



## ¿Estrategia o Mala Fe? Reflexiones sobre los vicios procedimentales y el indebido comportamiento de las partes en los arbitrajes en contrataciones del Estado

### *Strategy or Bad Faith? Reflections on the procedural vices and improper behavior of the parties in arbitrations of state contracting*

“Siendo que el arbitraje es reconocido como jurisdicción por nuestra propia Carta Fundamental, ¿por qué no premunir a nuestros árbitros de mayores facultades directrices e, incluso, apremios para desalentar comportamientos de mala fe de las partes, que vayan en contra de lo señalado en el artículo 38º del Decreto Legislativo N° 1071?”

**Giorgio Schiappa-Pietra Fuentes\***  
**Domingo Silva Cancino\*\***

*«La peor forma de injusticia es la justicia simulada»*  
~ Platón

115

**Resumen:** En el presente artículo, los autores exploran las actitudes de las partes en el arbitraje en contrataciones del Estado que podrían configurar mala fe y conductas dilatorias en el proceso.

Bajo un marco de escenarios probables y proponiendo posibles soluciones, el texto en cuestión permite al lector hacerse un juicio propio e interrogarse sobre si el escrutinio en el arbitraje debe recaer de manera tajante y exclusiva en los árbitros o si es que este deber alcanza también a las partes y a sus abogados en el sometimiento absoluto a las reglas suscritas mediante los convenios arbitrales, los que obligan y facultan a los tribunales arbitrales a adoptar las mejores medidas coercitivas en el desarrollo del proceso, de cara a un laudo ajustado a derecho, libre de sesgos y que pudiera reflejar comportamientos que afectaran a la diligencia, celeridad e interés público que impregnan al arbitraje en contrataciones públicas.

\* Es abogado por la Universidad de Lima. Tiene un posgrado en Habilidades de Negociación y Resolución de Conflictos por Centrum Business School y una especialización en Arbitraje Internacional y de Inversión por The Washington College of Law de American University. Actualmente, es socio fundador en S|MP Abogados y miembro fundador de Arbitration360°.

\*\* Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Con estudios de maestría en Derecho Internacional Económico. Es árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Actualmente, es socio fundador de S|MP Abogados.

**Abstract:** In this article, the authors explore the attitudes of the parties in the arbitration of Government Procurement, which could constitute bad faith and delaying conduct in the process.

Under a framework of probable scenarios and proposing possible solutions, the text in question allows the reader to make his own judgment and ask himself whether the scrutiny in the arbitration should fall sharply and exclusively on the arbitrators, or if this duty also reaches to the parties and their lawyers, in absolute submission to the rules subscribed through arbitration agreements, which oblige and empower the arbitral tribunals to adopt the best coercive measures in the development of the process, in the face of an award adjusted to the law, free from biases and that could reflect behaviors that affect diligence, celerity and public interest that pervade arbitration in public contracts.

**Palabras Clave:** arbitraje, contrataciones, Estado, mala fe, dilación.

**Keywords:** arbitration, procurements, Government, bad faith, delay.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Problemática: ejemplo orientador. 3. ¿Partes astutas o renuentes?. 4. Conclusiones

## 1. Introducción

El arbitraje en contrataciones del Estado es particularmente importante dentro del terreno de soluciones de controversias por el enorme interés público sobre el cual se cimienta y, por ello, es que, a raíz de los más sonados escándalos de corrupción en el arbitraje, se han endurecido los requisitos para los profesionales que buscan arbitrar sobre los conflictos referidos a los contratos de obras y servicios realizados con el Gobierno.

El comportamiento de los árbitros durante los arbitrajes es, también, materia de constante escrutinio (y no es para menos); sin embargo, ¿qué sucede con las partes que, habiéndose sometido al heterocompositivo terreno del arbitraje, buscan obstruirlo bajo el amparo de las propias particularidades y procedimientos del caso? ¿Qué ocurre cuando una parte no interesada en el arbitraje se sabe en posición de dominio en un aspecto particular de la controversia y, bajo ese umbral,

busca sabotear el resultado final?

