

Jesús María, 03 de Marzo del 2021

RESOLUCION N° D000025-2021-OSCE-DAR

SUMILLA:

Las circunstancias que deben ser ponderadas por los árbitros para efectos de su revelación son aquellas que resulten relevantes al punto que pueden tener alguna incidencia en la actuación independiente e imparcial del juzgador al momento de resolver la controversia sometida su conocimiento, siendo por esa misma razón, que tales circunstancias no pueden desligarse del caso concreto a resolver.

VISTOS:

La solicitud de recusación formulada por el Consorcio SWI con fecha 25 de enero de 2021 (Expediente R005-2021); y, el Informe N° D000055-2021-OSCE-SDAA de fecha 2 de marzo de 2021 que contiene la opinión técnica de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales de la Dirección de Arbitraje del OSCE;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 16 de julio de 2007, la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo -UNASAM (en adelante, la "Entidad") y el Consorcio SWI¹ (en adelante, el "Contratista") suscribieron el Contrato de Obra N° 063 L.P N° 002-2006-UNASAM-CEO para la ejecución de la obra: "ITEM A: Sector A (FCEC, FAT, FC Y FECC) Proyecto: Construcción y Equipamiento de la Ciudad Universitaria y Campus Anexos – UNASAM" derivado de Licitación Pública N° 002-2006-UNASAM-CEO;

Que, surgida la controversia derivada de la ejecución del citado Contrato, con fecha 15 de diciembre de 2015 se instaló el tribunal arbitral conformado por la señora Katty Mendoza Murgado (presidenta), Lorena Suárez Alvarado (árbitra) y Rolando Eyzaguirre Maccan (árbitro), encargado de conducir el arbitraje;

Que, mediante escrito recibido con fecha 25 de enero de 2021, el Contratista formuló ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE recusación contra la señora Katty Mendoza Murgado;

Que, mediante el Oficio N° D000117-2021-OSCE-SDAA de fecha 28 de enero de 2021, la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales - SDAA dispuso el traslado de la recusación a la señora Katty Mendoza Murgado, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles manifieste lo conveniente a sus derechos. Lo propio se hizo respecto de la Entidad mediante Oficio N° D000286-OSCE-SDAA de fecha 17 de febrero de 2021;

Que, mediante escrito recibido con fecha 9 de febrero de 2021, la señora Katty Mendoza Murgado absolvió el traslado de la recusación formulada. Pese a encontrarse notificada la Entidad no cumplió con absolver el traslado de la recusación planteada;

Que, la recusación formulada por el Contratista contra la señora Katty Mendoza Murgado se sustenta en el presunto incumplimiento de su deber de revelación lo cual genera dudas justificadas de su independencia e imparcialidad de acuerdo con los siguientes argumentos:

- a) *Señalan que con fecha 14 de mayo del 2020, presentaron una solicitud de ampliación del deber de revelación dirigida a la señora Katty Mendoza Murgado, la cual fue absuelta por dicha profesional con fecha 5 de agosto y notificada al Contratista con fecha 24 de agosto de 2020.*
- b) *Precisan que dentro de los cuestionamientos realizados se le preguntó específicamente lo siguiente:*

“¿Si en relación a la materia relacionada con el consentimiento de liquidaciones de obra si tiene una posición formada o expresada en laudos últimamente, se ser así, fue favorable a que parte en el arbitraje?” (sic)

- c) *Sobre el particular, indican que la árbitra recusada se limitó en señalar lo siguiente:*

“La absolución a la pregunta planteada no se encuentra dentro del ámbito de mi deber de revelación, sin embargo, preciso que he laudado en varios casos y todos se han colgado en el SEACE y han sido remitidos al OSCE para su respectiva publicación. Asimismo, preciso que en cuanto a la materia objeto del presente arbitraje debo señalar que las decisiones emitidas obedecen a cada caso concreto y bajo la normativa aplicable” (sic).

- d) *No obstante, refiere el Contratista que lo afirmado por la señora Katty Mendoza Murgado no se ajusta a la verdad, dado que con fecha 27 de septiembre de 2018, en el proceso seguido entre Consorcio Leo y el Gobierno Regional de Amazonas, sobre liquidación de contrato, dicha profesional opinó en un laudo emitido en mayoría lo siguiente:*

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA, EN PARTE, la primera pretensión de la demanda, en consecuencia, corresponde declarar el consentimiento y validez parcial de la liquidación final del Contrato N° 001-2012-GOB.REG.AMAZONAS/GSRB/CEP, para la ejecución de la Obra.: “Mejoramiento de la Infraestructura Educativa del Sector San Luis, Bagua Grande, Utcubamba, Amazonas”, elaborada por el Consorcio Leo y presentada al Gobierno Regional de Amazonas mediante Carta CL 022 – 2015, el 23 de abril de 2015, debiendo excluirse de la misma los conceptos ordenados por este Tribunal Arbitral, conforme a lo dispuesto en los considerandos 5.71 al 5.86 del presente laudo.

- e) *Manifiestan que para la citada árbitra se puede declarar consentida de manera parcial una liquidación, pero no solo eso, sino también se puede declarar válida la liquidación formulada por la otra parte, conforme se expone a continuación:*

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión de la demanda, en consecuencia, corresponde declarar válida y eficaz la liquidación del contrato efectuado por el Gobierno Regional de Amazonas, a través de la Resolución de Gerencia Sub Regional N°117-2015-GOB.REG.AMAZONAS/GSRB, de fecha 03 de junio de 2016 y puesta a conocimiento del Consorcio mediante la Carta N°089-2015.G.R.AMAZONAS/GSRB, de fecha 04 de junio de 2015, notificada el 06 de junio de 2015.

