

Instituto de Estudios Peruanos - IEP

**Ciclo de mesas verdes:
Políticas públicas en perspectiva histórica**

(RELATORÍA)

Mesa 2

Fecha: 10 de julio del 2019

Título: “La obligatoriedad del arbitraje en las contrataciones públicas en el Perú ¿criterios técnicos o políticos? (1998 – 2008)”

Expositor: Luis Miguel Purizaga

Comentarios: Mercedes Giesecke y Javier Saravia

1. Reseña biográfica del ponente

Bachiller en Sociología por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado por la Universidad Privada San Martín de Porres. Magister en Ciencia Política y Gobierno con mención en Política Comparada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador del Instituto de Defensa Legal.

2. Resumen de la exposición

El expositor plantea las siguientes cuestiones preliminares:

1. ¿Cómo llegó a ser obligatorio el arbitraje en las contrataciones con el Estado?
2. ¿Cuáles son los argumentos por los cuales se hizo obligatorio el arbitraje con el Estado?

Una línea de tiempo es utilizada para presentar el panorama:

- El año de 1998 es un año vital dado que se establece como obligatoriedad el laudo arbitral para contratos con el Estado.
- Una década después, entre 2008 y 2009 se hicieron modificaciones con el fin de evitar problemas con la contratación pública que surgen en el momento en que se ejecutan. Los problemas apuntaban a los vacíos que terminaban copados por prácticas informales y/o ilegales. Llama la atención que a pesar de que estos problemas surgieron desde el inicio, debieron pasar 10 años para que se haga una modificación sustancial.
- Entre el 2010 y 2011 se analizan las modificaciones y si estas habían logrado erradicar los problemas.

El análisis de esta década y media es fundamentales porque vislumbra el sentido que tomó la conformación del tribunal arbitral. La obtención de mucha información nos dice el expositor surge de una experiencia propia, observación participante no inclusiva y entrevistas semiestructuradas. El resultado se puede resumir en dos ideas que muestran este proceso:

- Los contratos elegidos, de obra pública, representan un alto porcentaje de los celebrados con el Estado. Solo arbitrajes *ad hoc*.
- Estudios de abogado boutique, un exceso de especialización arbitral en el ámbito del derecho

En la línea de tiempo se muestra la importancia de la construcción de la normativa

- En la normatividad hay dos campos que se refieren al arbitraje y a la contratación con el Estado.
- En las normas de contrataciones y adquisiciones con el Estado. Antes del año 97, en los años ochenta, hay una serie de normas muy amplias para la contratación con el Estado. La normatividad es dispersa. La ley general de arbitraje se da antes de que se uniformice en un cuerpo normativo la contratación pública. En 1995 se compila las normas.
- En 1997 se da la Ley de contratación con el Estado con el perfil de obligatoriedad. El arbitraje era la preferencia de un buen acuerdo a un mal juicio. La noción de lo justo pasa a segundo plano (entre privados).
- Hay poco tiempo en la producción de leyes, en lapsos menores de 5 años. El sistema de contratación pública adolece de fallas que deben ser resueltas (no se sabe si es jurídica y/o política, tema que es propio de otra investigación).
- Las más cambiantes son las leyes de contratación con el Estado.
- En un inicio la hipótesis inicial era que las modificaciones no resolvían el problema porque no dependían de la norma, o porque los actores ya habían incorporado dinámicas informales que se imponían a lo formal.

Desde 1998 hasta el 2008, la producción de los Árbitros identifican “situaciones inapropiadas” (ad hoc con el Estado, mayor probabilidad), entre las cuales se encuentran:

- El tribunal designe a un tercero para que se encargue de la secretaria arbitral. El vicio es por la vinculación con algún árbitro o por la falta de conocimiento.
- No se presentan garantías para el proceso de la imparcialidad
- No hay predictibilidad del proceso arbitral
- El tribunal es juez y parte en los reclamos referentes a los costos
- Propensión a lobbies
- En el caso de la recusación de un miembro los otros dos deben decidir.

Ese escenario plantea entonces una serie de cuestiones fundamentales:

- Vacíos normativos en la designación de árbitros
- La designación de árbitros y el secretario arbitral
- Como se lleva realmente el desempeño de los árbitros y los secretarios

Las entrevistas, llevan a las siguientes hipótesis: Los actores reconocen actividades informales, en la práctica la dinámica no va por el logro de la justicia; sino por quien puede ganar el caso a su favor. En relación a la elección del secretario los criterios son los mismos. Finalmente, la falta de criterios jurisdiccionales, es un problema porque son reglamentos de los cuales los actores no pueden apartarse. Existe un problema con la lógica de la aplicabilidad de la norma que no existía y que surge hace poco tiempo.

De otro lado, si algo falla es porque hay vacíos en la norma, porque el árbitro no tiene experiencia y porque es mejor que ir al poder judicial. Hay una fuerte lógica de libertad.

Todo este conjunto subsiste en base a redes y relaciones de poder y los espacios en los que se desarrollan. La llamada base de fidelidad, que se estrecha por los vínculos de interés.