En las próximas líneas, el lector tendrá a su disposición un planteamiento hipotético relacionado a las interrogantes antes formuladas, que contiene aspectos de la realidad y de la ficción, los cuales buscan poner en relieve importantes consideraciones de base para realizar un análisis sobre las actitudes de las partes que trazan una delgada línea entre la estrategia de defensa y el actuar de mala fe.

Al respecto, el comportamiento desleal (o también denominado «mala fe») constituye un elemento de gravedad en el derecho, de particular análisis en la presente nota, pues atenta contra la marcha del compromiso que tienen las partes en colaborar con los árbitros en el mejor desarrollo del proceso. De primera mano, apreciamos que no existen reglas o mecanismos claros y arraigados para remediar situaciones y comportamientos obstruccionistas en los arbitrajes en contrataciones del Estado.

## ***¿Estrategia o Mala Fe? Reflexiones sobre los vicios procedimentales y el indebido comportamiento de las partes en los arbitrajes en contrataciones del Estado***

A fin de que se pueda controlar, mitigar y, de hecho, erradicar conductas de mala fe, para consolidar al arbitraje como un mecanismo eficaz y eficiente de solución de controversias, queremos invitar al lector a reflexionar con nosotros sobre la insuficiencia del pacto arbitral como reflejo del principio de autonomía de la voluntad de las partes para lograr un resultado eficaz y eficiente de solución de controversias, pues esta libre regulación de los litigantes debe ser nutrida, además, por una conducción eficaz del proceso, en el que todos los actores deben colaborar por el propio sometimiento a la jurisdicción, aun cuando una de las partes no muestre agrado a ser llevado a tal procedimiento..

Las contrataciones del Estado son el campo de batalla en la que se desarrollan la mayor parte de los arbitrajes en el Perú, como parte, también, de un salvoconducto a la ya sobrecargada cartera de casos judiciales y al hecho de que la propia legislación traslada al fuero arbitral la solución de conflictos en materia de obras y servicios con las entidades de la Nación, atribuyendo así a un tercero especializado (que no forme parte del organigrama del Estado), la resolución de la controversia. El enorme volumen de arbitrajes en materia de contrataciones trae consigo sendas complicaciones no solo en el análisis del fondo de la controversia, sino en su administración. Apreciando ello, es que planteamos un caso hipotético de cara a entender algunas patologías procedimentales en el accionar de las partes, que puede desembocar en una obstrucción a la finalidad de impartir justicia y a las legítimas expectativas de las partes de alcanzarla mediante un proceso libre de vicios.

### **2. Problemática: ejemplo orientador**

T-Asesor (demandante) emplaza a la Municipalidad de San Martín del Bosque (demandada), para el cumplimiento de ciertas obligaciones en un contrato de servicios celebrado entre ambas en el marco de un proceso de contrataciones del Estado publicado

en el SEACE. La Entidad, teniendo abogados de experiencia, expone fallas en el ejercicio del derecho de acción del demandante y articula las defensas de forma y fondo correspondiente, confiando que el tribunal fallará a su favor, dado que están ante un arbitraje de derecho y, conforme a lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado y sus normas complementarias, existen normas imperativas que el tribunal no puede dejar de tomar en cuenta y que le darían la razón en dicho caso.

La demandante tiene medios probatorios que actuar, los ofrece e, incluso, absuelve la contestación ante las afirmaciones señaladas por la Entidad al momento de contestar la demanda, al mismo tiempo que ofrece nuevas pruebas (en razón a las alegaciones de su contraparte), las cuales le pide al tribunal que sean admitidas, siendo de particular relevancia una de ellas en la que se requiere determinadas actuaciones de parte de la demandada; sin embargo, la Entidad, de manera reiterada, incumple con realizar lo ordenado por el tribunal arbitral, producto de lo admitido como medio probatorio. Asimismo, ante las medidas radicales de cuarentena impuestas por el Gobierno, producto de la pandemia del Covid-19, ha venido oponiéndose a la reanudación de las actividades, invocando deficiencias materiales en su infraestructura de comunicaciones o cualquier otra razón discutible, mientras que T-Asesor acata las instrucciones e indicaciones del colegiado.