- f) *En tal sentido, señalan que la árbitra recusada omitió su deber de revelar que no era imparcial en relación a la materia controvertida, esto es, que tenía una opinión formada.*
- g) *En efecto, exponen que la citada profesional ha omitido revelar el laudo que se menciona, mediante el cual declaró que existe el consentimiento parcial de una liquidación de contrato, siendo la materia del arbitraje del cual deriva la presente recusación justamente el consentimiento de la liquidación de obra presentada por el Contratista al no haber formulado la Entidad observaciones ni efectuado una nueva liquidación, de conformidad con el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Añade que la citada profesional ha preferido ocultar tal situación, remitiéndose a lo publicado en el SEACE, a sabiendas que el laudo antes señalado no se encuentra publicado en la página del OSCE.*
- h) *Refiere que del fallo de la árbitra recusada se puede advertir que ya tiene una posición definida, lo que en buena cuenta significa que no es imparcial y que no ha cumplido con revelar tal circunstancia de manera oportuna, lo cual atenta contra el principio del debido proceso generándose dudas justificadas sobre su imparcialidad.*
- i) *Explica que aun cuando se tratan de otros sujetos procesales esto no la exime del deber de revelación, por el contrario, justamente debe poner en conocimiento esta circunstancia para que la parte que pueda verse afectada por un pensamiento pre establecido pueda determinar si eso lo va privar de un proceso justo, lo que en el presente caso ha sido ocultado por la señora Katty Mendoza Murgado.*
- j) *Asimismo, la árbitra recusada omitió en señalar de manera oportuna que se encontraba sometida a una investigación fiscal, habiendo indicado que la misma había sido desestimada en el mes de marzo del 2020, lo que no se ajusta a la verdad, pues la propia árbitra ha señalado que dicha investigación sigue abierta por disposición de la Fiscalía Suprema debiendo continuar la misma ante la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, lo que genera serias dudas sobre su imparcialidad, pues no ha revelado de manera oportuna la existencia de esta investigación que se inició en el 2017.*
- k) *Precisa que aun cuando las partes en los procesos penales donde ha sido citada como testigo o como investigada, no estén vinculadas con las partes en el arbitraje del cual se deriva el presente trámite, dada la grave situación que ello involucra, esto ha debido ser materia de revelación por parte de la árbitra recusada;*

Que, la árbitra Katty Mendoza Murgado absolvió el traslado de la recusación señalando los siguientes argumentos:

- a) *En principio, como cuestión previa señala que, de manera accidental, ha tomado conocimiento del Oficio N° D000117-2021-OSCE/SDAA de fecha 28 de enero de 2021, dejado bajo puerta a la siguiente dirección: Av. Los Patriotas N° 633, Dpto. 601, Urbanización Maranga, San Miguel; domicilio en la cual dejó de residir hace más de*

cinco (5) años.

- b) *Al respecto, señala que en su oportunidad informó al OSCE sobre su variación de dirección domiciliaria, la cual actualmente es Calle José María Sert N° 474, Dpto. 401, San Borja; razón por la cual no comprende las razones por las cuales se le ha notificado a una dirección desfasada, colocando a su persona en una latente situación de indefensión.*
- c) *Sin perjuicio de ello, indica que mediante Escrito N° 28 el Contratista solicitó la ampliación de su deber de revelación. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 66, a través de la cual se le otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles a efectos de absolver las interrogantes planteadas por el Consorcio.*
- d) *Ante ello, refiere que mediante escrito de fecha 5 de agosto de 2020, que fue proveído mediante un resolutivo que fue notificado al Contratista con fecha 24 de agosto de 2020 (tal como lo reconoce esa misma parte), cumplió con absolver el pedido de ampliación de revelación formulado por el Contratista, conforme a las preguntas que le fueron planteadas.*
- e) *Explica que a criterio del Contratista eso sería falso pues con fecha 27 de setiembre de 2018, laudó en un proceso seguido entre Consorcio Leo y el Gobierno Regional de Amazonas, declarando consentida parcialmente una liquidación y declarando válida la liquidación de la contraparte, vulnerando su deber de revelación y afectando su imparcialidad.*
- f) *Al respecto, señala que conforme a lo previsto en el numeral 1) del artículo 284º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la recusación debió haberse formulado dentro del plazo de cinco (5) días hábiles de conocida la causal sobreviniente.*
- g) *Manifiesta que en el presente caso, como el mismo recusante lo afirma, los hechos que generan la recusación fueron conocidos por dicha parte el 24 de agosto de 2020, (fecha en la que se le notificó con su escrito de ampliación de revelación), por lo que si a su entender dicha revelación le generaba dudas respecto a sus deberes de independencia e imparcialidad debió proceder a recusar dentro de los 5 días hábiles siguientes, lo que no se produjo, pues ha sido recién el 25 de enero de 2021 cuando se presenta la recusación. Inclusive, el laudo que se utiliza de sustento para avalar la recusación es uno que ha sido emitido en octubre de 2018.*
- h) *Indica que en algún extremo de la recusación, se señala que la información sobre la investigación fiscal en la que se encuentra incurso también generan dudas respecto a su imparcialidad, sin embargo, el Contratista tuvo conocimiento de tal circunstancia el 24 de agosto de 2020, por lo que también resulta improcedente por extemporáneo.*
- i) *Por otro lado, respecto a los temas de fondo precisa que no ha incurrido en alguna omisión a su deber de revelación pues el mismo alcanza a los hechos relacionados con las partes, abogados, árbitros y cualquier otra persona involucrada en el arbitraje, lo cual ha cumplido en todo momento.*
- j) *Indica que mencionó que todos sus laudos se encontraban colgados en el SEACE y habían sido remitidos al OSCE; pues, así como se ha ubicado el laudo mencionado en la recusación, se podrán encontrar muchos otros, pues cada laudo obedece a las circunstancias particulares de cada caso en concreto, a la relación jurídica, a las pretensiones, los hechos y el material probatorio, por lo que merecen un análisis y resultados distintos, por lo que el solo hecho de que haya laudado en un determinado sentido no implica necesariamente que deba hacerlo de la misma forma en el presente caso, para cuyo efecto hace referencia a lo que señaló el OSCE en la Resolución N° 60-2017-OSCE/DAR.*
- k) *Precisa que si se compara el arbitraje del cual deriva la presente recusación con el laudo que se hace referencia en el presente trámite, no tienen partes similares, ni contratos iguales, con lo cual se tratan de relaciones jurídicas totalmente*

independientes que no tienen porque ser analizadas de la misma forma, no habiéndose acreditado en esta recusación de qué forma estaría vulnerando su deber de imparcialidad en el presente caso;

Que, el marco normativo vinculado al arbitraje de donde deriva la presente recusación, corresponde al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante, la “Ley”); su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, (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 N° 136-2019-OSCE/PRE (en adelante, el “Código de Ética”);

