

ANEXO 1:

Alcances de CAPECO sobre las iniciativas recientes del gobierno que perjudicarán aún más a la **Inversión**:

- I. **Concesiones.** En la edición anterior del IEC se alertaba sobre la intención del Ministro de Transportes y Comunicaciones, de presentar un proyecto de ley dirigido a modificar los contratos de concesión de su sector para permitir al Estado intervenir en su ejecución para corregir defectos en la construcción o la operación de las infraestructuras o equipamientos concesionados. Es evidente de que se trata de una propuesta inconstitucional (porque no se puede modificar un contrato por una ley), que generará mayores contingencias al Estado (debido a que los concesionarios exigirán indemnizaciones ante tribunales arbitrales internacionales) y desalentará la participación de postores calificados en los nuevos procesos de concesión que convoque el gobierno (dada la precariedad de la contratación y de la gestión de las concesiones).

- II. **Ley de Contratación Pública.** El mismo ministro Barranzuela señala que el MTC viene preparando un proyecto de modificación de la Ley de Contrataciones del Estado, para poder corregir las debilidades de la norma actual, incrementar la eficiencia en la ejecución del gasto y reducir la corrupción. Este planteamiento del titular de Transportes es necesario señalar que:
 - El Estado vuelve a cometer el error de proponer cambios parciales a una legislación que ya ha sido modificada varias veces y que, en lugar de corregir sus debilidades, las ha agravado sistemáticamente. Se requiere, en realidad, una verdadera reforma que reemplace al actual modelo de contratación del Estado por uno radicalmente distinto que permita seleccionar las propuestas de mejor calidad, proteger adecuadamente los recursos estatales, reducir la discrecionalidad de que gozan los funcionarios encargados de los procesos de licitación y que reduzca drásticamente el riesgo de corrupción.
 - Se insiste en promover iniciativas legislativas solamente desde entidades del gobierno nacional sin la participación de los agentes públicos y privados que intervienen en la contratación estatal, reflejando una visión de este complejo asunto que, como en los casos anteriores, solo terminará profundizando los problemas. Una reforma de esta magnitud requiere un amplio consenso que incluya al Poder Ejecutivo, al Legislativo y a instituciones de la sociedad civil.
 - El ministro incurre en una grave equivocación cuando sostiene que la normativa de contratación pública *“parece haber sido hecha por los contratistas”* porque *“todo le favorece”* y *les permite “crear condiciones”* para beneficiarse. En realidad, las normas de contratación de obras estatales en nuestro país discriminan a los constructores nacionales, imponiéndoles requisitos que no son exigibles cuando se trata de empresas extranjeras. Es el caso de los criterios para establecer la capacidad de una empresa para contratar con el Estado, que exigen a los domiciliados en el país que su capital esté pagado y suscrito en el Perú, mientras que a las sucursales de empresas extranjeras se les exonera de tal requisito.
 - Al ser consultado por los recientes casos de corrupción en obras públicas que se atribuyen a varias empresas constructoras chinas, el ministro relativiza la responsabilidad de tales empresas en estos posibles delitos al señalar que *“no necesariamente vienen de afuera con una intencionalidad”* delictiva, sino que cuando llegan al país *“son abordadas por empresas peruanas”* para consorciarse para participar en licitaciones actuando éstas últimas como *“operadoras”*. Aunque el ministro afirma que no todas las empresas peruanas actúan de esa manera, se trata de una imputación muy grave que no se condice con la realidad, por lo que termina siendo injusta y agravante para las constructoras nacionales. Los casos recientemente denunciados por los medios de comunicación e investigados por el Ministerio Público muestran más bien

que la normativa de contratación pública permite que constructoras chinas se asocien con empresas con poca o nula experiencia en construcción, que muchas veces se constituyen días antes de una convocatoria, que no cuentan con personal técnico y a veces ni siquiera funcionan en locales apropiados para una compañía constructora, recurran a intermediarios vinculados a las entidades contratantes para adjudicarse obras de manera ilegal. Uno de los mecanismos que favorece esta modalidad delictiva es la exigencia, incluida en el reglamento de contrataciones, de presentar cartas de líneas de crédito bancarias como factor de demostración de la capacidad financiera de los postores en licitaciones públicas. Las constructoras peruanas, y muchas extranjeras, no pueden cumplir con este requisito (los bancos nacionales tienen muchas reticencias a otorgarlas, entre otras razones, por la ausencia de predictibilidad de las decisiones de las entidades estatales y por la incertidumbre sobre los alcances de sus responsabilidades frente a cualquier contingencia). Las empresas chinas, que son estatales en buen número, sí obtienen esta garantía de bancos que también pertenecen al Estado. Es evidente que esta diferencia de trato promueve un favorecimiento indebido, reduce artificialmente la pluralidad de postores y no asegura que el Estado sea debidamente protegido frente a eventuales incumplimientos de las contratistas.