A medida que va transcurriendo el arbitraje, la demandada sigue mostrando una actitud poco colaborativa en el proceso. El tribunal, por lo tanto, reitera la orden para que cumpla con realizar exhibiciones puntuales de documentos. Finalmente, la Entidad cumple parcialmente con los requerimientos del tribunal arbitral, pero de manera tardía e, incluso, incumple con pagar los derechos adicionales liquidados por la complejidad que implica la actuación de nuevas pruebas, ya que, en virtud de la contestación de la demanda y su absolución, se han añadido pretensiones adicionales que han

dado lugar a una liquidación mayor de derechos administrativos y honorarios del tribunal arbitral.

La demandada, haciendo gala de una presumible astucia, y, a sabiendas de que la parte demandante ya no cuenta con los recursos para cancelar el porcentaje de gastos y honorarios a su cargo, mantiene un silencio sospechoso con respecto a las obligaciones pendientes de asumir, esperando a que el tribunal arbitral subrogue los gastos pendientes de pago a la contraparte, para que cubra los derechos totales del caso.

Habiéndose vencido el plazo para realizar los pagos pendientes, T-Asesor solo tiene los fondos para cancelar el porcentaje que le corresponde por la ampliación de gastos y honorarios por complejidad; sin embargo, no cuenta con los recursos para pagar los derechos de su contraparte, la Municipalidad de San Martín del Bosque, con lo que, las nuevas pretensiones no podrían ser incluidas para resolver el caso y se desestiman finalmente por falta de pago. Al final, sin la posibilidad de actuar estas pruebas, la demandante no logra revertir los argumentos y, finalmente, pierde el caso<sup>1</sup>.

### 3. ¿Partes astutas o renuentes?

Como sabemos, el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que surge de un acuerdo de voluntades, basado en lo establecido en la normativa correspondiente, tanto a nivel general como a nivel de las instituciones en las cuales se soporta gran parte de la *praxis* jurisdiccional arbitral como lo son los Centros de Arbitraje institucionales. En el caso de las contrataciones del Estado, se ha establecido legalmente que las controversias serán resueltas a través del ya mencionado mecanismo de solución de conflictos, además de disponerse,

en varios casos, que el proceso pueda ser llevado bajo la administración de determinados Centros de Arbitraje, los mismos que tienen sus respectivos reglamentos procesales, así como códigos de ética y estatutos.

La Ley de Contrataciones con el Estado y su reglamento prevén al arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre una entidad estatal y contratistas, y ello implica que las partes no solo se sometan a las disposiciones procesales establecidas (se trate de un arbitraje institucional o *ad-hoc*), sino, también (y, sobre todo), a la autoridad de los tribunales arbitrales investidos para efectos de conocer las controversias y darles solución. Si bien los pactos establecidos, en el convenio arbitral, determinan la autonomía de la voluntad de las partes, como principio que rige y establece el arbitraje, se puede apreciar que el sometimiento a esta jurisdicción, reconocida constitucionalmente, en caso se presente una controversia, puede llegar a ser obstruida por aquella parte que, aun habiendo suscrito el pacto arbitral, puede pretender, con actitudes y comportamientos que pudiesen ser catalogados como actos de «mala fe», sabotear el proceso, entorpeciendo o restándole toda eficacia definitiva.