Otras hipótesis que surgen del análisis de las fuentes son:

- La lógica del arbitraje se traslada a la contratación pública, en la que hay una dinámica estrecha entre lo público y lo privado, que deviene de la relación y dinámica del arbitraje.
- En el seguimiento de la implementación de la ley que da la obligatoriedad del arbitraje, resalta la legislatura ordinaria de 1997. Todo fluye sin mayores sobresaltos en el debate.
- Para el debate se llaman a actores especialistas en el tema, que tendieron a favorecer a las instituciones privadas en el marco del arbitraje. La aprobación de esta ley da como resultado el nacimiento de instituciones que se encargan de llevar estos procesos.
- En el pleno del Congreso, apenas hay oposición. Cáceres Velásquez, hace referencia explícita a la importancia del tema. Se trata de un arbitraje que no deja jurisprudencia ni ayuda al desarrollo del sistema.
- Hay una actitud política por parte de la bancada de Cambio 90. El congresista apunta a la celeridad en el tratamiento del tema.
- Se evidencia una voluntad política que tiene injerencia en el tema y hay un sector privado que se ve beneficiado por la ley

El expositor lleva el análisis al ámbito de lo público y lo privado en los estudios del Estado. Señala que Mitchel y Migdal, el estudio del Estado debe tener un enfoque histórico y empírico para comprender como estos discursos de separación se construyen y son validados en el tiempo. Para Mitchel, señala, se necesita examinar los procesos políticos por medio de los cuales se produce esta distinción. Esto porque tendemos a ver a la norma como códigos abstractos y prácticas como códigos facticos.

En ese sentido, esto lleva a pensar que la división público y privado es permeable. Lo que hay que comprender es la dinámica en la que conviven ambos campos.

Las conclusiones a las cuales llega el expositor son.

- La obligatoriedad en el arbitraje, obedece a una lógica de privatización parcial de la esfera pública
- Las prácticas informales e ilegales están relacionadas a la influencia en el tribunal arbitral.
- La coexistencia de los mecanismos en el sistema legal formal se logra gracias a las redes que se construyen en base a relaciones de poder.
- Se ha socavado la legitimidad de los mecanismos estatales.

3. Principales comentarios o conclusiones

En el estudio a primera vista se sobreponen los criterios políticos; sin embargo ¿qué tan políticos han sido estos procesos? El tema puede abordarse en cuatro enfoques. En lo político en relación al Estado mínimo, como ver la etnografía en las instituciones públicas, con el caso de cultura jurídica. Como debe alejarse una postura romantizada con una práctica real.

Por otro lado, el análisis económico del derecho reduce la visión jurisdiccional en favor de la ganancia económica en las contrataciones. En ese sentido, cuan productivo es el arbitraje en este escenario del siglo XX en adelante, y como apareció en ese escenario la corrupción. Todos son puntos que no están desarrollados y valdría la pena hacerlo.

Por otro lado el estudio es interesante y pertinente dadas las propios escándalos de corrupción que evidencian el tema.

En lo metodológico este se enmarca en el punto específico de arbitraje ad hoc y sus razones. Desde un intento histórico de percibir el fenómeno se remonta brevemente a 1919, cuando se puede evidenciar la intención de implementar arbitrajes, pero es solo hasta nuestros tiempos que se toma en cuenta al ganar terreno la visión del Estado atado a sus obligaciones con las corporaciones empresariales privadas. El recurso no es ficticio al poner énfasis en el estado deudor, y de un sistema burocrático judicial lento y corrupto.

Es interesante el tema del secretariado arbitral dado que este persiste incluso luego de la ley. Hay propensión de lobbies, sin embargo este es propio de las dinámicas políticas.

Algunas preguntas: ¿En los actores y relaciones de poder, habría que matizar hasta qué punto esta subcultura esta matizada por la vieja corrupción? (esta se ha sabido amoldar a las nuevas instituciones que crecen, como se manifiestan en las "puerta giratoria") ¿Existe algún criterio que se pueda proponer desde la sociedad civil o el Estado para que este problema pueda solucionarse? ¿Cuáles son los nuevos criterios para fijar la atención de lo público en la parte contractual, para forzar a que los actores políticos lo consideren? ¿Puede eliminarse la práctica arbitral en este mundo globalizado?

En el fondo la discusión que replantea el tema de lo público, que es lo neurálgico. Se hace referencia a un estudio de la universidad de Barcelona para evidencia una lógica de codicia y de rapiña. El medio actual nos plantea una desinformación abismal de la ciudadanía donde hay una criminalización de la protesta social. En tal sentido el Perú es la punta de lanza contra la protestas.

La inmoralidad se ha enseñoreado en lo público. En la subcultura que borra la frontera público privado, es donde nace la contaminación de los procesos. Se está acumulando una deuda con la sociedad, donde se debe retomar una discusión dado que las políticas públicas no enganchan con una teoría del Estado donde se transgrede todas las normas, donde hay un cambio en la producción de lo legal y se pasa a una liquidez el Estado.

Se percibe como el sistema de privatización secuestra el discurso público en el que se inhibe el respeto al otro. Es necesario romper el círculo de fuego de Arguedas. En el contexto actual, que limita la voz de protesta, deberíamos tener un campo de reflexión más teórico y planteado donde se pueda reconstruir el tema y se reconstruya a la persona.