- El ministro reflexiona sobre la situación de indefensión en que quedan las contratantes del Estado por la falsificación de fianzas o por el vencimiento de estas coberturas cuando las obras se encuentran en plena ejecución. Sobre el particular habría que mencionar que una buena selección de postores reduciría notablemente la posibilidad de que estos delitos se produzcan. Complementariamente, CAPECO ha propuesto desde hace varios años que la Asociación de Bancos – ASBANC y la Asociación Peruana de Empresas de Seguros – APESEG implementen una plataforma digital para gestionar todas las cartas fianza, pólizas de caución y demás garantías que emiten los bancos y las compañías de seguros. Las entidades estatales pueden acceder a esta plataforma para verificar la existencia de los documentos y también para recibir información oportuna sobre su vencimiento o cambios en las coberturas.
- Sobre este mismo tema, el ministro Barranzuela señala que el proyecto de Ley que presentaría al Congreso de la República propiciará constituir fideicomisos en sustitución de la entrega de fianzas. En realidad, por recomendación de CAPECO, la actual legislación ya permite la constitución de fideicomisos en obras públicas, aunque limitada a la administración de adelantos de dinero y no a la gestión integral de toda la obra, como propuso nuestro gremio. Pero la principal limitación para la difusión de este mecanismo es que las empresas autorizadas para implementar fideicomisos no están interesadas en trabajar con el Estado por la incertidumbre sobre la continuidad de los flujos financieros hacia las obras y acerca de la racionalidad de las decisiones técnicas y administrativas dentro del aparato estatal. Por eso CAPECO ha sugerido que COFIDE, entidad estatal que tiene amplia experiencia como fiduciario, incursione en la oferta de este tipo de instrumentos cumpliendo además un rol de promotor de la participación del sector privado en este mercado.
- El ministro de Transportes señala haber iniciado el necesario proceso de cambio de funcionarios en su institución el que se ve dificultado por la falta de candidatos idóneos y solicita públicamente el apoyo de universidades, empresas y otras entidades para encontrar profesionales con experiencia que *“ayuden a completar el personal”* del ministerio. En realidad, para garantizar la transparencia de la selección e incentivar la participación de gente honesta y competente, sería mucho más apropiado que se encargue esta responsabilidad a la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR o, mejor aún, a entidades independientes como los colegios profesionales o universidades

públicas.

- III. **Obras por impuestos (Oxi).** El Ministerio de Economía y Finanzas, a través de una interpretación comunicada mediante oficio y sin ninguna opinión técnica de respaldo, ha modificado el criterio para el cálculo de la valorización de las obras que se ejecutan bajo el modelo Oxi. Como se recuerda, a través de este mecanismo, una empresa privada suscribe un convenio con una entidad pública para financiar una obra previamente priorizada por esta, cuya ejecución es encargada por la empresa a un constructor privado. Una buena parte de los contratos de construcción se ejecutan a través de la modalidad “a suma alzada”, que permite una mejor distribución de riesgos frente a la variación de costos de partidas y precios de materiales de construcción.

Mediante esta interpretación del MEF, las entidades contratantes pueden poner límites, de manera unilateral, a estas variaciones perjudicando, en todos los casos, a las empresas contratistas, afectando a los proyectos ya contratados y desalentando el desarrollo de nuevas obras, por tratarse de una sobre-regulación innecesaria y de una violación del principio de predictibilidad. Es indispensable que se sustente técnicamente la necesidad de modificar los criterios de contratación y ejecución de proyectos bajo el modelo de Oxi y buscar una solución que lo haga inviable y le genere más contingencias al Estado.

- IV. **Tercerización Laboral.** La modificación unilateral efectuada por el Ministerio de Trabajo, a través de un Decreto Supremo, de las reglas que rigen la subcontratación en diversas actividades económicas, va en contra de la tendencia a la especialización, virtualización y ubicuidad que caracterizan al modelo de trabajo basado en la economía del conocimiento y en el uso intensivo de la tecnología, pero además desalienta el empleo adecuado en un contexto en que casi ocho de cada diez trabajadores se encuentran actualmente en la informalidad. Se trata además de una norma inconstitucional porque a través de un Decreto Supremo se va más allá de lo que dispone la Ley N° 29245 que regula los servicios de tercerización.

En el sector construcción no se requiere una norma que proteja de la discriminación a los trabajadores que dependen de subcontratistas, porque ellos también tienen derecho a las remuneraciones y demás condiciones laborales que se acuerdan en pacto colectivo por rama de actividad entre CAPECO y la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú – FTCCP. En este sector, los obreros son contratados por obra, por el tiempo que dure la partida o incluso por tarea. Desalentar la subcontratación sólo generaría más informalidad y mayor tiempo de desempleo para los trabajadores de la construcción, que solo podrían ser contratados por una constructora en aquellos meses del año en que lo requieran sus obras, mientras que en una subcontratista de su especialidad podrían trabajar más meses para diferentes obras.

El gobierno debería más bien impulsar acciones para reducir la proliferación de la autoconstrucción y la ineficiencia de SUNAFIL para investigar y sancionar a aquellas empresas que no cumplen con las obligaciones laborales, las que además compiten deslealmente con empresas serias y perjudican a la sociedad al producir bienes y servicios inseguros y de menor calidad. También tendría que ocuparse de combatir la violencia en obra y de evitar que entidades públicas que ejecutan obras, sea a través de licitaciones o de la modalidad de administración directa, incumplan con el pago de los salarios pactados en la negociación colectiva de construcción civil, así como las disposiciones sectoriales de seguridad y salud en obras civiles.