



PERÚ

Ministerio de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Presidencia Ejecutiva

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la consolidación del Mar de Grau"

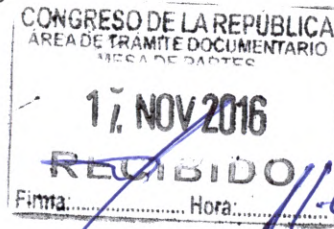
Jesús María, 11 NOV. 2016

OFICIO Nº 2908 - 2016-OSCE/PRE

0 20066

Atención de pedido de opinión

Ref.: Oficio P.O. Nº 137-2016-2017/CDRGLMGE-CR
H.T. Nº 2016-9758234-LIMA



Señora Congresista
ALEJANDRA ARAMAYO GAONA
Presidenta de la Comisión de Descentralización, Regionalización,
Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado
Congreso de la República
Lima.-



De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a Usted en atención al Oficio de la referencia, en virtud del cual solicita al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE emita opinión respecto del Proyecto de Ley Nº 327/2016-CR, que propone la "Ley que promueve la contratación de trabajadores locales en la ejecución de obras públicas".

Al respecto, en atención a la solicitud formulada y a pedido de esta Presidencia Ejecutiva, mediante Informe Nº 072-2016/DTN la Dirección Técnico Normativa de este Organismo Supervisor ha emitido opinión respecto del Proyecto de Ley antes mencionado; documento que se adjunta a la presente para los fines pertinentes.

Hago propicia la oportunidad para manifestarle las seguridades de nuestra especial consideración.

Atentamente,



ANA TERESA REVILLA VERGARA
Presidenta Ejecutiva

c.c. Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad
Ministerio de Economía y Finanzas.

INFORME N° 072-2016/DTN

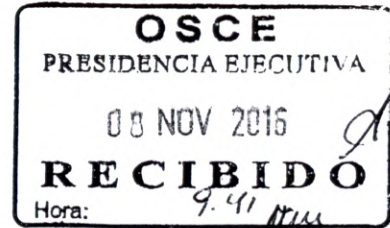
A: Ana Teresa Revilla Vergara
Presidenta Ejecutiva

DE: Sandro Hernández Diez
Director Técnico Normativo

ASUNTO: Proyecto de Ley N° 327/2016-CR, que propone la “Ley que promueve la contratación de trabajadores locales en la ejecución de obras públicas”

REFERENCIA: a) Oficio N° 144/2016-2017/CTSS-CR-op
b) Oficio N° 202-2016-EF/62.01
c) Oficio P.O. N° 137-2016-2017/CDRGLMGE-CR

FECHA: Jesús María, 8 de noviembre de 2016



1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, la Comisión de Trabajo y Seguridad Social y la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado, ambas del Congreso de la Republica; así como la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad del Ministerio de Economía y Finanzas, solicitan que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) emita opinión sobre el Proyecto de Ley N° 327/2016-CR, que propone la “Ley que promueve la contratación de trabajadores locales en la ejecución de obras públicas” (en adelante, el “Proyecto”).

2. ANÁLISIS

2.1 En primer lugar, es importante resaltar que el artículo 76 de la Constitución Política del Perú de 1993 dispone lo siguiente:

*“**Artículo 76°.-** Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.*

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.” (El subrayado es agregado).



102
2016
086

Como se aprecia, la Constitución Política establece que la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos¹ se efectúa, obligatoriamente, mediante los procedimientos que establezca la ley que desarrolla este precepto constitucional.

Así, la Ley de Contrataciones del Estado² (en adelante, la “Ley”) es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional, y, conjuntamente con su reglamento³ (en adelante, el “Reglamento”) y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituyen la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.2 Efectuada la precisión anterior, debe indicarse que el Proyecto propone la modificación del artículo 32 de la Ley, incorporando en su parte final el siguiente párrafo: “*En los contratos sobre ejecución de obras se debe incorporar una cláusula de preferencia que garantice la contratación mayoritaria de trabajadores locales o provenientes de la correspondiente área de influencia. El contratista es responsable de la implementación de acciones de capacitación que resulten necesarias.*” (El subrayado es agregado).