Que, como cuestión previa, debemos señalar que con motivo de efectuar sus descargos, la árbitra recusada ha señalado que tomó conocimiento de manera accidental del oficio mediante el cual se le efectuó el traslado de la recusación, en un domicilio en la cual dejó de residir hace más de cinco (5) años, siendo que en su oportunidad informó al OSCE sobre su variación de dirección domiciliaria, colocando a su persona en una latente situación de indefensión. Al respecto, debe considerarse lo siguiente:

- a) La notificación de la recusación a la señora Katty Mendoza Murgado a través del Oficio N° D000117-2021-OSCE-SDAA se realizó en el domicilio señalado por la parte recusante en la solicitud de recusación (Av. Los Patriotas N° 633, Dpto. 601, Urbanización Maranga, San Miguel), conforme a los requisitos que ha previsto el Texto Único de Servicios No Exclusivos del OSCE aprobado por Resolución de Presidencia N° 067-2020-OSCE/PRE, donde se indica expresamente que en la solicitud debe indicarse, entre otros aspectos, el “Nombre completo del árbitro recusado y su domicilio para ser notificado (...)”.*
- b) En tal sentido, el que se haya proporcionado un domicilio presuntamente desactualizado de la árbitra recusada en el presente trámite, constituye un hecho que no resulta atribuible directamente al OSCE.*
- c) En cualquier caso, debemos señalar que la señora Katty Mendoza Murgado en su escrito de fecha 9 de febrero de 2021, ha manifestado que tomó conocimiento del traslado de la recusación dispuesto con el Oficio N° D000117-2021-OSCE-SDAA y en virtud a ello ha presentado sus descargos correspondientes, por tal razón, en el supuesto de que haya existido algún problema en el diligenciamiento del citado documento, debe considerársele como bien notificada en aplicación de lo señalado en el numeral 27.2 del artículo 27 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS², no pudiendo concluirse que se haya afectado su derecho a la defensa.*

Que, los aspectos relevantes de la recusación son los siguientes:

- i) Respecto a si la recusación se ha formulado en forma extemporánea fuera del plazo de cinco (5) días hábiles que establece el numeral 1) del artículo 284 del Reglamento.*

² Artículo 27.- Saneamiento de notificaciones defectuosas

27.1 La notificación defectuosa por omisión de alguno de sus requisitos de contenido, surtirá efectos legales a partir de la fecha en que el interesado manifiesta expresamente haberla recibido, si no hay prueba en contrario.

27.2 También se tendrá por bien notificado al administrado a partir de la realización de actuaciones procedimentales del interesado que permitan suponer razonablemente que tuvo conocimiento oportuno del contenido o alcance de la resolución, o interponga cualquier recurso que proceda. No se considera tal, la solicitud de notificación realizada por el administrado, a fin que le sea comunicada alguna decisión de la autoridad”.

- ii) *Respecto a si la señora Katty Mendoza Murgado incumplió con su deber de revelación al no haber informado que en su calidad de árbitra emitió un laudo en otro proceso arbitral cuya materia de arbitraje es la misma que se ventila en el proceso del cual deriva la presente recusación, máxime que del fallo se advierte que tiene una posición ya formada o definida; generándose con ello dudas justificadas de su independencia e imparcialidad.*
- iii) *Respecto a si la señora Katty Mendoza Murgado incumplió con su deber de revelación al no haber informado con oportunidad la existencia de una investigación fiscal que se inició desde el año 2017, máxime cuando indicó que había sido desestimada en marzo de 2020 pero que sin embargo, la misma seguía abierta por disposición de la Fiscalía Suprema, generando con dicha omisión dudas justificadas de su independencia e imparcialidad;*

Que, en atención a lo indicado, procederemos a evaluar los hechos expuestos, partiendo de la valoración de los actuados que obran en el presente trámite:

- i) ***Respecto a si la recusación se ha formulado en forma extemporánea fuera del plazo de cinco (5) días hábiles que establece el numeral 1) del artículo 284 del Reglamento.***
- i.1 *En sus descargos presentados en el presente trámite, la señora Katty Mendoza Murgado ha alegado la extemporaneidad de la recusación formulada.*
- i.2 *Respecto a la oportunidad para formular recusaciones contra árbitros, deben considerarse las siguientes reglas:*
 - i.2.1. *Si las solicitudes de recusación se presentan indubitablemente fuera del plazo de cinco días (5) hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente; corresponderá declarar la improcedencia por extemporánea de las referidas solicitudes en aplicación de lo establecido en el numeral 1) del artículo 284º del Reglamento.*
 - i.2.2. *Cuando no pueda acreditarse indubitablemente la fecha en que se tomó conocimiento efectivo de que se ha configurado la causal de recusación conllevando ello la imposibilidad jurídica de computar objetivamente el plazo de cinco (5) días hábiles para formular recusaciones previsto en el numeral 1) del artículo 284º del Reglamento, debe recurrirse a la aplicación del numeral 3) del artículo 29º de la LA verificándose en ese caso que la recusación haya sido formulada antes de que se inicie el plazo para la emisión del laudo respectivo, salvo pacto en contrario.*
- i.3 *A efectos de verificar si la recusación se ha formulado en forma extemporánea, deben considerarse los siguientes hechos:*
 - i.3.1. *Mediante documento de fecha **22 de julio de 2015**, la señora Katty Mendoza Murgado comunicó su aceptación al cargo de presidenta de tribunal arbitral designada por sus co árbitros (la señora Lorena Suárez Alvarado y el señor Rolando Eyzaguirre Maccan) en el proceso del cual deriva la presente recusación.*
 - i.3.2. *Con fecha **15 de diciembre de 2015** se instaló el tribunal arbitral encargado de conducir el arbitraje del cual deriva la presente recusación, habiéndose consignado en el acta respectiva las pretensiones según la solicitud de arbitraje que son materia de controversia:*

Primera Pretensión Principal: Que se declare el consentimiento de la liquidación final del Contrato N° 063-2007 para la ejecución de la obra: "Ítem A, Sector A (FCEC, FAT, FC, FECC: Proyecto: Construcción y Equipamiento de la ciudad universitaria y campus anexos, UNASAM", de fecha 06 de marzo de 2015.

Segunda Pretensión Principal: Que, como consecuencia del consentimiento de la liquidación presentada mediante Carta CSWI-022-15 de fecha 06 de marzo de 2015 se ordene a la UNASAM el pago a favor de la suma de S/. 6'295,372.24, cancelación que deberá efectuarse con el abono de los intereses correspondiente a la fecha efectiva de pago.