El arbitraje estatal conlleva, por el propio mandato de la ley, la mayor carga procesal respecto al total de casos administrados por tribunales institucionales y *ad-hoc*. El enorme volumen de arbitrajes que se suscitan con las Entidades del Estado abre un abanico de escenarios en los cuales las partes pueden manifestar comportamientos que dilaten el proceso, como, por ejemplo, el cumplimiento tardío de órdenes procesales o el negarse a asumir el porcentaje correspondiente a los derechos administrativos y honorarios de los árbitros. Estas

1 Las referencias son hechas sobre la base de diversos casos arbitrales, sin un enfoque particular en algún caso, tomando en cuenta ciertos elementos de estos para construir una controversia hipotética que recoja situaciones apreciadas en la experiencia de los autores, siempre en cumplimiento del deber de confidencialidad que obliga a guardar reserva en lo que corresponda.

## ¿Estrategia o Mala Fe? Reflexiones sobre los vicios procedimentales y el indebido comportamiento de las partes en los arbitrajes en contrataciones del Estado

actitudes, si bien son toleradas en la práctica, connotan una estrategia de mala fe, de cara a entorpecer o, incluso, concluir anticipadamente el procedimiento sin un pronunciamiento de fondo.

El deber de toda parte de *colaborar en el desarrollo del arbitraje* se extiende como tal al cumplimiento de los deberes y órdenes que emanan de las leyes generales, las disposiciones reglamentarias de los centros de arbitraje (en caso sea institucional) y la actuación de los tribunales en el ejercicio de sus funciones. Al respecto, en diversos cuerpos normativos nacionales y extranjeros se establecen, además, deberes para los árbitros y los abogados; no obstante, la regulación con respecto al alcance del comportamiento de las partes durante el arbitraje es sumamente escueto, siendo la referencia más clara la establecida en el artículo 38º del Decreto Legislativo N° 1071, que es la Ley de Arbitraje, respecto al deber de las partes en el proceso<sup>2</sup>.

¿Que entendemos por buena fe? La buena fe es “un concepto del que todos tenemos una idea”, como refiere Jiménez Vargas-Machuca, quien, citando a Manuel de la Puente y Lavalle, nos recuerda que esta “no es una creación del legislador sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de sus relaciones, pero que

ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos”<sup>3</sup>, siendo un concepto relacionado con las conductas de honestidad<sup>4</sup>, rectitud<sup>5</sup>, buen proceder<sup>6</sup>, buena intención<sup>7</sup>, confianza en la verdad (de un acto jurídico)<sup>8</sup>, entre otras. Como parte de los valores antes señalados, Jiménez nos habla de la conformación de la conducta humana a un *standard* arquetípico de contenido ético, que buscaría no perjudicar intereses ajenos más allá de los límites impuestos por el amparo de los intereses propios, pero que no cubren actuaciones dolosas o culposas por parte del sujeto, comparando la actuación de las personas con un modelo jurídico y teniendo en cuenta el contexto social en el que la conducta se manifiesta<sup>9</sup>.

Es el caso de la apreciación de la conducta de una parte en el proceso, en el sentido de lo que la *buena fe procesal* implica como norma rectora de las actuaciones y si estas nacen como consecuencia de un acuerdo *inter pares*. Así, Puglianini Guerra nos señala que el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo que surge y se desarrolla sobre la base de la autonomía privada, y que todos los actos que se desarrollan en el mismo son de esa naturaleza<sup>10</sup>. Señala que la relación entre las partes y los árbitros es una de prestación de servicios (“hago para que des”), de manera que tiene 3 elementos que

### 2 “Artículo 38º.- Buena fe.

Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje”. Decreto Legislativo N° 1071, de 27 de junio, que norma el arbitraje (Diario Oficial El Peruano núm. 10276 de 28 de junio del 2008).

3 Roxana Jiménez Vargas-Machuca, «El principio de la buena fe», en *Obligaciones y Contratos en los albores del Siglo XXI: homenaje a Roberto López Cabana*, dir. por Oscar J. Ameal (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001).

