

## OPINIÓN

El Comercio abre sus páginas al intercambio de ideas y reflexiones. En este marco plural, el Diario no necesariamente coincide con las opiniones de los articulistas que las firman, aunque siempre las respeta.

EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

## La vida te da sorpresas

- ALFREDO BULLARD -  
Abogado

Un gran problema del Estado es su falta de capacidad de introspección y autocrítica. Los funcionarios públicos ven sus propios problemas como ajenos. Si algo funciona mal es culpa de otros.

Pero el informe "El arbitraje en las contrataciones públicas durante el período 2003-2013" elaborado por la Contraloría General de la República se salió del molde. Esperaba encontrar el típico despotismo contra la idea de que sea el arbitraje el que resuelva las controversias entre las entidades públicas y los privados, el argumento fácil que los árbitros no entienden la cosa pública o que la corrupción arbitral atenta contra lo que es de todos los peruanos.

Pero no fue así. El punto de partida marca la diferencia: se usó data. No es especulación sino números reales. Más allá de que se pueda discrepar de algunas inferencias, se nota seriedad y ponderación. Los números no se usan como excusa para lo que no funciona, sino como elemento de búsqueda de soluciones para que funcione.

La sensación de que al Estado le va pésimo en el arbitraje no es cierta: es condenado a pagar en el 70% de los casos, gana totalmente en el

27% y solo el 3% acaba en acuerdo conciliatorio o transacción. Los números no se diferencian mucho de lo que pasa en todo arbitraje. Usualmente el demandante saca algo. Las demandas se presentan porque se ve alguna posibilidad de éxito.

**SUGERENCIA**  
**Se debe crear un sistema de defensa para arbitrajes similar al de los arbitrajes internacionales de inversión.**

Más interesante aun son los montos que se ordenó pagar: en 10 años se demandaron poco menos de 2.300 millones de soles. Se condenó a pagar poco más de 1.200 millones, es decir, poco más del 50%. El porcentaje parece más que razonable.

Pero los números fríos no dicen mucho si no se analiza por qué se ganó y por qué se perdió. El informe dice: "Los resultados desfavorables que registran las entidades del Estado en la mayoría de los casos no



son producto de problemas derivados del propio sistema arbitral". El informe reconoce que el arbitraje es un sistema adecuado. El problema no está en el árbitro sino en el jugador estatal.

Se concluye que los problemas principales están en la mala gestión de los contratos por parte de las entidades públicas: falta de capacitación de funcionarios, errores logísticos, mal diseño de procesos de selección o de los proyectos técnicos. Muchas veces se pierde porque el Estado llega muy mal parado al arbitraje. A ello se suma una débil capacidad de defensa del Estado. Debe mejorarse la capacitación de los procuradores, quienes muchas veces desconocen las reglas o la técnica de litigio en arbitraje.

Las dos recomendaciones coinciden plenamente con lo que sugerí en dos artículos anteriores publicados en esta columna ("Arbitraje con trampita" 19/7/14 y "Cuando se hacen las cosas bien", 21/2/2015).

De hecho sugiero una decisión más radical: crear un sistema de defensa especial para arbitrajes similar al que se tiene para los arbitrajes internacionales de inversión y en el que el Estado Peruano ha sido muy exitoso.

Una última recomendación del informe parece la más importante: el Estado tiene que aprender a transar y conciliar. Si la posición del Estado es débil, nunca se cumple mejor la frase que más vale un mal arreglo que un buen juicio. La conclusión de la Contraloría puede tener un tono autocrítico. En mi experiencia, la razón por la que casi nunca se llega a un acuerdo es por el temor de que la Contraloría considere que hay responsabilidad del funcionario porque podría haber algo "debajo de la mesa". Ojalá que la recomendación de la Contraloría vaya de la mano con señales más claras. Lo que debe considerar mala gestión es no transar cuando ello es beneficioso para los intereses del Estado. Si un funcionario recibe una oferta de arreglo, la rechaza y luego los árbitros le hacen pagar más, ello debería llamar la atención de la Contraloría. Ese funcionario le hizo perder plata al Estado.

