

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN Y PAGO DE LAUDOS ARBITRALES EN CONTRATACIÓN ESTATAL

Como consecuencia de las últimas Modificaciones Introducidas a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento por el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF

Pierina Mariela Guerinoni Romero (*)- mguerinoni@pucp.pe

Resumen:

El artículo plantea un análisis respecto de las modificaciones a la Ley de Contrataciones con el Estado y sus consecuencias respecto de la ejecución del laudo, donde la autora asegura que se ha perdido una oportunidad de plantear plazos estado para el cumplimiento de un laudo cuando éste pueda darse sin necesidad de apoyo de la fuerza pública como por ejemplo respecto al pago de una obligación. Esto, en la medida que es necesaria una utilidad práctica de esta modificación pues de otra manera se estaría impidiendo que los contratistas alcancen una tutela jurisdiccional efectiva en los arbitrajes con el Estado.

Palabras clave:

Laudo, ejecución de laudo, contrataciones con el estado, ley de contrataciones con el Estado, Tutela jurisdiccional efectiva

1. Introducción

Si bien a lo largo del tiempo ha sido una constante que en la normativa sobre contratación estatal se produzcan

modificaciones a la Ley y su Reglamento, sin duda a partir del año 2012 estos cambios han sido mucho más frecuentes.

Así tenemos las modificaciones introducidas en el año 2012 a la normativa sobre contratación estatal por la Ley N° 29873 y por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF. Dos años después, en el año 2014, se publicó la Ley N° 30225 y en diciembre de 2015 el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, ambos vigentes a partir del 09 de enero del año 2016, que derogan al Decreto Legislativo N° 1017 y a su Reglamento.

Posteriormente, prácticamente al año de vigencia de la Ley N° 30225 se publicó el Decreto Legislativo N° 1341, que modifica cuarenta y uno de los sesenta y dos artículos que contiene la Ley de Contrataciones del Estado, incorporando un artículo nuevo. Asimismo, el 19 de marzo del presente año se publicaron las modificaciones al Reglamento, modificándose ciento sesenta y tres de los doscientos cincuenta y tres artículos que contiene e incorporando once nuevos artículos.¹

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Arbitro y docente de formación continua del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP. Experta en resolución de conflictos, contrataciones del Estado y gestión de contingencias legales. Ex Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE. Conciliadora Extrajudicial. Egresada de la Maestría Derecho Internacional Económico–PUCP y en Derecho Procesal y Solución de Conflictos –UPC.

¹ Las modificaciones a la Ley y al Reglamento entrarán en vigencia el 02 de abril de 2017 de conformidad con lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1341 y son aplicables a los procesos de selección que se convoquen a partir de esa fecha, de conformidad con la única Disposición Final Transitoria del Decreto Legislativo.

Ciertamente, preocupa el hecho que no se tenga una visión de largo plazo sobre lo que se debe o se quiere hacer con las contrataciones públicas. Prácticamente todos los gobiernos de turno, si no son todos, introducen modificaciones, parciales o totales, a la normativa generando inseguridad jurídica y especialmente confusión entre los diversos operadores de este mercado. Sin lugar a dudas, uno de los aspectos que han sufrido estoicamente mayores modificaciones desde el año 2012, algunas positivas y otras negativas, es el sistema de solución de controversias en la etapa de ejecución contractual.

Recordemos cuando en el año 2012, entre otras modificaciones, se estableció un procedimiento administrativo sancionador contra los árbitros; se introdujo una causal “propia” de anulación de laudo arbitral; se condicionó la validez del laudo a su registro en el SEACE; y el reclamo del pago, obligación esencial por excelencia de las Entidades, estuvo sometido a un plazo de caducidad de quince días. Estas modificaciones negativas fueron eliminadas por los cambios realizados en el año 2015.²

Además de lo antes mencionado, que fueron cambios positivos en su gran mayoría, con las modificaciones del año 2015 se incluyó, entre otras, a la Junta de Resolución de Disputas como mecanismo alternativo de solución de controversias para resolver o solucionar controversias, especialmente de carácter técnico, en los contratos de obra; se estableció expresamente que las excepciones u objeciones en el arbitraje cuya estimación impida entrar al fondo del asunto se deben resolver, necesariamente, al finalizar la etapa postulatoria y antes de la determinación de los puntos controvertidos; se empoderó a la conciliación como medio alternativo de

solución de controversias; se estableció quien es el responsable, por parte de la Entidad, para designar a los árbitros; se estableció, como regla general, la competencia del árbitro para resolver las controversias derivadas del mismo contrato; y, se amplió el plazo especial de caducidad de quince a treinta días.