4 La honestidad es la “cualidad de honesto”, o sea, la característica de algo o alguien de ser decente, decoroso, recatado, pudoroso, razonable, justo, probo, recto, honrado. «Honestidad», Diccionario de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/honestidad>, y «Honesto», Diccionario de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/honesto>.

5 Es la “[r]ecta razón o conocimiento práctico de lo que debemos hacer o decir”. «Rectitud», Diccionario de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/rectitud>.

6 Es “portarse y gobernar sus acciones bien [...]” «Proceder<sup>1</sup>», Diccionario de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/proceder>.

7 Es la “determinación de la voluntad en orden a fin” bueno. «Intención», Diccionario de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/intencion>.

8 Es el “vigor para obrar” según la verdad. «Confianza», Diccionario de la Lengua Española <https://dle.rae.es/confianza>.

9 Jiménez Vargas-Machuca, «El principio de la buena fe».

10 Véase Luis Puglianini Guerra, *La relación partes-árbitro* (Lima: Palestra Editores, 2012)

se dan, necesariamente, para que se lleve a cabo un procedimiento arbitral: (i) el convenio arbitral, (ii) el contrato entre las partes y los árbitros y (iii) el espacio de ejecución de las obligaciones surgidas de los dos primeros (el procedimiento), pero dentro de un marco de derechos y obligaciones que nacen como producto de estos vínculos contractuales<sup>11</sup>. Puglianini opina que la naturaleza de la relación privada, tal como se señala, da lugar a una serie de deberes e, incluso, derechos para los árbitros, así como derechos para las partes (como, por ejemplo, el de imparcialidad e independencia por parte de los árbitros, trato igualitario, confidencialidad, que se emita el o los laudos dentro del plazo establecido, entre otros)<sup>12</sup>.

Como contrapartida a los derechos antes indicados, consideramos que está el deber de colaboración de las partes ya mencionado, a fin de que en el caso se cumpla y se alcance el objetivo primigenio de la mejor manera posible, evitando el entorpecimiento por parte de los litigantes por ejercer un mal, al entenderlo como parte del derecho de defensa de los propios intereses, tal como lo indica Lohmann Luca de Tena<sup>13</sup>. Es decir, las partes pueden considerar como parte de su estrategia el no poner en consideración o a la vista de los árbitros, hechos o situaciones en el conflicto con su contraparte que pudieran potencialmente perjudicarlos en medio del

litigio, aun cuando su contraparte pudiera haber dado lugar al conflicto materia del arbitraje. Consideran que dichas actuaciones son parte del “juego de fintas” y acometidas en el curso del procedimiento, tratando de sacar (o consolidar) una ventaja, frente a la contraparte, al convencer al árbitro de la justicia de su causa. Sin embargo, hemos podido apreciar que hay actuaciones que van más allá de lo que puede

ser entendido como el “arte de la litigación” y que ya están reñidas con los deberes que las partes están llamadas a cumplir.

En ese mismo orden de ideas y, retomando las ideas de a Jiménez Vargas-Machuca, podríamos pensar, por un momento, que la parte y sus abogados<sup>14</sup> están convencidos de la justicia de su causa y consideran que es lícito hacer (o, mejor, omitir) el cumplimiento de ciertas órdenes aludiendo, entre otras cosas, a deficiencias en la Administración Pública en cuanto a la tramitación de documentos que deben ser remitidos o, ahora con la pandemia, a limitaciones en la infraestructura (sobre todo, de

comunicaciones) de las Entidades. Eso es lo que llega a entorpecer el desarrollo fluido del proceso arbitral, en detrimento de las funciones del tribunal y de la contraparte.

Si aplicamos estos conceptos e ideas al caso hipotético nos preguntamos, ¿hasta qué punto una

*“El comportamiento de los árbitros durante los arbitrajes es, también, materia de constante escrutinio (y no es para menos); sin embargo, ¿qué sucede con las partes que, habiéndose sometido al heterocompositivo terreno del arbitraje, buscan obstruirlo bajo el amparo de las propias particularidades y procedimientos del caso? ¿Qué ocurre cuando una parte no interesada en el arbitraje se sabe en posición de dominio en un aspecto particular de la controversia y, bajo ese umbral, busca sabotear el resultado final?”*

11 *Ibíd.*

12 *Ibíd.*

13 Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, *El Arbitraje* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993), 144.

