto a su idoneidad en el proceso por causales previstas en la ley; por cuya razón, no podría considerarse que cuando el OSCE resuelve una recusación contra un árbitro aplica algún tipo de pena o sanción administrativa en tanto que, no determina la existencia de infracción y responsabilidad de tal naturaleza²⁴, no tiene finalidad aflictiva o represiva²⁵ y en estricto, no surge por contravención a un orden jurídico administrativo²⁶, sino por una*



¹⁸ ENRIQUE VESCOVI: Teoría General del Proceso – Editorial Temis Bogotá 1984 – páginas 149 y siguientes.
¹⁹ HERNANDO DEVIS ECHANDIA: Nociones Generales de Derecho Procesal Civil - Editorial Aguilar - Madrid 1966 - páginas 127 y 128.
²⁰ ALEJANDRO ROMERO SEQUEL: La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral en Revista Chilena de Derecho Volumen N° 28 N° 3 – pp 509-535 – 2011 – Sección Estudios
²¹ FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO. El Árbitro – pp 35 publicado en <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO.pdf>
²² El artículo 28° de la Ley de Arbitraje señala como obligación del árbitro permanecer independiente e imparcial durante el arbitraje, señalando que es pasible de ser recusado si existen dudas justificadas de su independencia e imparcialidad o no poseen las calificaciones convenidas por las partes o por la Ley. Previsión semejante puede verificarse en el artículo 225° del Reglamento estableciendo las causales por las cuales puede ser recusado un árbitro en los arbitrajes en materia de contratación pública.
²³ MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ: Jurisdicción y Arbitraje Pag. 87 Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica – Segunda Edición 2010.
²⁴ JORGE BERMÚDEZ SOTO: Elementos para definir las sanciones administrativas – Revista Chilena de Derecho Número especial pp 323-334 (1998).
²⁵ EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de Derecho Administrativo – Tomo II página 1064 – Palestra TEMIS – Lima Bogotá 2011.
²⁶ ROBERTO DROMI: Derecho Administrativo – Tomo I – Página 401 – Gaceta Jurídica primera edición agosto 2005.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

eventual afectación a los principios y normas que rigen el arbitraje.

i.5.16.2 El estándar de valoración de la recusación en el arbitraje (particularmente en temas de independencia e imparcialidad), tiene naturaleza y previsión normativa distinta:

- a) Conforme lo establece, el numeral 3) del artículo 225 del Reglamento, en materia de contrataciones del Estado los árbitros pueden ser recusados, entre otras causales, cuando se 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" –el subrayado y resaltado es agregado–.
- b) En concordancia con lo indicado el numeral 3 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje señala que: "Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él, circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia (...)".
- c) En atención a lo expuesto, en materia de recusaciones arbitrales no se exige la certeza indubitable de la parcialidad o dependencia de un profesional para ser apartado del proceso, sino que el estándar requerido consiste en la verificación de dudas justificadas de independencia e imparcialidad, esto es, una situación de razonable desconfianza no meramente especulativa sino apoyada en circunstancias relevantes y relacionadas con un caso en concreto^{27 28}. Ello pues, contrasta con el estándar en la presunción de inocencia para definir la responsabilidad penal que exige certeza o pruebas más allá de



²⁷ CARLOS MATHEUS LÓPEZ señala "El término "duda" posee una indudable justificación subjetiva en la medida que proyecta la existencia de un ánimo perplejo y suspenso entre resoluciones o juicios contradictorios sin que exista decisión por uno o por otro. Pero también, el término "duda" posee una justificación objetiva que implica que en base a "circunstancias" se desconfie o se sospeche de una persona (...) En tal forma la duda que es atendible en el proceso arbitral es aquella –objetiva- justificada en circunstancias que provocan que se desconfie o sospeche de un árbitro, puesto que su existencia afecta la independencia e imparcialidad de éste último. Asimismo, podemos indicar como características de las "dudas justificadas" las siguientes: 1) Motivación: La duda ha de hallarse "justificada" no pudiendo ser de carácter arbitrario. 2) Carácter objetivo: La justificación es objetiva, pues son "las circunstancias" las que hacen dudar sobre la imparcialidad y/o independencia del árbitro" – "La independencia e imparcialidad del árbitro" - Artículo publicado en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18458>