Las últimas modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, también traen novedades como, por ejemplo: se permite el arbitraje ad hoc sólo por excepción; se empodera aún más la conciliación; se elimina la posibilidad de que quede sin efecto automáticamente la solicitud arbitral de no presentarse la solicitud de designación de árbitro en el plazo; se obliga a que el contratista presente carta fianza por el 25% de lo ordenado a pagar en el laudo o por el 3% del monto del contrato para interponer recurso de anulación de laudo ante el Poder Judicial; se amplía a tres años la obligación del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral de custodiar el expediente arbitral luego de concluido el proceso; se restringe el Registro Nacional de Árbitros para arbitrajes ad hoc; se elimina el registro nacional de secretarios arbitrales; y, se establecen requisitos para que las Entidades puedan interponer recurso de anulación de laudo arbitral.

Sin embargo, la novedad que en lo personal más me ha llamado la atención de las novísimas modificaciones a la normativa, es la relacionada con la ejecución y pago del laudo arbitral, cuando en el laudo se ordena a la Entidad a pagar sumas de dinero a favor del Contratista, tema sobre el cual tratará este artículo.

2. Ejecución de Laudos Arbitrales

² Que han generado costos de transacción negativos, especialmente en perjuicio de los Contratistas. Cabe aclarar que, respecto al registro del laudo en el SEACE, con las modificaciones no se condiciona su validez sino su eficacia.

Muchos defendemos al arbitraje, en mi caso desde el año 1982, como el medio alternativo, de naturaleza jurisdiccional, más eficaz e idóneo para solucionar controversias sobre cuestiones de libre disposición de las partes. El arbitraje tiene múltiples ventajas, ventajas que son palpables e indiscutibles hasta el momento que toca ejecutar el laudo y hacerlo eficaz.

En efecto, luego de haber acudido a la jurisdicción, y sin duda el arbitraje es jurisdicción, lo que pretende obtener la parte ganadora del arbitraje es tutela jurisdiccional efectiva, siendo una de las aristas de este derecho fundamental la ejecución de lo decidido o resuelto, que no es otra cosa que el cumplimiento material de la decisión y la obtención en la realidad y en los hechos, lo más pronto posible, de lo declarado y concedido en el laudo.

En un mundo ideal e imaginario, la parte que ha obtenido en su contra un laudo de condena, especialmente que lo obligue al pago de una suma de dinero, debería honrar su obligación voluntariamente y sin mayor trámite. En los arbitrajes entre privados, es posible encontrar con mayor frecuencia que las partes ejecuten voluntariamente el laudo; sin embargo, cuando una de las partes es el Estado y es la parte vencida en el arbitraje, la ejecución voluntaria suele ser excepcional y un camino tortuoso y decepcionante para el Contratista.

Hasta la dación del Decreto Legislativo N° 1341, la normativa de contratación estatal

ha guardado silencio sobre la ejecución de laudos arbitrales. Ha sido uno de los pocos temas en los que no se ha inmiscuido, siendo de aplicación, por tanto, las alternativas que contempla la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071, en adelante la LA, como son: i) la ejecución arbitral; y ii) la ejecución judicial.

Ejecución Arbitral

En general, se entiende concluida la misión del tribunal arbitral cuando expide el laudo y las resoluciones que resuelven las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones que se hayan planteado frente al laudo.³

Así lo entiende la propia LA cuando en su artículo 60° numeral 1. establece: “Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67.” Es decir, la regla general es que el encargo del tribunal arbitral concluye con el laudo o con la resolución que resuelva las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones, salvo que proceda la ejecución arbitral.