14 En el caso de las contrataciones del Estado, esto implica, además, la imposible tarea de separar los intereses de los abogados defensores de las Entidades, pues en estos casos son los procuradores quienes les defienden, siendo parte del propio organigrama del Estado.

## **¿Estrategia o Mala Fe? Reflexiones sobre los vicios procedimentales y el indebido comportamiento de las partes en los arbitrajes en contrataciones del Estado**

parte en un proceso arbitral puede desacatar órdenes de un tribunal y negarse a realizar actuaciones para el mejor desarrollo del proceso, siendo que ello va en contra de la buena fe que debe observar y cumplir en el proceso, pero, a su vez, dicho cumplimiento puede supuestamente perjudicarlo? ¿Hasta qué punto es lícito, por estrategia procesal, incurrir en este tipo de actuaciones (desacato), que vulneran la autoridad arbitral?

Debemos recordar que, en el caso de las contrataciones del Estado, la ley establece al arbitraje como el mecanismo de solución de controversias definitivo y esto se hace concreto cuando el Estado celebra contratos con privados e inserta cláusulas especiales, en donde se indica expresamente que:

1. Las controversias que surjan durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según acuerdo de las partes.
2. Cualquiera de las partes puede recurrir al mecanismo de solución de conflictos dentro del plazo de caducidad previsto normativamente.<sup>15</sup>
3. En el caso del arbitraje, este será institucional, siendo organizado y administrado por un determinado Centro de Arbitraje, de conformidad con su reglamento vigente al cual ambas partes se someten libremente.

Respecto a este último punto, es claro denostar que el Estado tiene regulado únicamente al arbitraje institucional, a su vez que se determina que,

cuando se lleve a cabo, las Entidades se sometan a los reglamentos y estatutos del Centro de Arbitraje designado, lo que implica que, supuestamente, exista coincidencia en respetar la autoridad de los tribunales en sus decisiones y órdenes.

La renuencia de las partes, lo que resulta de singular observancia, no solo vulnera el criterio de autoridad, sino el hecho de que no habría normas que faculten a los árbitros a sancionar conductas de este tipo (es decir, de desacato) que afecten a la conducción del proceso y, así, evitar que se genere un pronunciamiento de fondo ineficaz y contrario a los intereses de aquella parte que recurrió al procedimiento para solucionar su controversia. De la revisión de diversos reglamentos y estatutos de los Centros de Arbitraje en los que las Entidades del Estado llevan un importante grupo de sus arbitrajes, apreciamos que no hay disposiciones que aborden soluciones a los problemas planteados en la presente nota, salvo la declaración que se hace en el artículo 38º del Decreto Legislativo N° 1071, como hemos indicado al inicio del presente artículo. En nuestra legislación, al menos, no se aprecian normas que establezcan no solo deberes para los árbitros, como se puede apreciar en los reglamentos de algunos de los más importantes Centros de Arbitraje del país (incluso, con algunas indicaciones más específicas), sino solo menciones muy generales sobre estos temas en lo que respecta a los deberes de buen comportamiento, acción y colaboración de las partes<sup>16</sup>.

15 Véase Ley N° 30225, de 10 de julio, que regula la Ley de Contrataciones del Estado (Diario Oficial El Peruano núm. 12916 de 11 de julio de 2014), Artículo 45, y Decreto Supremo N° 344-2018-EF, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (Diario Oficial El Peruano núm. 14778 de 31 de diciembre del 2018), Artículo 184.