Tercera Pretensión: Que habiéndose culminado el contrato de obra mediante el consentimiento de la liquidación de fecha 06 de marzo de 2015 solicita la devolución de los montos correspondientes a las siguientes garantías: Carta fianza de fiel cumplimiento N° 6818135-000, Carta Fianza de adelanto directo S/. 130,709.41 y Carta Fianza de adelanto de materiales N° 6819310-00 (y sus renovaciones); monto total: S/. 2'726,773.53.

Cuarta Pretensión Principal: Que, asimismo, se hace extensivo a las pretensiones anteriores el pago de los intereses legales, así como el pago de las costas y costos que se generen producto del cobro dinerario.

i.3.3. *Con fecha 27 de diciembre de 2018, a través de la Resolución N° 34 el tribunal arbitral conformado por las señoras Katty Mendoza Murgado, María Esther Dávila Chávez y Lorena Antonieta Suárez Alvarado, con el voto en mayoría de las dos primeras de las mencionadas, emitió laudo de derecho, resolviendo la controversia seguida entre el Consorcio Leo y el Gobierno Regional de Amazonas, como consecuencia de las controversias derivadas de la ejecución del contrato N° 001-2012-GOB.REGAMAZONAS/GSRB para la ejecución de la obra: "Mejoramiento de Instituciones Educativas del sector San Luis, Bagua Grande, Urubamba, Región Amazonas SNIP52038". La parte pertinente del laudo respecto a los puntos controvertidos y el fallo se transcriben a continuación:*

PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA:

1. Determinar si corresponde o no, se declare el consentimiento y la validez de la liquidación final del Contrato N° 001-2012-GOB.REG.AMAZONAS/GSRB/CEP, presentada por el Consorcio Leo mediante Carta CL 022 – 2015 el 23 de abril de 2015.
2. Determinar si corresponde o no, se ordene a la Entidad pague a favor del Consorcio Leo la suma de S/. 629,065.58 (Seiscientos veintinueve mil sesenta y cinco con 58/100) por concepto de la liquidación presentada por el Consorcio, más los intereses generados desde la fecha en que correspondía hacerse hasta la fecha efectiva del pago.
3. Determinar si corresponde o no, se declare inválida e ineficaz la liquidación del contrato efectuada por la Entidad mediante Resolución de Gerencia Sub Regional N° 117-2015-GOB.REG.AMAZONAS/GSRB de fecha 3 de junio de 2016 y puesta a conocimiento del Consorcio Leo mediante Carta N° 089-2015.G.R.AMAZONAS/GSRB el 6 de junio de 2015.
4. Determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad asumir las costas y costos del proceso arbitral así como el patrocinio legal.

VI. LAUDO

Por tales consideraciones, el Tribunal Arbitral LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA, EN PARTE, la primera pretensión de la demanda, en consecuencia, corresponde declarar el consentimiento y validez parcial de la liquidación final del Contrato N° 001-2012-GOB.REG.AMAZONAS/GSRB/CEP, para la ejecución de la Obra: "Mejoramiento de la Infraestructura Educativa del Sector San Luis, Bagua Grande, Utcubamba, Amazonas", elaborada por el Consorcio Leo y presentada al Gobierno Regional de Amazonas mediante Carta CL 022 – 2015, el 23 de abril de 2015, debiendo excluirse de la misma los conceptos ordenados por este Tribunal Arbitral, conforme a lo dispuesto en los considerandos 5.71 al 5.86 del presente laudo.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA, EN PARTE, la pretensión accesoria a la primera pretensión de la demanda, en consecuencia, corresponde ordenar al Gobierno Regional de Amazonas pague a favor del Consorcio Leo la suma de **S/ 272,931.14** (Doscientos setenta y dos mil novecientos treinta y uno con

14/100 Soles), debiéndose incluir el IGV correspondientes más los intereses legales que correspondan desde el día 17 de julio de 2015 hasta la fecha efectiva de pago.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión de la demanda, en consecuencia, corresponde declarar válida y eficaz la liquidación del contrato efectuado por el Gobierno Regional de Amazonas, a través de la Resolución de Gerencia Sub Regional N°117-2015-GOB.REG.AMAZONAS/GSRB, de fecha 03 de junio de 2016 y puesta a conocimiento del Consorcio mediante la Carta N°089-2015.G.R.AMAZONAS/GSRB, de fecha 04 de junio de 2015, notificada el 06 de junio de 2015.

i.3.4. *El Contratista refiere que con fecha **14 de mayo de 2020**, solicitó a la árbitra recusada una ampliación de revelación, formulándole algunas preguntas, entre las cuales, se encontraban las siguientes:*

"1 ¿Si ha sido involucrado en alguna denuncia o investigación por cualquier entidad pública, la Fiscalía Nacional especializada en Corrupción de Funcionarios, en el marco de cualquier investigación, incluida la de llevada por el equipo especial Lava Jato, en calidad de denunciada, perito o testigo, ¿etc.?" (sic)

*"2. De ser afirmativa su respuesta a la pregunta anterior, señalar: ¿Desde cuándo y en qué estado se encuentran las investigaciones?
(...)*

"8. ¿Si en relación a la materia relacionado con el consentimiento de liquidaciones de obra si tiene una posición formada o expresada en laudos últimamente, se ser así, fue favorable a que parte en el arbitraje?" (sic)

i.3.5. *Mediante documento de fecha **5 de agosto de 2020**, la señora Katty Mendoza Murgado, absolvió las preguntas señaladas en el literal precedente, de la siguiente manera:*

a) *Respecto a la pregunta 1 y 2, respondió:*

"Al respecto, cumpla con informar que sí he sido investigada por la Fiscalía Nacional Especial en Corrupción de Funcionarios, pero por ningún hecho relacionado con el caso Lava Jato. La investigación fiscal iniciada en mi contra ha sido desestimada tanto por la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios como por la Segunda Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, no habiéndose formalizado denuncia alguna en mi contra.

Debo precisar que la investigación la que hago mención concluyó en marzo de este año y no guarda relación alguna con las partes ni con la controversia del presente proceso, razón por la cual no ha sido informada.

Como testigo he sido citada por la Fiscalía Suprema especializada en Corrupción de Funcionarios en tres oportunidades respecto a hechos y personas que no tienen relación alguna con el presente proceso. Desconozco los hechos que se investigan en dichos procesos pues solo fue citada como testigo.