La ejecución arbitral está prevista en el artículo 67° de la LA⁴, a la cual sólo se puede recurrir cuando las partes así lo hayan acordado expresamente o cuando el Reglamento de la institución arbitral, en el caso de arbitrajes institucionales, la haya previsto; caso contrario

³ Cabe indicar que la LA prevé otras maneras por las que concluyen las actuaciones arbitrales como son: i) cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia; ii) cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones; y, iii) cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

⁴ Artículo 67.- Ejecución arbitral.

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

se tendrá que recurrir a la ejecución judicial.

Algunos opinarán que la ejecución arbitral no es tan eficiente en la medida que los árbitros carecen de uno de los atributos de la jurisdicción como es la coertio, que constituye la posibilidad de recurrir a la fuerza pública para hacer cumplir sus decisiones, siendo, por tanto, una jurisdicción limitada. En efecto, esta atribución está reservada, sin excepción alguna, al Estado.

Es por esa razón, que la segunda parte del artículo 67° de la LA establece que en el caso que, a su sola discreción, el tribunal arbitral considera necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada en la ejecución copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución, ello como parte del rol de colaboración con el arbitraje asignado al Poder Judicial en la LA para efectos de la **ejecución forzada**.⁵

Y es precisamente en este punto que me permito rescatar lo señalado por Alfredo Bullard González cuando señala: *“Pero ejecutar es mucho más que autorizar el uso de la fuerza pública. Muchos actos de ejecución no requieren el uso de la fuerza pública. Inscribir un embargo o una decisión en los registros públicos, organizar y llevar a cabo la*

venta de un bien, liquidar intereses, (...), son todos actos de un inmenso inventario, que pueden ser llevados a cabo por árbitros sin ningún problema, pues no hay que recurrir a la fuerza pública.” Asimismo, agrega; *“De hecho me atrevería a decir que, al menos en mi experiencia, las ejecuciones que requieren de coertio, entendido como uso de la fuerza pública, son más la excepción que la regla en los arbitrajes.”*⁶

Entonces, contrario a los que algunos pueden opinar sobre la falta de efectividad de la ejecución arbitral, ésta puede ser, y definitivamente lo es, una excelente alternativa para la ejecución de laudos arbitrales.

Ejecución Judicial

La ejecución judicial está regulada en el artículo 68° de la LA⁷, disposición que establece una serie de lineamientos que en teoría los jueces deberían cumplir pero que en la práctica no cumplen, aunado al hecho que cada juez tiene su propio criterio y que muchos magistrados desconocen los alcances de la LA, sin mencionar las gravísimas deficiencias propias del sistema judicial, conocidas por todos, como la lentitud extrema con la que avanzan los procesos y se proveen los escritos. Todos estos factores convierten a la ejecución judicial en una misión imposible.

A modo de ejemplo, casi en la mayoría de

⁵ Artículo 8° numeral 3. de la LA.

⁶ BULLARD GONZALEZ Alfredo, Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Primera Edición, enero 2011, Lima, pp. 748.

⁷ Artículo 68.- Ejecución judicial.

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.

2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.

3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.

4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

los casos no se cumple lo ordenado en los numerales 1. y 2. del artículo 68° de la LA, que expresamente señalan que por el sólo mérito de la copia del laudo y de las resoluciones que resuelven sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones el juez debe dictar mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada. Esto no ocurre. A modo de ejemplo, muchas veces solicitan que, en tres días bajo apercibimiento de rechazar la demanda, el ejecutante adjunte el **original** de todo el expediente arbitral o que **acredite** que no se ha interpuesto recurso de anulación ignorando lo establecido en el artículo 66° numeral 1. y artículo 68° numeral 3 de la LA. También solicitan los **originales** de los recibos de honorarios de los miembros del tribunal y de la secretaría arbitral; éstos entre muchos otros documentos que en su gran mayoría son irrelevantes e innecesarios o imposible de cumplir.

