

NO DESINCENTIVEMOS LA PARTICIPACIÓN PRIVADA

La Contraloría propuso un proyecto de ley que busca equiparar las actividades de contratistas y profesionales privados al desempeño de una función pública. Esto podría afectar la libertad de trabajo y empresa, así como la inversión privada en infraestructura pública. Además, se cuestiona su coherencia con la Constitución y su impacto en los proyectos públicos.

INFORME LEGAL

NO DESINCENTIVEMOS LA PARTICIPACIÓN PRIVADA



POR:
ALDO CHIRINOS
JEFE DEL ÁREA LEGAL - AFIN

En marzo pasado, la Contraloría presentó ante el Congreso, el Proyecto de Ley N° 7316/2023-CG que busca asimilar la naturaleza de las actividades de contratistas, sub contratistas, proyectistas y supervisores al desempeño de una función pública por delegación, sean personas naturales o jurídicas, considerándolos funcionarios o servidores públicos de la entidad que los contrata, sujetándolos al ámbito de las atribuciones del Sistema Nacional de Control y, por ende, haciéndolos pasibles de las sanciones que la Contraloría puede imponer, de acuerdo a su régimen sancionador.

Al respecto, es necesario precisar que somos conscientes de los hechos suscitados en los últimos años, relacionados con actos de corrupción entre Estado y privados, condenándolos en su momento, que han llevado a la adopción de medidas gubernamentales para evitar que situaciones similares ocurran en el futuro. Sin embargo, somos conscientes también que, esta realidad, ha llevado a que desde ciertas entidades y, en particular, desde la Contraloría, se proponga normativa que, buscando evitar la ocurrencia de actos de corrupción, burocratiza de forma excesiva o paraliza el desarrollo de funciones, precisamente en entidades que deben ejecutar presupuesto para la realización de obras públicas. El Proyecto es un ejemplo claro de esta problemática.

En principio, esta propuesta transgrede las facultades atribuidas a la Contraloría a través del artículo 82 de la Constitución, que dispone lo siguiente:



Artículo 82.- *La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.*
(...)



La Contraloría cuenta con facultades de supervisión de los actos de instituciones sujetas a control, entendidas estas como instituciones públicas que realizan actividades de carácter administrativo en favor de la ciudadanía, enmarcadas dentro de los límites que la ley otorga a la entidad como el principio de legalidad, utilizando para ello recursos públicos. De ahí, la necesidad de control.

No obstante ello, el Proyecto plantea extender ese control a particulares, respecto de los cuales queda claro que la Constitución otorga un tratamiento distinto que implica el respeto de sus derechos fundamentales, entre ellos la libertad de contratar, de empresa y de trabajo, así como a la sujeción de los mecanismos de justicia que la Carta Magna prevé.

En tal sentido, resulta claro que el Proyecto desvirtúa, de manera equivocada e innecesaria, la naturaleza de las actividades económicas que realizan los agentes privados, que implica, principalmente, la libertad para actuar conforme a la autonomía de su voluntad y relacionarse con terceros con el único límite de no vulnerar sus derechos y cumpliendo las obligaciones que la ley impone de manera general para toda la población por igual, a través de normas de carácter imperativo.

El Proyecto también transgrede los derechos fundamentales a la libertad de trabajo y empresa, en la medida que pone en riesgo la viabilidad de que personas y empresas quieran asociarse con el Estado para el desarrollo de infraestructura pública y, en particular, para actividades de contratistas, sub contratistas, proyectistas y supervisores.



Ello, ya que, de hacerlo, se encontrarían sujetas a control, teniendo constantemente la amenaza de que Contraloría pueda hallar desviaciones sumamente discutibles, como ocurre hoy en día, atribuyéndoles responsabilidad donde no la hay, y sancionándolas como si se tratase de funcionarios públicos. En otras palabras, de aprobarse el Proyecto, se constituiría, en la práctica, en un impedimento para el desempeño de estas actividades en asociación con el Estado, poniendo en riesgo el desarrollo y calidad de la infraestructura pública y, por ende, defraudando las expectativas de la población en lo que respecta a la satisfacción de sus necesidades.