²⁸ FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO ha señalado "(...) la independencia e imparcialidad se suscita no en abstracto, sino en concreto. En relación con una controversia o parte en particular (...) Si bien se busca la ausencia de conflicto de intereses, una sospecha subjetiva sobre el árbitro no lo descalifica. El criterio de conflicto de intereses es uno objetivo que es independiente del carácter moral del árbitro en cuestión. La incidencia que la circunstancia en particular tendrá en el asunto es totalmente dependiente de la naturaleza, vigencia y trascendencia del "conflicto de intereses". Artículo: "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad" publicado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr26.pdf>.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

toda duda razonable²⁹.

i.5.17 *En tal sentido, en un procedimiento de recusación contra un árbitro motivado por una indagación o investigación penal en su contra, lo importante no es probar los hechos investigados ni las imputaciones formuladas (atribución reservada a las autoridades competentes) ni tampoco definir la responsabilidad penal del imputado (a quien le asiste la garantía de la presunción de inocencia), sino que lo fundamental es constatar la relevancia y razonabilidad de circunstancias que llevan a generar dudas justificadas de independencia e imparcialidad del árbitro recusado en relación al caso concreto que le corresponde resolver, siendo que en el presente caso esto último se ha verificado conforme lo señalamos en el numeral i.5.11 del presente documento.*

i.5.18 *Sobre la alegación de la Entidad respecto al presunto conocimiento que habría tenido dicha parte con fecha 23 de octubre de 2019 sobre el impedimento de salida de 18 meses que habría impuesto el Poder Judicial al señor Fernando Cantuarias Salaverry, debemos indicar que la parte recusante no ha presentado medio probatorio relacionado con dicha diligencia que permita conocer los términos y alcances que alega la Entidad.*

i.5.19 *Por las razones expuestas, el presente extremo de la recusación debe declararse fundada.*

ii) Si el señor Fernando Cantuarias Salaverry incumplió su deber de revelación al no informar sobre el requerimiento de prisión preventiva e impedimento de salida de país que se ha señalado en el aspecto relevante i) precedente.

ii.1 *Considerando que el presente procedimiento se ha sustentado en el presunto incumplimiento del deber de revelación, cabe delimitar los alcances de dicho concepto en el marco de la doctrina autorizada y la normatividad aplicable.*

ii.2 *El deber de revelación, implica, antes que nada, una exigencia ética al árbitro para que en consideración a la buena fe y a la confianza que han depositado las partes en su persona, informe de todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia (Alonso, 2008: 323)³⁰. En ese contexto, de manera referencial, las directrices de la International Bar Association-IBA, nos informan que dicha obligación tiene como propósito que las*

²⁹ La parte pertinente del literal f) del numeral 29 de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 señala: "La sentencia condenatoria requiere elementos de prueba más allá de toda duda razonable".

³⁰ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA, "El deber de revelación del árbitro", En: El Arbitraje en el Perú y el Mundo, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje - IPA, 2008, p. 323.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

partes puedan juzgar favorable o desfavorablemente la información brindada, y en virtud a ello adoptar las medidas pertinentes, entre ellas efectuar una mayor indagación³¹.

- ii.3 Asimismo, JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG sobre la amplitud y las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación señala:

“El deber de revelación es el más importante de cuantos tiene el árbitro y por ello debe ser interpretado por él mismo de forma amplia. El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación quiebra la necesaria confianza que forzosamente ha de inspirar la relación partes/árbitro en un proceso arbitral” (Alonso, 2008: 324)³² –el subrayado es agregado-.