Es bueno poder decir cosas positivas de un buen diagnóstico. Ojalá podamos pronto decir cosas positivas de lo que se haga para pasar del dicho al hecho.

RINCÓN DEL AUTOR

## The Full Monty

CARLOS MELÉNDEZ  
Político

Esta semana los fanáticos de la buena mesa peruana estuvieron eufóricos. Tres restaurantes que se erigen en medio de combis y bujieros se consagraron en la élite de la gastronomía mundial. Según The World's 50 Best Restaurants, Central, Astrid y Gastón y Maido ascendieron a una punta de alma emprendedora y 'pulpines' del sabor—en la lista privilegiada. Motivo suficiente para seguir soñando con un ticket al Primer Mundo y pasar el trago amargo de la recesión con un buen maridaje.

Pocos saben, sin embargo, que el cuarto mejor restaurante del mundo—Central—lleva cinco procesos judiciales en marcha por la Municipalidad de Miraflores. Hace seis años, dicha autoridad edilicia procuró la clausura definitiva del local aduciendo incompatibilidad del negocio con la localización del predio. Dos acciones de amparo y la impugnación de temas vinculados al proceso han dilatado el trámite judicial, pese al dictamen fiscal favorable a la municipalidad. Central acumula reconocimientos mundiales, a la vez que legajos judiciales.

Este caso ilustra la inconsistencia del "milagro peruano": éxito del emprendimiento nacional, prestigio internacional y pecho vargaslosiano henchido desafiando la ley. Central no es un simple caso de 'tramitología' que torpedea al boyante negocio del gourmet, como indica un crítico gastronómico. Más bien revela la ética del 'boom' peruano: logros económicos por encima de la autoridad y las reglas institucionales, tensiones subyacentes en la estructura de nuestro "modelo de desarrollo".

El milagro económico peruano no es tal. No se engañe. Su evidencia "está en todos lados menos en las estadísticas económicas", como señalan Carlos Ganoza y Andrea Stiglich en su libro "El Perú está calato" (Planeta, 2015). Dos autores que no pasarían por "chavistas" o "antimineros", desnudan—desde la tantas veces coronada tecnocracia limeña—el optimismo desabrido impuesto en "Sanhattan". Ponen a prueba la vieja premisa "no hay crecimiento económico sostenido sin desarrollo institucional", apoyándose en el análisis y prospectiva de cifras económicas e indicadores institucionales. El resultado, travieso y cruel, desviste nuestra visión de avance económico en un incómodo—aunque necesario—'full monty'.

El argumento es sencillo: nuestro modelo de desarrollo ha caído en varias trampas. Primero, creerse el cuentazo del "milagro peruano" cuando solo se trató del boom regional de los minerales. Segundo, apostar por una productividad sin educación, financiamiento, mercado laboral eficiente, innovación, tecnología e infraestructura. Finalmente, las trampas institucionales: informalidad, partidos débiles, incapacidad estatal y poderes estatales ilegítimos.

Para Ganoza y Stiglich, el culpable del entuerto no es el ruido político—lo que los afables opinólogos entienden por ineficiencia de la clase política en facilitarle la vida al interés empresarial—, sino el longevo divorcio entre economía y política. Su solución, aseveran, tampoco pasa por reclutar doctores en economía para ponerles fajines ministeriales y dejarse presionar por los (también despistados) poderes empresariales y mediáticos. Para "vestir al Perú" se requiere de un shock institucional: reformas para partidos nacionales, estables y representativos, un sistema judicial meritocrático, independiente y transparente. La tarea involucra la movilización de todos, estimado ciudadano y comensal; empezando por no aplaudir acríticamente "éxitos" como el del restaurante de Virgilio Martínez, que es como estar calato y llevar solo el sombrero puesto.