Así, de la revisión del Proyecto se advierte que su finalidad es contribuir a la generación de empleo en las localidades donde se ejecuten obras públicas; para tal efecto, se pretende garantizar que el personal empleado para la ejecución de la obra provenga, de forma mayoritaria, del área de influencia de la misma; estableciendo que el adiestramiento de dicho personal constituye una responsabilidad del contratista.

En este punto, si bien la normativa de contrataciones del Estado tiene como finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que dichas contrataciones tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos⁴, es necesario formular las siguientes observaciones:

¹Según el artículo 15 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, son fondos públicos los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público. De manera complementaria, el Anexo - Glosario de Definiciones de la Ley N° 28112, precisa que fondos públicos son los recursos financieros del Sector Público que comprende a las entidades, organismos, instituciones y empresas. Finalmente, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, señala que los fondos públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.

² Aprobada mediante Ley N° 30225.

³ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

⁴ De conformidad con el artículo 1 de la Ley; el mismo que señala que las contrataciones de bienes, servicios y obras también deben permitir el cumplimiento de los fines públicos y ser realizadas en forma oportuna, bajo las mejores condiciones de precio y calidad.



- a) El Proyecto pretende incluir en el artículo 32 de la Ley la obligación de incluir, en los contratos de obra, una cláusula de preferencia que garantice la contratación mayoritaria de trabajadores locales o provenientes del área de influencia de la obra y en virtud de la cual el contratista deberá brindar la capacitación que resulte necesaria para tal efecto.

Como puede apreciarse, si bien el Proyecto busca establecer una norma de fomento⁵ al promover el empleo en las “áreas” o “localidades” donde se ejecutaran obras públicas⁶, también estaría estableciendo un trato diferenciado y menos favorable respecto de los demás potenciales trabajadores “no locales”, con lo cual se estaría atentando contra el derecho a la igualdad contenido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución. A mayor abundamiento, y con el objeto de determinar si el Proyecto estaría vulnerando el Derecho - Principio de Igualdad, pueden revisarse los considerandos 57 y siguientes de la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en virtud del Expediente N° 0048-2004-PI/TC, la misma que emplea el test de razonabilidad⁷ o proporcionalidad⁸ para determinar si una norma establece un trato diferenciado justificado o si más bien establece un trato discriminatorio que afecta la igualdad.

⁵ A través de las normas de fomento el Estado otorga tratamientos diferenciados o reconoce determinados privilegios a los particulares con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades.

⁶ Cumpliéndose así con el deber que tiene el Estado de fomentar el empleo productivo y la educación para el trabajo, señalado en el segundo párrafo del artículo 23 y en el artículo 58 de la Constitución.

⁷ De conformidad con lo indicado en el considerando 6) de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en virtud del Expediente N° 2235-2004-AA/TC, “(...) Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.” (El subrayado y resaltado son agregados).

⁸ Del mismo modo, el mismo considerando de la referida sentencia establece que “Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél. A su vez, en el Fund. Jur. N.º 109 de la STC N.º 0050-2004-AI/TC, este Tribunal afirmó que el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental. (...). Asimismo, en la misma STC N.º 0050-2004-AI/TC, este Tribunal destacó que “(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental (...).” (El subrayado y resaltado son agregados).



Por su parte, se estaría restringiendo el derecho a la libre contratación⁹ de los contratistas, pues no se les estaría permitiendo elegir libremente el personal con el que ejecutarán una obra, lo cual configuraría una contravención de lo señalado en el numeral 14) del artículo 2 y artículo 62 de la Constitución.

De otro lado, es importante señalar que la adecuada ejecución de una obra requiere la participación de personal profesional, técnico y de mano de obra, con determinadas calificaciones profesionales, técnicas y con cierto nivel de experiencia, en atención a la complejidad de la obra que se pretende ejecutar; sin embargo, al establecer que el personal empleado debe provenir, de forma mayoritaria, del área de influencia correspondiente, el Proyecto podría llegar a afectar la calidad de las obras públicas, pues no es suficiente capacitar a una persona para que desempeñe alguna función vinculada a la ejecución de la obra, sino que además se requieren estudios profesionales y/o técnicos, al igual que un nivel razonable de experiencia.

