

¿CÓMO LOGRAR LA ANULACIÓN DE UN LAUDO POR CORRUPCIÓN EN SUS TRIBUNALES?: LECCIONES APRENDIDAS DEL CASO ONCOSERV*

HOW TO ACHIEVE ANNULMENT OF AN ARBITRAL AWARD FOR TRIBUNAL CORRUPTION? LEARNED LESSONS OF CASE ONCOSERV

Andrés Talavera Cano**
Universidad del Pacífico

The Arbitration is a one – time process instance in which the parties submit in an arbitrator to settle a dispute between them. The annulment of this process occurs through an exceptional remedy before the judicial court which finds sustenance in a serious violation of due process.

In the present article, the author analyzes the case “Oncoserv v. Regional Government of Arequipa”, which has set a milestone in the history of Arbitration in Peru due to its unfortunate link with corruption. Its relevance lies in the application of the annulment remedy for an issue other than the notification or right to defense, such as corruption, which has had a great impact on national law.

KEY WORDS: Arbitration; Corruption; Due Process; Annulment Remedy; Professional Ethics.

El arbitraje es un proceso de única instancia en el cual las partes se someten a un árbitro a solucionar una controversia entre ellos. La anulación de este proceso se da por medio de un recurso excepcional ante la vía Judicial que encuentra sustento en una grave vulneración al debido proceso.

En el presente artículo, el autor analiza el caso “Oncoserv v. Gobierno Regional de Arequipa”, el cual ha marco un hito en la historia del Arbitraje en el Perú debido a su desafortunado vínculo con la corrupción. Su relevancia radica en la aplicación del recurso de anulación por un tema distinto a la notificación o derecho a la defensa, como es la corrupción, lo cual ha tenido un gran impacto en el derecho nacional.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje; Corrupción; Debido Proceso; Recurso de Anulación; Ética profesional.

* El autor desea agradecer especialmente el apoyo de Arlin Mondragón y Daniela Rizo Patrón en la preparación del presente artículo. Sin su apoyo y compromiso, su elaboración no hubiera sido posible. Arlin Mondragón es alumna del noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Daniela Rizo Patrón es alumna del séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Pacífico.

** Abogado. Estudios adicionales en el Programa de Intercambio Estudiantil de la University of Wisconsin – Madison. Egresado del Diploma de Especialización en Arbitraje en la Contratación Pública del CONSUCODE (Hoy OSCE), dictado por la Universidad Ricardo Palma. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Universidad del Pacífico. Asociado en Bullard, Falla & Ezcurra + hasta Julio de 2017. Contacto: atalaveracano@gmail.com.

I. ARBITRAJE Y CORRUPCIÓN DE ÁRBITROS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Corrupción y Arbitraje son dos vocablos que vienen coincidiendo en muchas noticias y escándalos en diversos países de Latinoamérica como Perú, Brasil, Colombia, entre otros. Más allá de los severos daños que puedan haber generado a la imagen de la institución arbitral, consideramos que principalmente han generado un proceso sanamente evolutivo en dicha institución. La historia en el caso Odebrecht está aún por escribirse y esperamos que este artículo sirva de línea de guía una vez que se identifique a los responsables.

Se ha dado un proceso de selección natural que ha permitido eliminar a aquellos árbitros y operadores que desnaturalizaban la figura del arbitraje, es decir, se están extirpando aquellos malos elementos que pretendían hacer daños a esta institución.

Revisemos brevemente el contexto internacional. Un reciente caso de soborno al árbitro italiano, Marco Lacchini, en el caso *AmTrust Servicios Financieros v. Antonio Somma y Marco Lacchini* refleja **cómo es que la corrupción puede amenazar al arbitraje**.

AmTrust Financial Services Inc., una compañía de seguros con sede en Nueva York, demandó el 6 de abril de 2016, bajo la Ley RICO de los Estados Unidos (RICO, 2017), a uno de sus ex socios, Antonio Somma y a Marco Lacchini. El motivo: soborno. Lacchini era Presidente del Tribunal Arbitral en dos arbitrajes *ad hoc*, ambos con sede en Milán, seguidos por empresas de Somma contra Am Trust. Somma, con el objetivo de asegurar el resultado de los arbitrajes, sobornó al árbitro para que éste se pronuncie a favor de sus empresas, ofreciéndole a cambio el 10% de las ganancias de ambos arbitrajes.

La aseguradora estadounidense comenzó a sospechar de un comportamiento inusual en los arbitrajes, lo que llevó a que contratara a una firma de inteligencia de negocios israelí para investigar qué ocurría. Esta envió a dos investigadores a reunirse con Somma para que, mientras fingían representar a unos inversionistas chinos, graben secretamente la reunión. Como resultado, se obtuvo una grabación en la que Somma declaró abiertamente haber ejercido el “control” sobre los procedimientos arbitrales.