De otra parte, ejecutar judicialmente un laudo arbitral contra el Estado, además, conlleva muchas veces que por “extensión” se apliquen restricciones presupuestarias que ordenan provisionar y fraccionar el pago en cinco ejercicios fiscales, así como respetar un orden de prelación para el pago, que además se prioriza por montos en función de la Unidad Impositiva Tributaria.⁸

Todas estas limitaciones conllevan a que la ejecución judicial del laudo sea, en general, extremadamente ineficiente y perjudicial para la parte vencedora de un arbitraje. Específicamente, en contratación pública, hace imposible que el Contratista pueda prever cuando obtendrá en los hechos el pago de su acreencia, situación que, según la magnitud de la deuda, lo puede conducir

inclusive a la quiebra.

3. Ejecución de Laudos Arbitrales en la Normativa de Contratación Estatal

Hemos señalado que la normativa de contratación estatal guarda silencio respecto sobre la manera de ejecutar los laudos, por lo que en esta materia aplica perfectamente tanto la ejecución arbitral como la ejecución judicial. Sin embargo, salvo en arbitrajes institucionales en cuyos reglamentos se haya previsto la ejecución arbitral, la regla común es que la ejecución sea judicial⁹.

En efecto, a pesar que tanto la normativa anterior como la actual prevé la posibilidad de establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, y por tanto, era y es legalmente viable que la Entidad y el Contratista pacten en la cláusula de solución de controversias la ejecución arbitral al no estar prohibida por la normativa, esta posibilidad estaba prácticamente vetada considerando el modelo de cláusula de solución de controversias incluida en la proforma de contrato de las Bases Administrativas aprobadas por el OSCE que no incluye expresamente la ejecución arbitral. Las partes, especialmente por resistencia de la parte estatal de salir de los parámetros de la cláusula modelo, hace casi imposible que pacten la ejecución arbitral.

Con las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF el panorama podría cambiar, en razón a que el arbitraje ad hoc será excepcional adoptándose, como tipo de arbitraje en contratación estatal, al arbitraje institucional ante instituciones arbitrales

⁸ Artículo 70° de la Ley N° 28411 Ley del Sistema Nacional de Presupuesto y Ley N° 30137.

⁹ Al respecto, es menester traer a colación que, de acuerdo al Estudio de Laudos Arbitrales en Contratación Pública realizado por el Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 76,5% de los arbitrajes son ad hoc.

acreditadas por el OSCE.

Desde ese punto de vista, resulta imperativo que las instituciones arbitrales que aspiren a su acreditación ante el OSCE, incluyan en sus reglamentos la ejecución arbitral y así lograr mayor eficiencia y eficacia en la etapa más dura del arbitraje cual es la obtener la efectividad del laudo arbitral, esto es, que el laudo arbitral surta en la práctica sus efectos.¹⁰

Además, como así lo estipula y permite la Décimo Segunda Disposición Complementaria de la LA, las instituciones arbitrales acreditadas ante el OSCE deberán ser proactivas para lograr la celebración de convenios de cooperación con instituciones públicas (por ejemplo, SUNARP) y privadas (por ejemplo, Bancos) para facilitar la ejecución arbitral de los laudos.

Pero esto no es todo. Las novísimas modificaciones a la normativa nos traen una novedad muy interesante que esperamos sea viable y sobre todo cumplida en los hechos por parte del Estado.

El Decreto Legislativo N° 1341 en su artículo 45° numeral 45.13. establece: “Si como resultado de un proceso arbitral se reconoce algún monto a pagar al proveedor o contratista, el pago por parte de la Entidad debe efectuarse junto con la liquidación o conclusión del contrato.”

Esta disposición debe ser concordada con el artículo 149° numeral 149.4 del Decreto Supremo N° 056-2017-EF que establece: *“Conforme a lo establecido en el numeral 45.13 del artículo 45 de la Ley, el pago reconocido al proveedor o contratista como resultado de un proceso arbitral se realiza en la oportunidad que establezca el respectivo laudo y como máximo junto con la liquidación*

o conclusión del contrato, salvo que el proceso arbitral concluya con posterioridad.”