16 Por ejemplo, en el artículo 35º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se indica, en su segundo párrafo, que “[l]as partes, el tribunal arbitral y el Centro contribuyen a que un arbitraje sea gestionado en forma eficiente y eficaz, buscando evitar gastos y demoras innecesarias, teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad de la controversia”. Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de 31 de mayo del 2017, <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2019/04/22212943/carc-reg-1-01-rev-1-reglamento-de-arbitraje.pdf>.

Contrario a lo anteriormente señalado, en el plano jurisdiccional, sí se han identificado disposiciones que les dan a los operadores del sistema de justicia la facultad de dirigir no solo los procesos, que incluyen las actuaciones de las partes, sino también los habilita a imponer medidas disciplinarias y sanciones en caso de que susciten comportamientos que atenten contra el debido proceso o busquen obstaculizarlo<sup>17-18</sup>. Haciendo una comparación directa con el proceso judicial, en razón de su carácter de poder estatal para administrar justicia, los operadores (magistrados) tienen la autoridad no solo para dirigir procesos, sino sancionar las conductas de las partes cuando no se ajustan a los deberes. Precisamente, ello no se encuentra regulado en el caso de los procedimientos arbitrales. ¿Es que acaso se supone que las partes acuden al procedimiento solo por interés? Es evidente que sí, ni mucho menos, en el caso de la parte que solicita el inicio del procedimiento, pero ¿qué hay respecto la parte contraria, que, con sus actos o interpretaciones, ha generado la controversia que debe ser resuelta?

Siendo que el arbitraje es reconocido como jurisdicción por nuestra propia Carta Fundamental,

¿por qué no premunir a nuestros árbitros de mayores facultades directrices e, incluso, apremios para desalentar comportamientos de mala fe de las partes, que vayan en contra de lo señalado en el artículo 38º del Decreto Legislativo N° 1071?

Respecto de la interrogante formulada, debemos considerar que el arbitraje no es solo un contrato y, aunque surge de un acuerdo de voluntades, en el caso de las contrataciones del Estado, se ha establecido por ley que las jurisdicciones para resolver las controversias son la conciliación y el arbitraje, debido a que el Estado actúa como parte en la relación y no hace uso de su *ius imperium*. Sin embargo, aun cuando esto reforzaría la tesis de quienes consideran, precisamente, que el arbitraje es un contrato de prestación de servicios entre las partes y el árbitro, como lo señala un sector de la academia, también tendría una naturaleza procesal<sup>19</sup>, concurriendo así con el fuero judicial, siendo ambas reconocidas como jurisdicción, al igual que el fuero militar, dentro de la Constitución Política del Perú<sup>20</sup>.

17 Así el Código Procesal Civil peruano, en sus artículos 52º y 53º, permite a los magistrados dictar órdenes coercitivas en contra de los justiciables, como apercibimientos, multas compulsivas y progresivas y, en los casos más graves, incluso detención o ser conducidos bajo grado fuerza en algunos otros casos. Véase Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, de 8 de enero, que aprueba el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 768 (Diario El Peruano de 22 de abril de 1993).

18 También, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 8º se establece que “[t]odos los que intervengan en el proceso judicial tienen el deber de comportarse con lealtad, probidad, veracidad y buena fe. [...] [Se debe] sancionar toda contravención a los deberes procesales, así como la mala fe y la temeridad procesal”. (El subrayado es nuestro)

Asimismo, en el artículo 9º posterior se indica que “[l]os magistrados pueden llamar la atención, o sancionar con apercibimientos, multas, pedidos de suspensión o destitución, o solicitar su sanción, de todas las personas que se conduzcan de modo inapropiado, actúen de mala fe, planteen solicitudes dilatorias o maliciosas y en general, cuando falten a los deberes señalados [...], así como cuando incumplan sus mandatos”. (El subrayado es nuestro)

Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, de 28 de mayo, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, promulgada mediante Decreto Legislativo N.º 767 (Diario El Peruano de 02 de junio de 1993).

19 Véase Aníbal Quiroga León, «La naturaleza procesal del arbitraje» (tesis para optar el grado de Magister, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017).