Además, en la demanda presentada contra Somma y Lacchini, *AmTrust* mostró otra declaración

hecha por el primero a los supuestos inversores chinos, inmortalizando una frase que seguro será una que satanice la vinculación entre el arbitraje y la corrupción: “el arbitraje es un hombre”. Esta frase la dijo mientras frotaba su pulgar contra sus otros dedos de la mano, gesto típicamente utilizado para hacer referencia al dinero (Di Pasquale y Larson, 2016). En otras palabras, Somma declaró abiertamente que con el dinero podía comprar la conciencia de los árbitros.

Según datos del Portal *Bloomberg*, Somma logró una rápida resolución de la disputa contra AmTrust, obteniendo un laudo favorable que otorgaba € 400'000,000.00 a sus empresas. Cuando se le preguntó cuánto había pagado al Presidente del Tribunal Arbitral, Somma tomó un pedazo de papel y escribió “10%”, agregando luego: “lo que escribí esta noche ni siquiera lo sabe mi mujer” (Di Pasquale y Larson, 2016).

El 5 de mayo de 2016, el árbitro Mario Lacchini fue descalificado por la Corte de Milán, debido a la evidencia derivada de su comportamiento hostil contra *Am Trust* (Perry, 2016). Por su parte, Somma se vio absuelto de la demanda al llegar, en julio del mismo año, a un acuerdo transaccional con la empresa aseguradora, quien afirmó que continuaría el caso solamente contra Lacchini (Jones, 2017).

Sin embargo, el 23 de febrero del 2017, la Corte del Distrito de Nueva York declaró improcedente la demanda contra Marco Lacchini, dando por concluido el proceso. El acusado había planteado una moción de desestimación, alegando que las cortes estadounidenses carecían de jurisdicción para resolver el caso pues los arbitrajes en cuestión habían ocurrido en Milán.

El juez Engelmayer le dio la razón, indicando que “el reclamo no alega que Lacchini haya planeado causar efectos en los Estados Unidos o en el mercado de los Estados Unidos. Que Am Trust sea americana no rescata su demanda porque, como la Corte Suprema ha sostenido, «el demandante no puede ser el único vínculo entre los demandados y el foro»” (United States District Court Shouthern District of New York, 2017)¹. Más allá de estas cuestiones jurisdiccionales, el escándalo de corrupción y la forma de probarlo ya están sobre la mesa de los operadores del arbitraje comercial internacional.

Otro caso reciente de corrupción en arbitrajes internacionales se ha dado en torno al arbitraje se-

¹ Traducción libre de: “The complaint simply does not allege that Lacchini schemed to cause effects in the United States or a United States market. That AmTrust is an American concern does not rescue AmTrust’s claim because, as the Supreme Court has held, ‘the plaintiff cannot be the only link between the defendants and the forum.’”

guido entre los Estados de Croacia y Eslovenia para la delimitación de su frontera marítima y terrestre.

El camino a la resolución de la disputa marchaba pacíficamente. No obstante, de manera repentina, se reveló que el árbitro de nacionalidad eslovena, Jernej Sekolec, estaba secretamente en contacto con una agente de Eslovenia, Simona Drenik. Estos contactos, que supuestamente tuvieron lugar durante dos conversaciones telefónicas secretas, el 15 de noviembre de 2014 y 11 de enero de 2015, incluyeron discusiones acerca de la mejor manera de influenciar a los demás árbitros que conformaban el Tribunal y el informe por parte del árbitro en relación al avance de las deliberaciones del Tribunal.

El fin era lograr un pronunciamiento favorable para Eslovenia. Al respecto, en la filtración del avance de las deliberaciones del Tribunal se observó cómo es que el árbitro Sekolec intentó persuadir al resto del Tribunal, con el objeto de lograr otorgar a Eslovenia, al menos, dos terceras partes de lo reclamado en la controversia (Sarvarian y Baker, 2017). Las filtraciones habían sido difundidas en la página web de dos conocidos diarios croatas, *Serbia Newsweek* y *Večernji List*. No obstante, en las notas periodísticas no se hace alusión a algún pago por parte del Gobierno Esloveno a favor del árbitro Jernej Sekolec.

Frente a la situación descrita, el primer ministro de Eslovenia, Miro Cerar, anunció que había exigido y, posteriormente, recibido las renuncias de los árbitros. Asimismo, anunció que el Gobierno de Eslovenia no había estado al tanto de estas comunicaciones.

Del mismo modo, en el 2013, *Global Arbitration Review* informó sobre la demanda presentada en Malasia contra un árbitro del Reino Unido por haber solicitado un soborno. Yusof Holmes Abdullah, un árbitro de nacionalidad británica fue acusado de solicitarle US\$ 2 millones de dólares al director de una empresa local, JMR Construcción, a cambio de pronunciarse a su favor en un arbitraje *ad hoc* seguido en contra de una compañía de capitales chinos, Syarikat Nanjing Changjiang Canal Ingeniería Bureau. Estos hechos se habrían registrado entre agosto y setiembre de 2012 (Perry, 2017).