(...)

Como lo mencioné la investigación fiscal en la que fue involucrada inició en el 2017 y concluyó en marzo de 2020, sin formalizar denuncia”.

b) Respecto a la pregunta 8, respondió:

“La absolución a la pregunta planteada no se encuentra dentro del ámbito de mi deber de revelación, sin embargo, preciso que he laudado en varios casos y todos se han colgado en el SEACE y han sido remitidos al OSCE para su respectiva publicación. Asimismo, preciso que en cuanto a la materia objeto del presente arbitraje debo señalar que las decisiones emitidas obedecen a cada caso en concreto y bajo la normativa aplicable”.

*i.3.6. La parte recusante señala que la carta de fecha 5 de agosto de 2020, le fue notificada el **24 de agosto de 2020**.*

*i.3.7. Mediante documento de fecha **11 de agosto de 2020**, la señora Katty Mendoza Murgado comunica a la secretaria arbitral su ampliación de información respecto a su carta del 5 de agosto de ese mismo año, precisando que ha sido notificada en esa misma fecha con una disposición fiscal en la que se le informa que la Fiscalía Suprema continuará con la investigación fiscal respecto a la cual la Fiscalía Provincial decidió no formalizar denuncia. Indica que los hechos involucrados en esa investigación no guardan relación alguna con el proceso arbitral del cual deriva el presente trámite.*

i.4 Un primer aspecto que cuestiona la recusación se enfoca en que la señora Katty Mendoza Murgado habría incumplido con su deber de revelación al no informar que en su calidad de árbitra emitió un laudo en otro proceso arbitral (seguido entre Consorcio Leo y el Gobierno Regional Amazonas) cuya materia de arbitraje sería la misma que se ventila en el proceso del cual deriva la presente recusación; generándose con ello dudas justificadas de su independencia e imparcialidad.

i.5 Al respecto, de la secuencia de hechos expuestos en el numeral i.3, se observa que el laudo emitido en el proceso seguido entre Consorcio Leo y el Gobierno Regional de Amazonas –donde entre otros puntos, se analizó pretensiones relacionadas con liquidación de obra- tiene fecha 27 de diciembre de 2018 y, por ende, resulta anterior al 24 de agosto de 2020 (fecha en la que el Contratista conoció de la absolución de preguntas de la árbitra recusada donde no especificara laudo alguno relacionado con consentimiento de liquidaciones de obra). No obstante ello, no se cuentan con

- elementos probatorios concluyentes para determinar cuándo fue el momento exacto en el cual el Contratista accedió o tomó conocimiento del contenido de dicho laudo (que hubiera permitido computar el plazo de cinco (5) días hábiles para plantear recusación por omitir su revelación); si consideramos que dicha parte no participa en el citado arbitraje y que el contrato materia de controversia no se relaciona con el que se discute en el proceso del cual deriva la presente recusación.*
- i.6 Siendo ello así, y, al no evidenciarse que se haya dispuesto el inicio del plazo para laudar en el arbitraje que origina el presente trámite, no podemos considerar que la recusación sobre este punto resulte extemporánea, por lo que es procedente analizar el fondo del aspecto relevante ii) del presente documento.*
- i.7 Un segundo aspecto que cuestiona la recusación se enfoca en que la señora Katty Mendoza Murgado no habría informado con oportunidad sobre la existencia de una investigación fiscal que se inició desde el año 2017, máxime cuando había indicado que había sido desestimada en marzo de 2020 pero que sin embargo, la misma seguía abierta por disposición de la Fiscalía Suprema, generando con dicha omisión dudas justificadas de su independencia e imparcialidad.*
- i.8 Sobre el particular, conforme se expone en el numeral i.3 del presente documento, el 14 de mayo de 2020 el Contratista solicitó a la árbitra recusada una ampliación de revelación formulándole algunas preguntas, entre otras, si se encontraba inmersa en alguna investigación, siendo que con fecha **24 de agosto de ese mismo año** (según lo señala esa misma parte) se le notificó con el documento del 5 de agosto de 2020, a través del cual la señora Katty Mendoza Murgado, informó que había sido investigada por la Fiscalía Nacional Especial en Corrupción de Funcionarios por hechos que no guardaban relación alguna con las partes ni con la controversia del presente proceso. Además la árbitra recusada precisó que la investigación fiscal en la que fue involucrada se inició en el 2017 y concluyó en marzo de 2020, sin formalizar denuncia.*
- i.9 Conforme a lo indicado, el 24 de agosto de 2020, el Contratista conoció de manera indubitable que la señora Katty Mendoza Murgado había sido investigada por el Ministerio Público desde el año 2017, por tanto, si consideraba que tal revelación implicaba una omisión por no haber declarado oportunamente tal hecho, debió haber planteado recusación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, sin embargo, el Contratista ha iniciado el presente trámite recién el 25 de enero de 2021, con lo cual dicho extremo de la recusación resulta manifiestamente extemporáneo, debiendo señalar que el hecho de que la árbitra haya precisado luego que la citada investigación continuaría debido a una reciente disposición superior del Ministerio Público, no enerva lo señalado si consideramos que ésta precisión de la señora Katty Mendoza Murgado se realizó con bastante antelación a la formulación de la presente recusación, esto es, el 11 de agosto de 2020, vale decir, hace más de cinco (5) meses.*
- i.10 Por lo expuesto, en el numeral precedente carece de objeto analizar el fondo del aspecto relevante iii) del presente documento.*
- ii) Respecto a si la señora Katty Mendoza Murgado incumplió con su deber de revelación al no haber informado con veracidad que en su calidad de árbitra emitió un laudo en otro proceso arbitral cuya materia de arbitraje es la misma que se ventila en el proceso del cual deriva la presente recusación, máxime que del fallo se advierte que tiene una posición ya formada o definida; generándose con ello dudas justificadas de su***

independencia e imparcialidad.

- ii.1 *Considerando que la recusación se ha sustentado en el 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 independencia³.*
- 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”*⁴ (el subrayado es nuestro).