- ii.4 Respecto al alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros, la doctrina informa de las siguientes pautas de importancia: a) Perspectiva en la revelación: No sólo debe revelarse lo que uno considere que puede generar dudas (criterio subjetivo); sino todo lo que crea que a los ojos de las partes pueda ser objeto de cuestionamiento (criterio objetivo) (Alonso, 2008:324)³³; b) Nivel del contenido: Informar lo relevante y razonable (Castillo, 2007)³⁴; c) Extensión: Amplia visión para revelar hechos o supuestos, en equilibrio con el criterio de relevancia (Alonso, 2008: 324)³⁵; d) In dubio pro declaratione: En toda duda sobre la obligación de declarar debe resolverse a favor de hacer la declaración (De Trazegnies, 2011: 345)³⁶; y, e) Oportunidad de la revelación (Fernández, 2010)³⁷.

- ii.5 Asimismo, en el marco de la Ley, los árbitros están obligados a declarar oportunamente alguna circunstancia que les impediría actuar con imparcialidad y autonomía³⁸. El Reglamento de la acotada Ley, ha delimitado mejor esta regulación, señalando que el deber de información se efectúa con motivo de la

³¹ El literal b) de la Nota Explicativa sobre la Norma General 3 (Revelaciones del Árbitro) de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, señala que “ (...) El propósito de revelar algún hecho o circunstancia es para permitir a las partes juzgar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del árbitro y, si así lo estiman necesario, para que puedan averiguar más sobre el asunto”. (http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)

³² ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA, Op. Cit. p. 324.

³³ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA: Ibid.

³⁴ CASTILLO FREYRE, MARIO – “El deber de declaración” artículo correspondientes a Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Volumen N° 5. publicado en http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol5/DIA-3-6.pdf.

³⁵ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA : Op. Cit., pág. 324.

³⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO - Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje - Tomo I, pág. 345, Instituto Peruano de Arbitraje Primera Edición Enero 2011

³⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS - Op. Cit.

³⁸ La parte pertinente del numeral 52.8 del artículo 52° de la Ley señala: “(...) Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía (...)” (el subrayado es agregado).



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247-2019-OSCE/DAR

aceptación del cargo así como por cualquier causal sobrevenida a la aceptación³⁹. Del mismo modo, el Código de Ética especifica que el deber de información se efectúa por escrito a las partes con motivo de la aceptación del cargo y se mantiene durante el transcurso del arbitraje⁴⁰.

ii.6 Conforme a los criterios doctrinarios y normativos señalados, es necesario analizar los hechos que sustentan la recusación para lo cual debe considerarse lo siguiente:

ii.6.1 La recusación se fundamenta en que el señor Fernando Cantuarias Salaverry no habría informado sobre el requerimiento de prisión preventiva en el marco de la formalización de la investigación preparatoria dispuesta por la Disposición N° 31 del 18 de octubre de 2019 de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios – Equipo Especial – Tercer Despacho. Asimismo, también se señala que el referido profesional no informó la medida coercitiva de impedimento de salida que le impuso el Poder Judicial y que la Entidad conoció el 23 de octubre de 2019.

ii.6.2 A este respecto, debemos indicar que el cumplimiento del deber de revelación no sólo debe condecirse con la oportunidad de la declaración y la relevancia o importancia del contenido, sino además con el conocimiento que tiene el árbitro respecto de aquellos eventos cuya revelación se exige.

ii.6.3 En efecto, el hecho de que un árbitro pondere las circunstancias que deberían ser informadas, no tendría mayor dificultad cuando correspondan a sucesos vinculados con su propia conducta o actividad, en el entendido de que se tratan de hechos que conoce o en cuya ocurrencia habría tenido alguna intervención. Sin embargo, este escenario no tendría la misma claridad tratándose de circunstancias en las que el referido profesional no hubiera participado y/o eventualmente haya desconocido de su realización.

ii.6.4 Sobre el particular, si bien la Disposición N° 31 del Ministerio Público que dispuso la formalización de investigación preparatoria contra el árbitro recusado y a su vez determinó que se requeriría prisión preventiva en su contra, tiene fecha 18 de octubre de 2019 (fs. 21 y siguientes del expediente de recusación), el hecho es que se desconoce cuando efectivamente la referida disposición fiscal le fue notificada y/o puesto en su conocimiento de

³⁹ La parte pertinente del artículo 224° del Reglamento señala: "Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de todo el arbitraje y que pudiera afectar su imparcialidad e independencia (...)"