Frente a ello, la Comisión Anticorrupción de Malasia [en adelante, MACC] emitió un aviso ampliamente reportado en la prensa local, indicando que, si Yusof Holmes fuese hallado culpable, podría tener una pena privativa de libertad de hasta 20 años y una multa de al menos cinco veces el valor del presunto soborno.

El 25 de junio de 2013, el árbitro británico se presentó ante el Tribunal de Sesiones en George Town, Penang (Shagar, 2013), para hacer frente a los cargos de los cuales se le acusaba bajo la Ley Contra la Corrupción de Malasia del año 2009. El resultado: Yusof Holmes Abdullah fue declarado culpable, logrando recuperar su libertad con el pago de una fianza de US\$ 16,000.00.

Este caso ha sido el primero que muestra la corrupción en un procedimiento arbitral llevado a cabo en Malasia. No obstante, el Centro Regional de Arbitraje de Kuala Lumpur [en adelante, KLRCA], a pesar de no haber sido la entidad administradora del caso, retiró rápidamente a Yusof Holmes Abdullah de su lista de árbitros tras la revelación de estas acusaciones. La rápida respuesta del KLRCA hace hincapié en la determinación del Centro por proteger su estatus como un foro fiable para el desarrollo de procesos arbitrales (Choi Fuh Mann y Yeap, 2017).

En los casos citados anteriormente, podemos observar que, a pesar de que no todos los árbitros recibieron una sentencia penal por sus delitos de corrupción o tráfico de influencias, sí se nota el rápido actuar de las instituciones y autoridades de los respectivos casos. El rechazo a la corrupción y el rápido actuar contra ella están presentes en todos los ejemplos comentados.

Habiendo desarrollado una breve reseña de los casos internacionales más emblemáticos de corrupción de árbitros ocurridos en los últimos años (seguramente habrán más), debemos indicar que, en nuestro país, ya hemos tenido el primer caso de anulación de un laudo arbitral por haberse verificado la corrupción de sus árbitros. En este arbitraje, dos árbitros comprometieron anticipadamente sus votos y conciencias, renunciando a cumplir con su labor de administración de justicia a un caso concreto.

El “caso concreto” al que nos referimos es el de Oncoserv Arequipa S.A.C. contra el Gobierno Regional de Arequipa. A continuación los detalles de esta nefasta historia derivada de la mafia de Orellana y un sucinto relato de lo más alentador: cómo es que la corrupción no quedó impune y el sistema arbitral respondió con mano firme ante este tipo de irregularidades.

II. ARBITRAJE Y CORRUPCIÓN DE ÁRBITROS EN EL CONTEXTO NACIONAL

Todo inició en el 2006, año en el cual ONCOSERV INC, representada por Eddy Manfreda y bajo la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, firmó un Contrato de Concesión con el Gobierno Regional de Arequipa [en adelante, el GRA]

para brindar el Servicio de Radioterapia, Imagenología y Laboratorio a favor del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas del Sur.

Posteriormente, mediante Resolución 18-2010-GRA/OIPI de fecha 17 de agosto de 2010, el GRA aprobó la cesión de posición contractual de ONCOSERV INC a favor de GIMAIN S.R.L y el cambio de denominación de ésta última a ONCOSERV AREQUIPA S.A.C. [en adelante, ONCOSERV] (Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2015) como nueva concesionaria del GRA. ONCOSERV tenía entre sus accionistas a Eddy Manfreda y a su esposa, Victoria Infantas.

En el año 2012, luego de generarse una serie de controversias entre las partes, ONCOSERV decide iniciar un arbitraje contra el GRA. ONCOSERV y el GRA designaron como árbitros a Pablo Iglesias Palza y Sheyna Tejada Amado, respectivamente. El presidente del Tribunal Arbitral fue Hernando Talavera Díaz.



Las pretensiones que las partes plantearon, en resumidos términos, fueron las siguientes (Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2015):

| ONCOSERV | GRA |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero - Aprox. S/. 7 millones por Ejercicio 2011 - Monto por definir vía pruebas periciales por Ejercicios 2012 y 2013 | <ul style="list-style-type: none"> • Resolución contractual - Aprox. S/. 8 millones por daños y perjuicios - Ejecución de Garantía de Fiel Cumplimiento |
| <ul style="list-style-type: none"> • Resolución contractual y caducidad de la concesión - Aprox. US\$ 7 millones x daños y perjuicios | |

A sólo dos meses de instalado el Tribunal, en noviembre de 2012, ONCOSERV solicitó una medi-

da cautelar de embargo con pago anticipado por S/.7'192,623.03. El Tribunal Arbitral, en mayoría (con los votos de Hernando Talavera y Pablo Iglesias), declaró procedente la medida cautelar y ordenó su inmediata ejecución mediante Resolución Cautelar 01 de fecha 17 de diciembre de 2012 (Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2015). Dicha medida cautelar se hizo efectiva en el mes de febrero del año 2013, generando que el GRA desembolsara un monto de S/.7'192,623.03 a favor de ONCOSERV.