- 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)⁵; b) Nivel del contenido: Informar lo relevante y razonable⁶; c) Extensión: Amplia visión para revelar hechos o supuestos, en equilibrio con el criterio de relevancia⁷; d) In dubio pro declaratione: En toda duda sobre la obligación de declarar debe resolverse a favor de hacer la declaración⁸; y, e) Oportunidad de la revelación⁹.*
- ii.5 *Asimismo, en el marco de la Ley, los árbitros están obligados a declarar oportunamente alguna circunstancia que les impida actuar con imparcialidad y autonomía¹⁰. El Reglamento de la acotada Ley, ha delimitado mejor esta obligación, señalando que el deber de información se efectúa con motivo de la aceptación del cargo así como por cualquier causal sobrevenida a la aceptación, precisando que cualquier duda sobre si determinada circunstancia debe informarse o no se resolverá a favor de la revelación¹¹.*

³ 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, pág. 323.

⁴ ALONSO PUIG, JOSE MARÍA, Op. Cit. pág. 324.

⁵ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA: Ibid.

⁶ CASTILLO FREYRE, MARIO – “El deber de declaración” artículo correspondientes a **Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Volúmen Nº 5**. publicado en http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol5/DIA-3-6.pdf.

⁷ ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA : Op. Cit., pág. 324.

⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO - Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje - Tomo I, pág. 345, Instituto Peruano de Arbitraje Primera Edición Enero 2011

⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS - Op. Cit.

¹⁰ La parte pertinente del artículo 53º de la Ley: “(...) Los árbitros deben cumplir con el deber de declarar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida actuar con imparcialidad y autonomía (...)”. -el subrayado es nuestro-

¹¹ La parte pertinente del artículo 282º del Reglamento señala: “(...) Todo árbitro, debe cumplir, al momento de aceptar el cargo, con el deber de informar sobre cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de informar respecto de la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a la aceptación (...) Cualquier duda respecto a si determinada circunstancia deben o no revelarse se resolverá a favor de la revelación que supone el cumplimiento del deber de información para con las partes (...).”

- ii.6 En consonancia con lo indicado, en el literal b) del numeral 4.2 y el numeral 4.3 del Código de Ética, se detallan los supuestos que debe ponderar el árbitro para su revelación¹², indicándose expresamente que “La omisión de cumplir el deber de revelación por parte del árbitro, dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del proceso y/o de ser el caso para la tramitación de la sanción respectiva”.
- ii.7 En atención a los criterios doctrinarios y normativos señalados, es necesario analizar los hechos que sustentan la recusación, debiendo considerarse lo siguiente:
- ii.7.1. Conforme se observa de los hechos expuestos en los numerales i.3.4 e i.3.5 del presente documento, el Contratista señaló que solicitó una ampliación de revelación a la árbitra recusada, preguntando, entre otras cosas, si tiene una posición formada o expresada en laudos sobre materia relacionada con el consentimiento de liquidaciones de obra, en cuya virtud la señora Katty Mendoza Murgado absolvió la interrogante formulada manifestando que dicha pregunta no se encontraba en el ámbito de su deber de revelación, no obstante precisó que sus laudos se encuentran colgados en el SEACE y sobre la materia de arbitraje señaló que las decisiones emitidas obedecen a cada caso en concreto y a la normativa aplicable.
- ii.7.2. Para el Contratista tal situación evidencia que la señora Katty Mendoza Murgado incumplió con su deber de revelación, toda vez que no informó con veracidad de un laudo que emitió en otro proceso arbitral (seguido entre Consorcio Leo y el Gobierno Regional de Amazonas) cuya materia de arbitraje sería la misma que se ventila en el proceso del cual deriva la presente recusación, máxime que del fallo se advertiría que se tiene una posición ya formada o definida; generándose con ello dudas justificadas de su independencia e imparcialidad.
- ii.7.3. Conforme a la normativa aplicable el árbitro, con motivo de aceptar el cargo, tiene la obligación de informar sobre cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de informar la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación.

¹² “Artículo 4.- Deberes éticos

(...)

4.2 Conflictos de interés y supuestos de revelación

(...)

b) Un árbitro debe ponderar la revelación de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- i) Si tiene algún interés, presente o futuro, vinculado a la materia controvertida o si adquiere o pudiese adquirir algún beneficio directo o indirecto de cualquier índole respecto al resultado o la tramitación del arbitraje.
 - ii) Si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje de conformidad con lo establecido en este Código.
 - iii) Si es o ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros en los últimos cinco años.
 - iv) Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros.
 - v) Si ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje, o si las ha asesorado o representado en cualquiera de sus modalidades.
 - vi) Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su independencia.
 - vii) Otras circunstancias previstas en la normativa de contrataciones del Estado como supuestos de afectación de los principios de independencia e imparcialidad.
- 4.3 La omisión de cumplir el deber de revelación por parte del árbitro, dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del proceso y/o de ser el caso para la tramitación de la sanción respectiva”.

ii.7.4. Entonces, las circunstancias que deben ser ponderadas por los árbitros para efectos de su revelación son aquellas que resulten relevantes al punto que pueden tener alguna incidencia en la actuación independiente e imparcial del juzgador al momento de resolver la controversia sometida su conocimiento, siendo por esa misma razón, que tales circunstancias no pueden desligarse del caso concreto a resolver.

ii.7.5. En consonancia con lo indicado GONZÁLES DE COSSIO¹³ 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". –el subrayado es agregado–

ii.7.6. Lo anterior guarda relación con el enfoque conceptual que sobre la independencia e imparcialidad ha aportado la doctrina, la cual en forma mayoritaria hace alusión a situaciones o relaciones que puede mantener el árbitro con las partes, materia, objeto de la controversia, proceso, co árbitros, juicios, entre otros aspectos^{14 15 16}.

ii.7.7. En tal sentido, el laudo arbitral a que hace referencia la parte recusante es aquel expedido con fecha 27 de diciembre de 2018 con el voto en mayoría de las árbitras Katty Mendoza Murgado y María Esther Dávila Chávez en el proceso arbitral seguido entre el Consorcio Leo y el Gobierno Regional de Amazonas como consecuencia de las controversias derivadas de la ejecución del contrato N° 001-2012-GOB.REGAMAZONAS/GSRB para la ejecución de la obra: “Mejoramiento de Instituciones Educativas del sector San Luis, Bagua Grande, Urubamba, Región Amazonas SNIP52038” (ver numeral i.3.3 del presente documento).

ii.7.8. Sin embargo, en el caso del arbitraje del cual deriva la presente recusación, la situación es distinta pues las partes son la Entidad y el Contratista en el marco de las controversias derivadas de la ejecución del Contrato de Obra N° 063 L.P N° 002-

¹³ GONZÁLES DE COSSÍO, FRANCISCO: Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros, artículo publicado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr26.pdf>

¹⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS ha señalado: “(…) 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 (…) 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 (…)- 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>.