De esta forma, el Decreto Legislativo N° 1341 da un paso trascendental y positivo al establecer de manera imperativa la obligación de la Entidad de honrar los montos ordenados a pagar al Contratista en el laudo arbitral, conjuntamente con la liquidación (en el caso de contratos de obra) o conjuntamente con la conclusión del contrato.

El Decreto Supremo N° 056-2017-EF precisa que oportunidad del pago de los montos ordenados en el laudo arbitral (liquidación o conclusión del contrato) son plazos máximos, ya que se debe priorizar y hacer efectivo el pago en la oportunidad que establezca el laudo.

De cumplirse esta disposición, se facilitaría sobremanera la ejecución efectiva del laudo arbitral, lo que justifica aún más que la ejecución del laudo sea arbitral y no judicial, ya que “en principio” y “en teoría” no será necesario recurrir a la fuerza pública para que la Entidad honre su obligación, siendo suficiente que, en ejecución arbitral y sobre la base de estas disposiciones, el tribunal arbitral ordene el pago a la Entidad y, en caso de resistencia, ordene los embargos que correspondan.

La excepción se presenta cuando el proceso arbitral concluya luego de la culminación del contrato. En este caso, la ejecución del laudo es inminente debiéndose privilegiar igualmente la ejecución arbitral, ya que nada impide que los árbitros puedan ordenar embargos y luego hacerlos efectivos. Claro que, de requerir de la fuerza pública, el tribunal arbitral deberá actuar conforme lo ordena el artículo 67° numeral 2. de la LA.

¹⁰ Por ejemplo, el Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú ha incluido en su Reglamento la ejecución arbitral, al igual que el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, tanto en su Reglamento anterior como en su novísimo Reglamento aplicable a partir del presente año.

El riesgo o debilidad que advierto en estas novísimas disposiciones, es que, finalmente, dependerá de la Entidad tanto honrar el pago que le ordenen los laudos arbitrales como concluir el contrato.

Se ha perdido una gran oportunidad de establecer, en las modificaciones al Reglamento, medidas para mitigar este riesgo estableciendo, por ejemplo, plazos perentorios para el cumplimiento del pago bajo responsabilidad administrativa del funcionario responsable de efectuarlo en caso de dilaciones o negativas. De otra manera, a pesar de ser una disposición muy positiva y bien intencionada con la cual se intenta recobrar la confianza de los privados para que participen en procesos de selección, se convertirá en letra muerta y no se habrá solucionado el vía crucis, que implica ejecutar un laudo en la vía judicial, y lo que es más grave, se privará al Contratista de obtener tutela jurisdiccional efectiva, impidiendo que obtenga en los hechos y en el menor tiempo posible, aquello que le corresponde por Derecho.

Una última reflexión: es necesario incluir la ejecución arbitral de manera expresa en la cláusula de solución de controversias de la proforma del Contrato de las Bases Administrativas cuando se trate de arbitrajes ad hoc. El Decreto Supremo N° 056-2017-EF ha establecido en el artículo 184° numeral 184.3. que las partes pueden recurrir al arbitraje ad hoc cuando el monto contractual original sea menor o igual a veinticinco (25) UIT¹¹ y sólo cuando se trata de contratos de bienes, servicios y consultoría en general, descartando los contratos de obra. Esta recomendación es muy importante de aplicar para no perjudicar al pequeño o micro empresario que contrate con el Estado y que requiere su capital de trabajo para continuar con sus actividades.

4. Conclusión Final

Definitivamente se debe promover la ejecución arbitral en lo arbitrajes bajo la normativa de contratación estatal, sean institucionales o ad hoc.

Asimismo, se deben establecer plazos perentorios y responsabilidades administrativas contra el funcionario responsable del pago de los laudos arbitrales para que realmente sea efectiva la disposición del artículo 45° numeral 45.13. de la Ley concordado con el artículo 149° numeral 149.4 del Reglamento.

¹¹ Que para el año 2017 equivale a la suma de S/. 101 250,00.