MIRADA DE FONDO

## La Carta Magna cumple 800 años

- IAN VÁSQUEZ -  
Instituto Cato

¿Cómo acotar el poder y los abusos de quienes nos gobiernan? El 15 de junio del 1215, los ingleses intentaron poner en la práctica una respuesta a esa pregunta, y así cambiaron su historia y la de buena parte del mundo. En esa fecha, el rey Juan I se vio forzado a emitir la Carta Magna, documento que garantizó ciertos derechos a los barones que se rebelaban y que es ampliamente considerado fundacional para la libertad moderna.

Lo más radical de la Carta Magna fue que, por primera vez en Inglaterra, se trató de limitar la soberanía absoluta del rey. Era un contrato que la corona juró respetar. La idea de que la ley también aplicaba al gobernante—principio central del Estado de derecho—se legitimó.

El documento introdujo otros conceptos modernos como, por ejemplo, el no gravar impuestos sin la aprobación de un cuerpo representativo. A su vez, la obligación de consultar con un grupo representativo llevaría a que con el tiempo se

formara un parlamento. El debido proceso para los acusados de violaciones a ciertas leyes se garantiza en el artículo 39.

La promulgación de la Carta Magna no fue un episodio único en sus tiempos. Fue parte de un proceso que se dio en toda la Europa medieval en el que se emitían otras cartas por el estilo y se formaban asociaciones basadas en el contrato y el consentimiento. La Bula de Oro de 1222, por ejemplo, limitaba el poder del monarca húngaro. Muchos reinados de España reconocían libertades entre sus habitantes y limitaban ciertos poderes a sus reyes. El Fuero de León, promulgado por el Rey Alfonso V en 1022, es comparable a la Carta Magna.

El experimento inglés fracasó casi inmediatamente, pues el rey Juan I rechazó la Carta Magna a pocas semanas de haberla promulgado. Fue enmendada y reemitida varias veces el resto del siglo, reflejo de la difícil y constante batalla con el poder. Pero si bien no siempre se respetó el



documento, se convirtió en un referente legal valioso. Durante el siglo XVII, ante el absolutismo de la dinastía Stuart, quienes defendían el rol del parlamento apelaban a la Carta Magna y a las

libertades inglesas tradicionales que decían que esta representaba. Como sabemos, ese siglo vio instalarse la supremacía del parlamento y el fortalecimiento del Estado de derecho en Inglaterra.

Desde principios del mismo siglo, los colonizadores de Norteamérica trajeron consigo la idea de una carta de libertades. La Carta Magna también influiría fuertemente en la Revolución americana y en los "Padres fundadores" de EE.UU., quienes en 1776 consideraban que las libertades que defendían eran no solo inglesas sino universales.

Nada de esto ocurrió con el imperio español. Al contrario, España colonizó América en el momento en que abandonó a sus instituciones medievales y se encaminó hacia el absolutismo. Las institucio-

nes de la libertad no se trasladaron a Hispanoamérica, pues el Estado burocrático, centralizador y mercantilista las reemplazó. Pero las instituciones y "constituciones" medievales de España no dejaron de influir, como lo mostró el surgimiento de los llamados liberales españoles durante la invasión napoleónica y las Cortes de Cádiz que lucharon contra el absolutismo a principios del siglo XIX.

Esta semana se publicó el Índice de Estado de Derecho del World Justice Project. El Perú figura en el puesto 63 entre 102 países, no tan mal como la ahora absolutista Venezuela que está en último lugar, ni tan bien como Uruguay (22) o Costa Rica (25). Dice Juan Carlos Botero, director del proyecto, que la variación es buena noticia, pues indica que la cultura hispánica no es impedimento a que progrese el imperio de la ley. Dice, también, que no tenemos que esperar 800 años más para que se establezca. Espero que no. En todo caso, sería bueno redescubrir la tradición hispana de la libertad.