Posteriormente, con fecha 11 de diciembre de 2014, el Tribunal Arbitral emitió, en mayoría, el Laudo correspondiente, el cual favorecía a ONCOSERV, reconociendo S/. 44'000,000.00 a su favor (Condori, 2015).

III. BREVE MARCO TEÓRICO SOBRE LA ANULACIÓN DE LAUDOS

Antes de destapar el escándalo de corrupción que este caso representa para el arbitraje nacional, debemos tener en cuenta que respecto de un laudo arbitral sólo procede el recurso de anulación y, en algunos supuestos no aplicables al presente caso, la interposición de un amparo arbitral.

Tal y como señalan Várady, Barceló y Von Mehren (2006, p. 709), la anulación implica un estándar de revisión limitado. El escrutinio al que es sometido un laudo arbitral está restringido esencialmente a una lista taxativa de causales vinculadas con asuntos procedimentales.

El *Digest* de UNCITRAL es un documento que busca uniformizar los alcances e interpretación de las estipulaciones de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL (la cual sirvió de base y modelo para nuestra actual Ley de Arbitraje). Dicho *Digest*² precisa que el recurso de anulación no es una instancia de apelación ante las Cortes, por lo que no es posible reevaluar la evidencia o incluso la corrección de la decisión del Tribunal en los méritos.

Sin embargo, el mismo *Digest* hace precisiones claves respecto de los alcances de la anulación del laudo por afectación al debido proceso. En efecto, el *Digest*³ refiriéndose a la causal de anulación contenida en el artículo 34, num 2 a) ii)⁴ señala que para justificar la anulación de un laudo por vulneración al debido proceso, las Cortes deben haber

² Cfr. con <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>. P. 134.

³ Cfr. con <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>. P. 134.

⁴ Revisar el Artículo 38 de la Ley Modelo de Arbitraje UNCITRAL: "(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if: (a) the party making the application furnishes proof that: (...) (ii) the party making the application (...) was otherwise unable to present his case;"

identificado que la conducta del Tribunal Arbitral fue suficientemente grave como para contrariar las nociones más básicas de moralidad y justicia.

Nuestra Ley de Arbitraje tiene una causal de anulación virtualmente idéntica en el artículo 63, numeral 1, literal b) del D.L. 1071, a saber:

b. Que **una de las partes** no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o **no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos**. [El resaltado es nuestro].

Como bien señala Avendaño en los comentarios respecto a los alcances de dicha causal de anulación, la frase “no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos” ha sido interpretada extensivamente por las Salas Comerciales (2011, pp. 695-896). Se ha establecido que aquellos derechos que la parte impugnante no ha logrado hacer valer son aquellos vinculados no solo con el derecho de defensa sino con el debido proceso en general. En ese sentido, si la parte impugnante no ha logrado hacer valer dichos derechos, puede recurrir excepcionalmente a la anulación de laudo ante las Cortes.

Definidos los alcances de esta causal de anulación, procederemos a evaluar cómo es que ésta ha sido analizada y aplicada por las Salas Comerciales en este caso de anulación de Laudo por corrupción en sus Tribunales.

A. Decisión del Laudo arbitral

Frente a la decisión tomada por el Tribunal Arbitral, el GRA presentó, el 29 de diciembre de 2014, una solicitud de Aclaración y Exclusión contra el laudo sub materia. De lo expuesto hasta este punto, todo parecería indicar que nos encontraríamos ante un procedimiento arbitral sin nada extraño, nos guste o no cómo es que se resolvió la controversia.

Sin embargo, a partir de la solicitud del GRA, la Dra. Marita Barreto, Fiscal del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Sala Penal Nacional, inició una investigación del caso. El resultado: el 27 de enero de 2015 se emitió una Sentencia, en la que se dispuso la detención de:

- Eddy Manfreda
- Los árbitros Hernando Talavera Díaz y Pablo Iglesias Palza
- Guillermo Alarcón Menéndez, Rodolfo Orellana Rengifo y Ludith Orellana Rengifo

A todos ellos se les imputó la comisión de los delitos de asociación ilícita para delinquir en agravio

del GRA y lavado de activos (Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2015). De este modo, los miembros del Tribunal Arbitral que laudaron en mayoría se encontraban inmersos en sendas investigaciones penales por presuntamente haber formado parte de la Red Orellana. La mafia fue descubierta y la corrupción que la había acompañado salió a la luz.