¹⁵ MULLERAT OBE, RAMÓN comentando las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA expone: “(…) la parcialidad surge cuando un árbitro favorece a una de las partes o tiene prejuicios en relación con la materia objeto de la controversia. La dependencia surge de las relaciones entre el árbitro y una de las partes, o con alguien estrechamente conectado con alguna de las partes” -Consideraciones sobre la importancia e imparcialidad de los Árbitros en el Arbitraje Internacional. artículo publicado en <http://bicentenario.unc.edu.ar/acaderc/academias-iberoamericanas/congreso-de-academias-iberoamericanas/congreso-de-academias-a-coruna-2010/relatoponenciasarbitraleinter.pdf>.

¹⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO señala: “La independencia e imparcialidad, aunque parezcan sinónimos a primera vista, no lo son. La independencia se refiere a la ausencia de una relación objetiva y subordinada con alguna de las partes (ser abogado de una de ellas, por ejemplo) mientras que la imparcialidad obvia las relaciones formales y aprecia si pueden existir otras vinculaciones del árbitro con alguna de las partes que afecten su juicio imparcial (haberse pronunciado previamente sobre esta materia, tener negocio con uno de los litigantes, etc)” publicado en Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje - Tomo I, pág. 336, Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, Enero 2011.

2006-UNASAM-CEO para la ejecución de la obra: "ITEM A: Sector A (FCEC, FAT, FC Y FECC) Proyecto: Construcción y Equipamiento de la Ciudad Universitaria y Campus Anexos – UNASAM". Por tanto, no puede evidenciarse que en atención a las partes y la relación jurídica contractual exista alguna conexión directa o relevante entre ambos arbitrajes.

ii.7.9. Ahora bien, de la revisión de la parte considerativa del laudo arbitral antes mencionado (conforme se expuso en el numeral i.3.3 del presente documento) se verifican los siguientes aspectos:

- a) Existen puntos controvertidos que tienen relación con la declaratoria del consentimiento y la validez de la liquidación final del contrato N° 001-2012-GOB.REGAMAZONAS/GSRB presentada por el Consorcio Leo y el pago de S/.629,065.58 Soles y de intereses.
- b) Otros puntos controvertidos tienen relación con determinar la declaratoria o no de la invalidez e ineficacia de la liquidación del citado contrato efectuada por la Entidad mediante Resolución de Gerencia Subregional N° 117-2015.G.R./AMAZONAS/GSRB.
- c) Respecto a la pretensión del Consorcio Leo relacionada con los puntos controvertidos indicados en el literal a), el laudo declaró fundada en parte dicha pretensión y ordenó que el Gobierno Regional de Amazonas pague la suma de S/.272,931.14 Soles.
- d) Respecto a la pretensión del Consorcio Leo relacionada con los puntos controvertidos indicados en el literal b), el laudo declaró fundada dicha pretensión y declaró válida y eficaz la liquidación de contrato efectuada por el Gobierno Regional de Amazonas.

ii.7.10. En lo que corresponde al proceso del cual deriva la presente recusación, según se puede observar del numeral i.3.2 del presente documento, las pretensiones según la solicitud de arbitraje tendrían relación, entre otros, con los siguientes puntos:

- a) Se declare consentimiento de la liquidación final del contrato N° 063-2007 del 6 de marzo de 2015 y como consecuencia de ello se ordene a la Entidad el pago de S/. 6,295,372.24 Soles.
- b) Al culminar el contrato como consecuencia del consentimiento de la liquidación final se solicita la devolución de montos correspondientes a cartas fianzas.

No se ha presentado documentación adicional, que permita conocer el estado del proceso arbitral, si se planteó la demanda sobre estas mismas pretensiones, si se fijaron puntos controvertidos, si se han actuado medios probatorios, entre otros.

ii.7.11. Conforme se observa, la materia en controversia en el proceso del cual deriva la presente recusación, tiene relación con el consentimiento de una liquidación final del contrato y devolución de montos por parte de la Entidad, lo cual nominalmente presenta cierta coincidencia con la materia controvertida en el proceso seguido entre el Consorcio Leo y el Gobierno Regional de Amazonas (numeral ii.7.9); no obstante, tal coincidencia resulta relativa si se considera que en éste último proceso se discutió la validez de la liquidación final cosa que no se observa en el arbitraje del cual deriva la presente recusación. Además, si se hace un comparativo de pretensiones o puntos controvertidos entre ambos arbitrajes, según se señala en los numerales ii.7.9 y ii.7.10, se observan otras diferencias (como por ejemplo,

la reclamación de montos relacionados a cartas fianzas).

- ii.7.12. En todo caso esa coincidencia en las controversias (relativa a nuestro entender conforme lo hemos explicado), hacen pensar al Contratista que la árbitra recusada tiene una posición formada o definida plasmada en un laudo, que se encontraba obligada a informar.
- ii.7.13. Al respecto, la posibilidad que tiene un árbitro de emitir un pronunciamiento a través del cual se pronuncie sobre determinado asunto o resuelva la controversia, responde al ejercicio de una atribución competencial, inherente a la autonomía de juicio y valor del cual goza, que tiene como fundamento las circunstancias particulares de cada caso en concreto, entre ellas, la relación jurídica, las pretensiones controvertidas, los hechos propuestos, el material probatorio así como el derecho aplicable, entre otros.
- ii.7.14. Ello significa que el sólo hecho de que un árbitro o tribunal arbitral conozca y/o se pronuncie en determinado sentido sobre alguna pretensión en un arbitraje (incluso en forma desfavorable a los intereses de alguna de las partes) no implica necesariamente que va a actuar de la misma manera en otro proceso arbitral donde existan materias controvertidas semejantes (e incluso donde participe esa misma parte), a menos que existan circunstancias conexas relevantes y objetivas que comprometan la decisión del juzgador¹⁷.
- ii.7.15. En otras palabras, la simple coincidencia de algunos elementos o aspectos ventilados en dos (2) o más arbitrajes donde ha participado un mismo árbitro, no basta para atribuir un prejuicio, y por ende, poner en entredicho su imparcialidad.
- ii.7.16. En concordancia con ello, Mantilla Serrano¹⁸, desde la perspectiva del arbitraje internacional expone los siguientes comentarios:

“En los casos en los cuales el supuesto issue conflict estuvo basado en la participación de la misma persona como árbitro en distintos procedimientos, se hizo hincapié en la existencia de circunstancias similares y de vínculos entre los casos. Pero, en ninguno de los casos analizados, se llegó a la conclusión de que los vínculos existentes eran suficientes para configurar una situación de conflicto. Las recusaciones son, por lo general, rechazadas porque las demandas son distintas, sus causae petendi son diferentes o porque las partes no son las mismas. Este análisis es comparable al de la triple identidad que es necesaria a fin de alegar con éxito la excepción de cosa juzgada (res judicata), esto es, identidad subjetiva, identidad objetiva e identidad causal. Asimismo, este análisis es utilizado cuando se intenta demostrar la existencia de prejuicio.