Adicionalmente, el Proyecto estaría trasladándoles a los contratistas los costos que implicaría la capacitación de la población “local” que ejecutaría la obra, pues no siempre existirá personal local con las características técnicas y profesionales requeridas para dicha ejecución; **hecho que finalmente implicará el incremento del costo de la contratación**, pues el contratista deberá incluir en su propuesta los costos de capacitación del personal, el tiempo que llevará capacitarlo, entre otras condiciones que incrementarían innecesariamente el costo de la prestación¹⁰.

- b) Asimismo, es importante señalar que el Proyecto no define qué debe entenderse por “*contratación mayoritaria*”, “*trabajadores locales*” o “*provenientes de la correspondiente área de influencia*”, tampoco detalla si únicamente se trata de mano de obra o si incluye al personal profesional o técnico necesario para la ejecución de la obra, lo cual constituye información fundamental para poder realizar el análisis de ponderación de los derechos y bienes jurídicos involucrados; por tales motivos no es posible pronunciarse al respecto.
- c) De otro lado, debe señalarse que la obligación que se pretende imponer a los contratistas podría desincentivar su participación en la ejecución de obras

⁹ En el fundamento 53 de la Sentencia derivada del Expediente 0011-2013-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que el **derecho a la libre contratación** se fundamenta en el principio de autonomía privada, el que, a su vez, dota al referido derecho de un doble contenido: (a) Libertad de Contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y (b) Libertad Contractual (...), también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato. Asimismo, el fundamento 54 precisa que el contenido del derecho a la libre contratación está constituido por la “(i) Autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante.” (El subrayado y resaltado son agregados).

¹⁰ Asimismo, el hecho de que se deba contratar mayoritariamente a “*trabajadores locales*” o “*provenientes del área de influencia*” determinaría que el contratista se vea en la necesidad de aceptar el precio que dicho personal quiera imponerle para participar en la ejecución de la obra, lo cual también generaría sobrecostos que serían trasladados a las Entidades, incrementando con ello el costo de la contratación de obras públicas.



públicas, pues no solo deberán ejecutar la obra con personal que no es de su confianza o que no cuenta con cualidades profesionales o técnicas adecuadas sino que también deberán capacitarlos, con el riesgo adicional que la población no esté interesada en participar en dicha ejecución.

En este punto, es importante señalar que el promedio de propuestas admitidas en los procesos de selección para la ejecución de obras para el año 2015 (que demuestra el nivel de competencia efectiva en este tipo de procedimientos de selección) fue de 1.7 propuestas¹¹.

En tal sentido, incrementar los riesgos y obligaciones de los contratistas para la ejecución de obras públicas podría reducir aún más la escasa participación de los proveedores e incrementar considerablemente el monto de las ofertas.

- d) Finalmente, debe precisarse que el Perú mantiene vigentes tratados o compromisos internacionales, en virtud de los cuales el Estado se encuentra obligado a brindar un trato igualitario entre los proveedores nacionales y aquellos provenientes de los países firmantes, en esa medida, es importante tener en cuenta que las observaciones señaladas anteriormente podrían afectar también a estos últimos, lo cual podría generar responsabilidad internacional con el perjuicio económico que ello implicaría para el Estado. En consecuencia, es necesario que se realice la consulta al sector competente para que emita opinión sobre si el Proyecto afecta obligaciones asumidas por el Perú a nivel internacional.

3. CONCLUSIÓN

En virtud de lo expuesto, este Organismo Supervisor debe expresar su disconformidad con el Proyecto, pues, además de no incluir los elementos suficientes para determinar la razonabilidad y proporcionalidad de la propuesta, podría afectar la calidad técnica de las obras, generaría el incremento de los costos de la contratación, afectaría la satisfacción oportuna de las necesidades públicas involucradas y podría desincentivar la participación de proveedores en la ejecución de obras públicas.

Atentamente,


SANDRO HERNÁNDEZ DIEZ
Director Técnico Normativo

MAMV/.

¹¹ Estimación realizada por la Oficina de Estudios e Inteligencia de Negocios del OSCE. “Cálculo del nivel de competencia en el procedimiento clásico y subasta inversa 2015”.