El 1 de febrero de 2015, en un reportaje periodístico del programa dominical Cuarto Poder, denominado “Las cajas fuertes del clan Orellana y el papel de “Pocho” Alarcón”, se informó que un colaborador eficaz del clan Orellana decidió contar todo lo que sabía a las autoridades, relatando con lujo de detalles lo que había ocurrido en el arbitraje corrupto seguido entre ONCOSEV y el GRA:

Entregaron los maletines a Ludith Orellana en su departamento en Surco, donde también estaba Guillermo Alarcón, su amigo Eddy Manfreda, Pablo Iglesias y Hernando Talavera. Ludith puso los bloques de dinero sobre una mesa y con la ayuda de su esposo comenzaron a contar el dinero. Luego empezó el reparto. Entregó 3 millones y medio a Eddy Manfreda, 300 mil soles aproximadamente a Guillermo Alarcón y para Pablo Iglesias y Hernando Talavera, 300 mil soles más a cada uno. Los hermanos Ludith y Rodolfo Orellana Rengifo se quedaron con 2 millones 600 mil soles. (Cuarto Poder, 2017).

A efectos de respaldar su versión, el colaborador eficaz entregó un video a la Fiscal Marita Barreto, en el cual podía apreciarse cómo es que estos individuos se repartían el dinero. La corrupción arbitral quedó en evidencia. Los árbitros Pablo Iglesias y Hernando Talavera habían comprometido anticipadamente el sentido de sus votos y decisiones a favor de ONCOSEV, y el nefasto clan Orellana. Se dejó en evidencia la repugnante y nefasta “estrella de la corrupción”, manchando así la transparencia y seriedad de los procesos arbitrales.

Ante esta situación, en febrero de 2015, la Procuraduría Pública del GRA presentó un recurso de anulación de laudo ante la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Dos meses después, los jueces debaten el caso y, el 20 de octubre del 2015, dictan sentencia donde disponen la anulación del laudo.

B. La sentencia de anulación de laudo

Todos los hechos hasta aquí narrados acerca del caso ONCOSEV tienen como finalidad última responder a las siguientes interrogantes: ¿Cómo se logra anular un laudo que ha sido emitido por árbitros corruptos? ¿Cómo es que el GRA logró que se

declare fundada su demanda de anulación del laudo arbitral, conforme a las causales de anulación previstas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje?

A continuación, las respuestas a estas interrogantes.

El GRA invocó en su demanda de anulación una serie de causales, pero nos enfocaremos en la que consideramos es la aplicable al presente caso:

- **Artículo 63, numeral 1, literal b) del D.L. 1071:**

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. [El resaltado es nuestro].

Conforme se aprecia en los antecedentes citados en la sentencia de anulación, el GRA, ya enterado de la red de corrupción que envolvió al arbitraje iniciado por ONCOSERV, manifestó ante la Sala que tramitaba el recurso de anulación lo siguiente:

- 3.1** “Como se puede apreciar este Proceso Arbitral está lleno de irregularidades, y más aún debe tenerse en cuenta que los Árbitros Hernando Talavera Díaz (Presidente del Tribunal) y Pablo Antonio Iglesias Palza (Árbitro), junto con el Gerente de ONCOSERV AREQUIPA SAC, Eddy Manfreda Geraldino, se encuentran actualmente con prisión preventiva de 18 meses, por la comisión de los delitos de lavado de activos y asociación ilícita para delinquir en agravio del GRA.
- 3.2** Asimismo debe tenerse en cuenta que el día 4 de febrero del 2015, cuando el **Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, dictó el mandato de 18 meses de detención preventiva a los mencionados señores, en el momento que el Presidente del Tribunal Arbitral, Hernando Talavera Díaz, hizo su alegato, señaló que se acogía a la confesión sincera, y manifestó que fue amenazado por el clan Orellana de forma constante.**
- 3.3** POR LO TANTO EN EL PRESENTE CASO ESTAMOS ANTE UN LAUDO ARBITRAL EMITIDO EN UN **PROCESO IRREGULAR, VULNERÁNDOSE EL DERECHO FUNDAMENTAL A UN DEBIDO PROCESO, CONTRAVINIÉNDOSE DIRECTAMENTE EL PRECEDENTE VINCULANTE ESTABLECIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITU-**

CIONAL EN LA STC 06167-2005-HC, SOBRE DEBIDO PROCESO ARBITRAL”⁵.

Del mismo modo, se señaló que este laudo irregularmente emitido reconocía una clara afectación económica al Gobierno Regional de Arequipa, debido a que en el mes de noviembre de 2012, ONCOSERV había solicitado una medida cautelar de embargo en forma de retención y pago anticipado de S/.7'192,623.03 nuevos soles, a cuenta de la demanda total. Y fue dicho Tribunal Arbitral corrupto que otorgó la citada medida cautelar, ordenando su inmediata ejecución en febrero de 2013.

El razonamiento de los magistrados encargados de resolver el caso se enfocó en la causal b) del numeral 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo 1071: “b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o que no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”.

A continuación una breve reseña de sus principales fundamentos y razonamientos jurídicos que sirvieron de base para declarar fundada la demanda de anulación de laudo presentada por el GRA.