¹⁷ Francisco González de Cossio cita un caso resuelto por la Corte de Apelación de París (sheriff jamil Ben Nasser v. BNP et Crédit Lyonnais) la cual sostuvo que: “(...) Ni el principio de contradicción (...) ni el derecho a la defensa han sido violados cuando el mismo árbitro decide en dos instancias paralelas. La respuesta es distinta cuando en la otra instancia en la que ha intervenido exista una decisión que pueda constituir un prejuicio desfavorable, e particular cuando el árbitro ha participado, en un mismo asunto, en una sentencia que entrañe lógicamente ciertas consecuencias por las cuestiones a resolver en la segunda. Sin embargo, el prejuicio debe versar sobre el conjunto indisoluble de hecho y derecho, que constituye la causa sometida al árbitro; en efecto, no existe prevención ni prejuicio cuando el árbitro es llamado a pronunciarse sobre una cuestión de hecho próxima a aquella examinada anteriormente, pero entre partes diferentes, y aún menos cuando debe resolver una cuestión de derecho sobre la cual se ha pronunciado previamente” -El Arbitraje - Editorial Porrúa, tercera edición, México, 2011, página 495.

¹⁸ MANTILLA-SERRANO, FERNANDO: “La independencia de criterio del árbitro (issue conflict)” publicado en Arbitraje Comercial Internacional en Europa, Palestra Editores S.A.C., 1ra edición, 2013, Lima, páginas 89-90.

En los casos «arbitro-arbitro» analizados, se alegaron contextos comunes o situaciones semejantes. Sin embargo, las decisiones alcanzadas en estos casos confirmaron el principio de que el hecho de participar, o de haber participado, como árbitro en varios casos que presenten uno o varios puntos de conexión no constituye, en sí mismo, un conflicto que determine la recusación del árbitro» –el subrayado es agregado–.

- ii.7.17. En virtud a las consideraciones expuestas, debemos señalar que si bien es cierto, nominalmente hay algunas coincidencias en las materias en controversia, procesalmente no puede concluirse que las pretensiones o puntos controvertidos que se han planteado respecto a dichas materias en cada proceso sean estrictamente similares o sustancialmente conexas, en tanto que, cada pretensión se formula sobre la base de un objeto (esto es, lo que se peticiona) y la causa (la razón fáctica y jurídica que la fundamenta)¹⁹; siendo que ello en cada caso necesariamente difiere pues las relaciones jurídicas contractuales son distintas.
- ii.7.18. En esa línea, la recusación tampoco ha identificado premisas y conclusiones del juicio lógico utilizado por la árbitra respecto al material fáctico, medios probatorios y/o derecho aplicable en el arbitraje seguido entre el Consorcio Leo y el Gobierno Regional de Amazonas, que a su criterio implicarían un prejujuicio sobre la materia controvertida en el proceso del cual deriva la presente recusación. Simplemente, se ha limitado a señalar que se tratan de las mismas controversias, lo cual como hemos analizado anteriormente no resulta del todo correcto.
- ii.7.19. En atención a lo expuesto, el hecho de que la señora Katty Mendoza Murgado no haya dado a conocer que participó como árbitra en el proceso arbitral seguido entre el Consorcio Leo y el Gobierno Regional de Amazonas emitiendo un laudo arbitral, no puede suponer por su sólo mérito un quebrantamiento de su deber de revelación en tanto que dichas partes y los contratos objeto de controversia no tienen relación alguna con las que se ventilan en el proceso del cual deriva la presente recusación, siendo que además no está demostrado que procesalmente los hechos controvertidos en cada arbitraje presenten una conexión relevante o sustancial y que además no se ha probado que aspectos de la valoración considerativa y resolutoria del laudo constituyen un prejujuicio o posición definida respecto a la controversia que se ventila en el proceso del cual deriva la presente recusación.
- ii.7.20. Por todas las razones expuestas, 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 resolver las recusaciones contra los mismos;

¹⁹ DAVIS ECHANDÍA, HERNANDO ha señalado: “ La pretensión comprende el objeto litigioso (la cosa o el bien y la declaración del derecho que se reclama o persigue) y la afirmación de que lo .reclamado coincide con la norma jurídica cuya actuación se pide, en vista de determinados hechos, o sea de cierta causa jurídica (...) Si cambian aquellos o esta, la pretensión varía necesariamente, lo que es fundamental para la determinación del contenido de la cosa juzgada, de la sentencia congruente y de la litis pendencia” - Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Editorial Aguilar, Madrid, 1966, página 217.

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

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

Estando a lo expuesto y de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM; su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM; 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 N° 136-2019-OSCE/PRE; y, con el visado de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de recusación formulada por el Consorcio SWI contra la señora Katty Mendoza Murgado respecto a los hechos expuestos en el aspecto relevante iii) del presente documento; en atención a las razones que sustentan la extemporaneidad señaladas en el aspecto relevante i) de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Declarar **INFUNDADA** la solicitud de recusación formulada por el Consorcio SWI contra la señora Katty Mendoza Murgado respecto a los hechos expuestos en el aspecto ii) del presente documento; conforme a las razones que se indican en ese mismo aspecto relevante de la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Tercero.- Notificar la presente Resolución a las partes y a la señora Katty Mendoza Murgado.

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

Artículo Quinto.- Dar cuenta al Titular de la Entidad de la emisión de la presente Resolución dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del mes siguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la Resolución N° 187-2020-OSCE/PRE.

Regístrese, comuníquese y archívese.

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

YEMINÁ EUNICE ARCE AZABACHE

Directora de Arbitraje