⁴⁰ Literal e) del numeral 4.1 del artículo 4 del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado aprobado por Resolución N° 136-2019-OSCE/PRE.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

manera formal, con el objeto de que conozca sus alcances y pondere si debía ser materia de revelación o no en el arbitraje del cual deriva la presente recusación.

ii.6.5 *Por información propalada por medios periodísticos se conoció que el Poder Judicial había programado la audiencia de prisión preventiva para el 24 de octubre de ese mismo año, sin embargo, tal situación tampoco nos permite concluir indubitablemente que el señor Fernando Cantuarias Salaverry haya conocido todos los alcances del requerimiento de prisión preventiva en esa fecha, si consideramos que –también por medios periodísticos– se conoció de la postergación de dicha diligencia para el 29 de octubre de 2019, entre otros motivos, por la brevedad de las notificaciones y para que los investigados realicen una mejor defensa^{41 42}.*

ii.6.6 *En el supuesto de que el señor Fernando Cantuarias Salaverry haya conocido en forma indubitable los alcances del requerimiento de prisión preventiva en su contra el 29 de octubre del presente año, y, en el hipotético caso que dicho profesional se haya encontrado en la obligación de informar de tales circunstancias, debemos señalar sin embargo que al día siguiente (30 de octubre) la Entidad formuló la presente recusación y el 4 de noviembre de 2019 el Poder Judicial le dictó la prisión preventiva privándolo de su libertad (conforme indicamos líneas arriba), de modo que al haber sólo un (1) día hábil entre estas últimas fechas se presentaba una limitación objetiva para la oportuna declaración.*

ii.6.7 *Sobre la medida de impedimento de salida impuesta por el Poder Judicial contra el árbitro recusado por 18 meses la cual habría conocido la Entidad el 23 de octubre de 2019, como indicamos en el anterior aspecto relevante la parte recusante no ha presentado medio probatorio relacionado con dicha diligencia que permita conocer los términos y alcances que alega la Entidad.*

ii.6.8 *En atención a lo expuesto, el presente extremo de la recusación debe declararse infundado;*

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

⁴¹ <https://lucidez.pe/poder-judicial-programo-audiencia-de-prision-preventiva-contr-a-abanto-y-otros-abogados-para-manana/>

⁴² <https://peru21.pe/politica/fiscalia-sustenta-hoy->



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

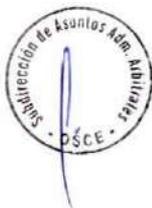
RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral;

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

Que, mediante Resolución N° 002-2019-OSCE/PRE del 09 de enero de 2019, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 11 de enero del mismo año, la Presidencia Ejecutiva del OSCE resolvió, entre otros aspectos, delegar en el Director de la Dirección de Arbitraje del OSCE la facultad de resolver las recusaciones interpuestas contra árbitros, de acuerdo a la normativa vigente;

Estando a lo expuesto y de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 modificada por la Ley N° 29873; su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF 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, aprobado mediante Resolución N° 136-2019-OSCE/PRE; así como en atención a lo establecido en el artículo 8° de la Resolución N° 002-2019-OSCE/PRE; y, con el visado de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales;



SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Disponer la **ACUMULACIÓN** de los procedimientos administrativos de recusación iniciados por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry según expedientes R65-2019 y R66-2019; atendiendo a las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Declarar **FUNDADA** la recusación formulada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry respecto al aspecto relevante i) indicado en los considerandos de la presente resolución e **INFUNDADA** respecto al aspecto relevante ii) del citado resolutivo; atendiendo a las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Tercero.- Notificar la presente Resolución a las partes, así como al árbitro recusado.



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

RESOLUCION N° 247 2019-OSCE/DAR

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

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 10° de la Resolución N° 002-2019-OSCE/PRE.



Regístrese, comuníquese y archívese.



EUNICE ARCE AZABACHE
Directora de Arbitraje