C. ¿Cómo la sala “destapó” la corrupción de los árbitros en la sentencia?

Sobre la base del análisis detallado anteriormente y esbozado por la Sala en la sentencia de anulación, se emitió la primera (o una de las primeras sentencias) que declaró la anulación de un laudo por haber determinado la existencia de corrupción en los árbitros. Frente a ello, vale la pena mencionar cuáles fueron los hechos específicos que llevaron a la Sala a anular el laudo, a fin de no sólo entender el alcance jurídico de la anulación, sino también el alcance fáctico de la misma.

En ese sentido, de lo observado en el análisis de la Sentencia de anulación, la Sala anuló al laudo arbitral en cuestión sobre la base de los siguientes hechos:

- De acuerdo a la investigación realizada por la Segunda Fiscalía de Lavado de Activos a Guillermo Alarcón Menéndez, éste fue acusado de ser el lobista que indujo al Gobierno Regional de Arequipa a suscribir el contrato con ONCOSERV INC en el año 2006⁶.
- En el año 2012, Eddy Manfreda recurrió a su amigo, Guillermo Alarcón, quien lo puso en

⁵ Recurso de Anulación del Laudo Arbitral presentado por el Gobierno Regional de Arequipa. 2015.

⁶ Considerando 15.2 de la Sentencia de Anulación.

contacto con Rodolfo y Ludith Orellana. Se acordó que Manfreda sometería al Gobierno Regional de Arequipa a un proceso arbitral cuyo Tribunal estaría controlado por Orellana⁷.

- De acuerdo a las investigaciones y pruebas obtenidas por la Segunda Fiscalía de Lavado de Activos, los 7 millones embargados fueron a parar a las manos de Rodolfo Orellana⁸.
- El video transmitido en los medios de comunicación demuestra que los árbitros, Hernando Talavera y Pablo Iglesias, recibieron sendas sumas de dinero por la medida cautelar embargada⁹.
- La confesión sincera del árbitro Hernando Talavera, aceptando haber recibido dinero producto de la medida cautelar otorgada.
- En el allanamiento realizado al domicilio del árbitro Hernando Talavera Díaz, se le encontró S/. 220,000.00, de los cuales aproximadamente S/. 77,400.00 correspondían al pago recibido por el caso ONCOSERV, conforme a lo señalado por el colaborador eficaz¹⁰.

Es así como la Sala llega a la convicción de que los árbitros del Tribunal Arbitral, Hernando Talavera y Pablo Iglesias, actuaron con la idea preconcebida de despojar al GRA de una considerable cantidad de dinero.

En ese sentido, y tomando en cuenta el análisis fáctico descrito, veamos ahora el razonamiento jurídico de la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial, la cual anuló el laudo amparándose en el numeral 1, literal b) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, de acuerdo al siguiente razonamiento jurídico:

- (i) **Se ha afectado el derecho al debido proceso en su expresión de ser juzgado por un Juez independiente e imparcial, contraviéndose directamente el Precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en la STC 06167-2005-HC sobre debido proceso arbitral.**

Al respecto, la Sala ha manifestado lo siguiente:

- “(...)El Tribunal Arbitral debe velar por la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional que, como derechos fundamentales, se encuentran consagrados en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, pues, con ellos “se procura garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica, ésta sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas”¹¹.
- “(...) Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso. (...)”¹².

- (ii) **Se ha vulnerado la garantía de imparcialidad subjetiva, dado al acreditado compromiso de los árbitros con ONCOSERV y su interés en el resultado del proceso para favorecerla y favorecerse económicamente ellos mismos. Así, se ha lesionado el factor Confianza, que es fundamento esencial del proceso arbitral.**

Al respecto, la Sala ha manifestado lo siguiente:

- “(...) El primer estándar General de IBA confirma la idea de que el árbitro debe ser imparcial e independiente, al establecer como regla general que: “Todo árbitro deberá ser imparcial e independiente al momento de aceptar una designación para servir, y debe permanecer así durante todo el procedimiento arbitral hasta que el laudo final haya sido dictado o los procedimientos arbitrales hayan terminado de otro modo finalmente(...)”¹³.

⁷ Considerando 15.3 de la Sentencia de Anulación.

⁸ Considerando 15.8 de la Sentencia de Anulación.

⁹ Considerando dieciséis de la Sentencia de Anulación.

¹⁰ Considerando diecisiete de la Sentencia de Anulación.

¹¹ Considerando seis de la Sentencia de Anulación.

¹² Considerando nueve de la Sentencia de Anulación.

¹³ Considerando once de la Sentencia de Anulación.