20 “**Artículo 139º.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral [...]”. Constitución Política de la República del Perú, de 29 de diciembre (Diario Oficial El Peruano de 30 diciembre de 1993)

## **¿Estrategia o Mala Fe? Reflexiones sobre los vicios procedimentales y el indebido comportamiento de las partes en los arbitrajes en contrataciones del Estado**

### **4. Conclusión**

De lo esbozado en los párrafos precedentes, se evidencia el necesario desafío que representa proponer medidas para que los tribunales arbitrales y las entidades administradoras de estos puedan establecer medidas en contra de las actuaciones de mala fe que pudieran hacerse manifiestas en el proceso, no pasando por una simple invocación a la colaboración, sino por una real capacidad coercitiva para manejar y sancionar situaciones contrarias a la buena fe y la probidad. Con pleno convencimiento de que el arbitraje es una jurisdicción con plenos efectos jurídicos y existiendo el deber de las partes (y sus abogados) de colaborar en el mejor desarrollo del arbitraje, es que resulta necesario asumir el desafío y proponer las siguientes reglas:

- 1) Los árbitros podrán, para cautelar el mejor desarrollo del arbitraje, tomar las siguientes medidas de conducción y disciplina:
  - a) Amonestación escrita;
  - b) Amonestación escrita con conocimiento de las Cortes y Consejo de Arbitraje en los casos de arbitrajes administrados;
  - c) Condena de pago de compensación pecuniaria por daños a la parte contraria, en caso de que la conducta de mala fe genere dilación y por consiguiente perjudique al debido proceso y el legítimo derecho de la contraparte de proseguir con su causa.
  - d) La conducción del arbitraje *motu proprio* en un escenario de falta de cancelación de gastos y honorarios arbitrajes, producto de una manifiesta mala fe de una de las partes, pudiendo condenar en el laudo al pago total de las costas y costos del

proceso a la parte que manifestó el comportamiento desleal, aun cuando esta sea la vencedora en el fondo resuelto en el arbitraje.

- 2) Asimismo, en el caso de comportamientos en los que se manifiesta mala fe en el arbitraje, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) debe considerar la implementación de una Oficina Supervisora de Procesos Arbitrales, la misma que recibiría reportes de ocurrencias suscitadas que tendrían que ser emitidos por los árbitros miembros del Registro Nacional de Árbitros (RNA - OSCE), en los que deberán elevar a conocimiento de dicha oficina la comisión de conductas consideradas de mala fe o lesivas al pleno desarrollo del procedimiento que fuesen realizadas por Contratistas, las Entidades del Estado, sus procuradores, abogados externos, colaboradores y otros, a fin de que los inscriban en un registro, que deberá crearse para tales efectos, del cual solo podrán ser retirados en el caso que mantengan conductas alineadas a lo señalado en el artículo 38º de la Ley que Norma el Arbitraje por un plazo no menor a los dos años desde la fecha de su inscripción en dicho registro.

Finalmente, las propuestas señaladas pretenden incitar al análisis y a la reflexión en el lector, considerando que debe no solo controlarse el comportamiento de los árbitros para cautelar la institución arbitral, sino también el de las partes y de sus abogados (o procuradores en el caso de los defensores de las entidades del Estado). Solo así, tendremos un arbitraje con el Estado más adecuado, oportuno y que garantice realmente la justicia en este fuero de solución de controversias

**Bibliografía:**

Jiménez Vargas-Machuca, Roxana. «El principio de la buena fe». En *Obligaciones y Contratos en los albores del Siglo XXI: homenaje a Roberto López Cabana*, dirigido por Oscar J. Ameal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca para leer el Código Civil, vol. 5. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

Puglianini Guerra, Luis. *La relación partes-árbitro*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 19. Lima: Palestra Editores, 2012.

Quiroga León, Aníbal. «La naturaleza procesal del arbitraje». Tesis para optar el grado de Magíster, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017. 