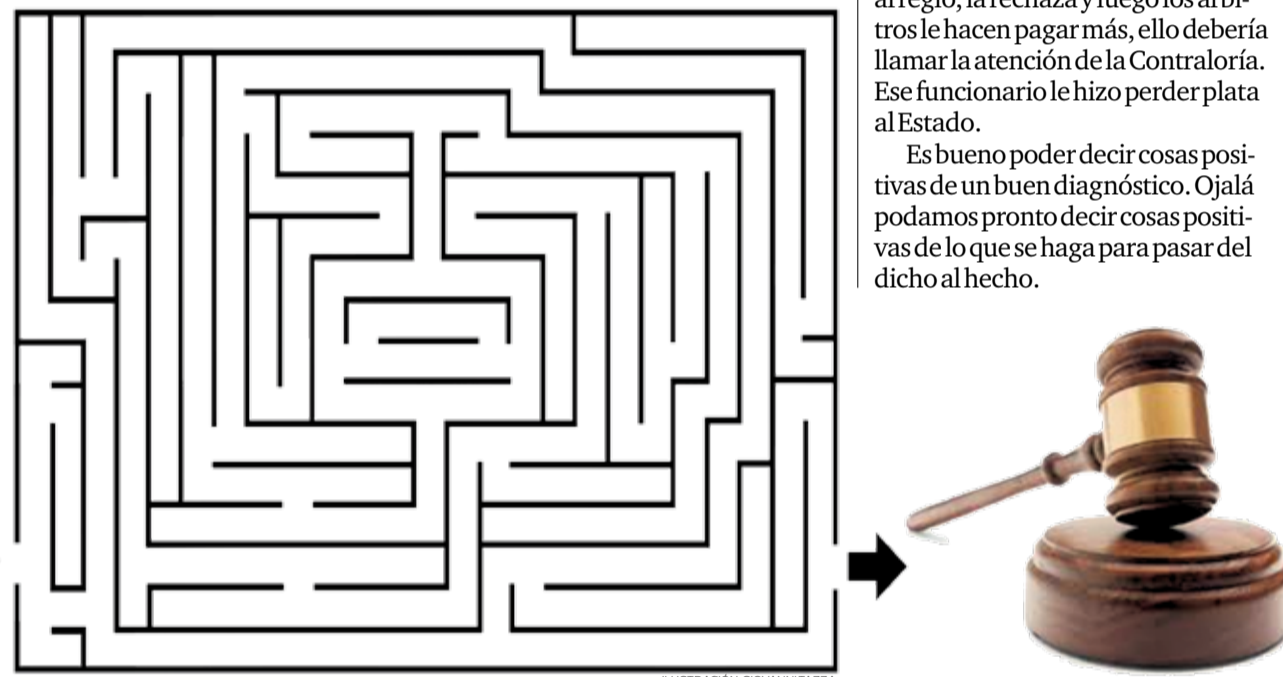


ILUSTRACIÓN: GIOVANNITAZZA

HABLA CULTA

- MARTHA HILDEBRANDT -

**Gago, -a.** En el Perú se aplica a la persona que pronuncia o articula floja y confusamente; es decir, a quien no vocaliza—o más bien, no *consonantiza*— con la debida precisión y nitidez. *Gago* es un arcaísmo que ha sufrido evolución semántica en América. Desde el siglo XIII se documenta en la Península con el sentido de 'tartamudo', pero posteriormente cayó en desuso y se conservó solo en ciertas regiones. En cuanto al origen del término, *gago* parece una voz onomatopéyica que remeda la repetición silábica (*ga-ga*) típica del tartamudo.

El Comercio

Director General: FRANCISCO MIRÓ QUESADA C.

Director Periodístico: FERNANDO BERCKEMEYER OLACHEA

**Directores fundadores:** Manuel Amunátegui [1839-1875] y Alejandro Villota [1839-1861]  
**Directores:** Luis Carranza [1875-1898] - José Antonio Miró Quesada [1875-1905]  
 - Antonio Miró Quesada de la Guerra [1905-1935] - Aurelio Miró Quesada de la Guerra [1935-1950]  
 - Luis Miró Quesada de la Guerra [1935-1974] - Oscar Miró Quesada de la Guerra [1980-1981]  
 - Aurelio Miró Quesada Sosa [1980-1998] - Alejandro Miró Quesada Garland [1980-2011]  
 - Alejandro Miró Quesada Cisneros [1999-2008] - Francisco Miró Quesada Rada [2008-2013]  
 - Fritz Du Bois Freund [2013-2014]