- “(...) Era imposible que los señores Pablo Iglesias Palza y Hernando Talavera Díaz, cumplieran con su deber de revelación, porque la relación que los unía con el Gerente General de ONCOSERV Arequipa SAC y Rodolfo Orellana Rengifo, no se limitaba a una “relación amical” que resultaba oportuna hacer conocer, en el caso concreto, al GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA, sino que actuaron, bajo el manto de una red de corrupción y en interés propio, esto es, beneficiarse con grandes sumas de dinero”¹⁴.
- (iii) **En consecuencia, los Árbitros emitieron el laudo violentando el derecho fundamental del Gobierno Regional de Arequipa al Debido Proceso en su expresión de Árbitro imparcial.**

Al respecto, la Sala ha manifestado lo siguiente:

- “Los principios de independencia e imparcialidad del Juez se trasladan al campo del arbitramento, en la medida en que Juez y árbitro comparte la función jurisdiccional”¹⁵.
- “El tema de la independencia, imparcialidad y apariencia de los árbitros es de gran importancia en el arbitraje, por la sencilla razón de que el arbitraje se basa en la confianza, pero el árbitro no solo debe ser independiente e imparcial, sino debe aparentarlo. Es decir debe ser virtuoso tanto en fondo como en forma”¹⁶.
- “El artículo 28 del Decreto Legislativo 1071, Ley General de Arbitraje, desarrolla también la Teoría de la apariencia de la Imparcialidad y el deber de Revelación, señalando que:
 1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
 2. El árbitro, a partir de su nombramiento revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a

los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados”¹⁷.

- “[D]esde su formación el Tribunal Arbitral encargado de resolver el conflicto entre el Gobierno Regional De Arequipa y ONCOSERV Arequipa SAC, respondía a un contubernio, cuya finalidad era hacerse de un dinero que finalmente fue repartido no solo entre los miembros del denominado “clan Orellana” sino de los dos árbitros y cuantos facilitaron la expedición: de la medida cautelar y posteriormente, del laudo materia de la presente anulación. Lo que pudo ser apreciado públicamente por los medios de comunicación masiva. Siendo así, se llega a la convicción, que los dos árbitros del Tribunal Arbitral actuaron con la idea preconcebida de despojar al Gobierno Regional de Arequipa, de una considerable cantidad de dinero”¹⁸.
- “Habiéndose determinado que el Laudo sub materia ha incurrido en causal de anulación al haberse violentado el derecho fundamental del GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA al Debido Proceso en su expresión de Árbitro imparcial, CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre los demás extremos de la demanda”¹⁹.

D. Lecciones aprendidas

El caso ONCOSERV es aleccionador. Los árbitros corruptos han sido encarcelados y seguramente serán sentenciados. El laudo de origen corrupto y derivado de conciencias compradas, ha sido anulado. El sistema arbitral ha sido atacado por la corrupción pero ha sabido defenderse ante ella.

De este modo, la situación descrita en el caso ONCOSERV nos deja algunas lecciones aprendidas.

(i) Primera Lección:

Las Cortes han identificado que la conducta del Tribunal Arbitral fue suficientemente grave como para contrariar las nociones más básicas de moralidad y justicia, y anularon el laudo arbitral. El sistema legal vinculado a la defensa del Arbitraje ha respondido satisfactoriamente a los ataques de la corrupción. Sin embargo, el daño generado a sus usuarios debe

¹⁴ Considerando veinte de la Sentencia de Anulación.

¹⁵ Considerando 10.1 de la Sentencia de Anulación.

¹⁶ Considerando 11.1 de la Sentencia de Anulación.

¹⁷ Considerando once de la Sentencia de Anulación.

¹⁸ Considerando 19.1 de la Sentencia de Anulación.

¹⁹ Considerando veintiuno de la Sentencia de Anulación.

ser remediado. Los profesionales vinculados al fuero arbitral debemos hacer el esfuerzo y tener el compromiso académico de reseñar este tipo de casos, a fin de demostrar que nuestro sistema arbitral si bien podrá ser atacado por la corrupción podrá responder efectivamente ante ella.

Lo anterior nos deja una interrogante: ¿Será que los arbitrajes *ad hoc* se han convertido en una especie arbitral en vía de extinción? Confiamos en que será el propio mecanismo arbitral y sus usuarios quienes definirán la suerte de este tipo de arbitrajes.

(ii) Segunda Lección:

Favorecer a determinada parte en la resolución de controversias en sede arbitral, no sólo trastoca la esencia de la función arbitral sino que puede (y debe) llevar a la inhabilitación definitiva del árbitro corrupto. De acuerdo al artículo 20 de la Ley de Arbitraje²⁰, aquellos árbitros que tengan condenas penales firmes derivadas, por ejemplo, de actos de corrupción (en sus múltiples variantes penales) no podrán volver a desempeñar jamás la labor arbitral.

En sus comienzos, el arbitraje y el derecho penal no fueron buenos amigos, debido a la serie de intervenciones irregulares que se perpetraron en sendos procesos arbitrales. Sin embargo, en estos últimos años y en busca de promover la lucha contra la corrupción, considero que se está gestando una productiva asociación entre el arbitraje y el derecho penal para combatir la corrupción. Es gracias al derecho penal que esos casos de corrupción han salido a la luz y que sus consecuencias dañinas han podido ser “extirpadas de raíz” del sistema legal de solución de controversias: la anulación de laudo.

(iii) Tercera Lección:

Este nuevo panorama, en el que la corrupción amenaza la práctica arbitral, nos debe llevar a reflexionar y replantear el rol de la Ética Profesional exigible a los árbitros como administradores de justicia a casos concretos: ¿Habrà llegado la hora de regular y aplicar sanciones gremiales para los árbitros corruptos?

Los árbitros corruptos deben hacerse responsables de los daños que puedan haber generado con sus laudos de origen espurio. Los usuarios deberán ejercer regularmente su derecho a recla-

mar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, en estos casos, doloso de la función arbitral. La aplicación del artículo 32²¹ de la Ley de Arbitraje para sancionar este tipo de casos, será clave para desincentivar este tipo de actuaciones contrarias a la administración de justicia en nuestro querido Perú. 🗣️

REFERENCIAS

Avendaño, J.L. (2011). “*Causales de Anulación de Laudo*”. En: Soto, C. y Bullard, A. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I - Artículo 63. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

Choi Fuh Mann, J. y Yeap, A. (2016). “Malaysia”. *Global Arbitration Review*. Revisado el 18 de marzo de 2017 de: <http://globalarbitrationreview.com/reviews/71/sections/238/chapters/2885/malaysia/>.

Condori, Z. (2015). “GRA demandó la nulidad del laudo arbitral donde Oncoserv ganó S/. 44 mlls.”. *Diario La República*. Revisado el 18 de marzo de 2015 de: <http://larepublica.pe/05-03-2015/gra-demando-la-nulidad-del-laudo-arbitral-donde-oncoserv-gano-soles-44-mlls>.

Cuarto Poder. (2015). “Las cajas fuertes del clan Orellana y el papel de “Pocho” Alarcón”. Revisado el 18 de marzo de 2017 de: <https://www.youtube.com/watch?v=Q5IGwh9g0Hg>.

Di Pasquale, S. y Larson, E. (2016). “When Doing Business in Italy Means a Box of Bullets in the Mail”. *Bloomberg*. Revisado el 18 de marzo de 2016 de: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-04-14/bullets-secret-tapes-and-bribery-claim-in-suit-against-italians>.

Jones, T. (2016). “Arbitrator fights bribery suit in New York”. *Global Arbitration Review*. Revisado el 18 de marzo de 2017 de: <http://globalarbitrationreview.com/article/1068459/arbitrator-fights-bribery-suit-in-new-york>.

Perry, S. (2013). “UK arbitrator charged with bribery in Malaysia”. *Global Arbitration Review*. Revisado el 18 de marzo de 2017 de: <http://globalarbitrationreview.com/news/article/31692/uk-arbitrator-charged-bribery-malaysia/>.

²⁰ Al respecto, “Artículo 20.- Capacidad. Puede ser árbitro la persona natural que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tenga incompatibilidad para actuar como árbitro y no haya recibido condena penal firme por delito doloso.”

²¹ Al respecto, “Artículo 32.- Responsabilidad. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.”

Perry, S. (2016). "Italian arbitrator disqualified after bribery challenge". *Global Arbitration Review*. Revisado el 18 de marzo de 2016 de: <http://globalarbitrationreview.com/article/1036323/italian-arbitrator-disqualified-after-bribery-challenge>.

Sarvarian, A. y Baker, R. (2015). "Arbitration between Croatia and Slovenia: Leaks, Wiretaps, Scandal". *Blog of the European Journal of International Law*. Revisado el 18 de marzo de 2017 de: <http://www.ejiltalk.org/arbitration-between-croatia-and-slovenia-leaks-wiretaps-scandal/>.

Shagar, L. (2013). "Arbitrator Yusof Holmes charged with making false declaration". *The Star Online*. Revisado el 18 de marzo de 2013 de: <http://www.thestar.com.my/news/nation/2013/07/25/arbitrator-yusof-holmes-abdullah-two-charges-fales-declaration/>.

Varady, T.; Barceló, J. y Von Mehren, A. (2006). *International Commercial Arbitration—A Transnational Perspective*. Tercera edición. United

States: American Casebook Series. THOMSON/WEST, 2006.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Ley de Arbitraje. Ley 1071. (2008).

Ley Modelo de Arbitraje UNCITRAL.

Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia. (2015). Resolución número dieciocho del Expediente 00042-2015/2015.

Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO). (1970).

United States District Court Shouthern District of New York. (2017). 16 Civ. 2575 (PAE). *Am Trust Financial Services, Inc., v. Marco Lacchini*. Revisado el 18 de marzo de 2017 de: <http://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2016cv02575/455788/33/0.pdf?ts=1487942479>.