En cuanto al derecho a la libertad de contratar, el Tribunal Constitucional, en su sentencia, expedida en el Expediente N° 02175-2011-PA/TC, ha indicado lo siguiente:

7. (...) [e]l derecho a la libre contratación... se fundamenta en el principio de autonomía de la

voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido: "a. Libertad de contratar... y b. Libertad contractual... también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato (...)

Es evidente, que el Proyecto vulnera la libertad de configuración interna de los contratos, libertad con la que cuentan las personas para decidir el contenido de los mismos, conforme a su manifestación de voluntades y dentro de los límites que impone la ley. Esto es así, ya que, como mencionamos, el Proyecto pretende someter a todos los privados que realizan actividades de contratistas, sub contratistas, proyectistas y supervisores en proyectos de contratación pública, al sistema de control de instituciones públicas, a pesar de que se trata de actividades económicas sujetas a los términos contractuales que las partes decidan.

Con ello, queda clara la intromisión que este Proyecto propone en la esfera jurídica de los administrados, supliendo su voluntad en los contratos que suscriben con el Estado, impidiendo el disfrute de este y otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.

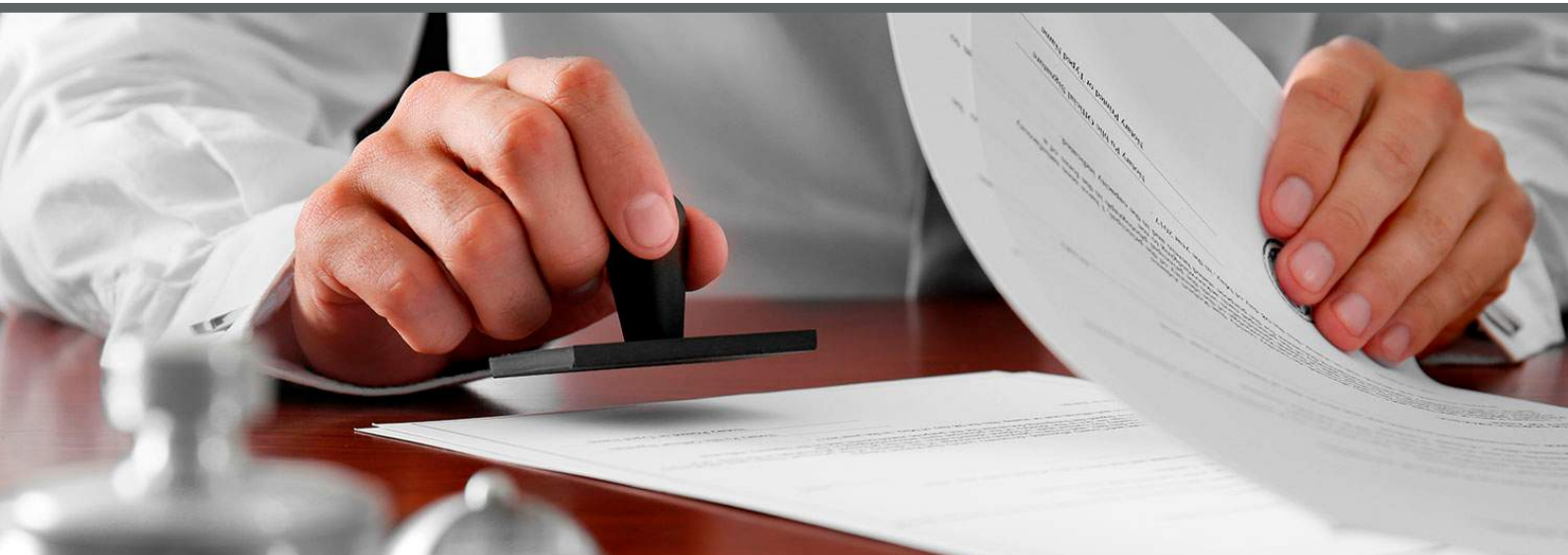
Finalmente, los términos del Proyecto vulneran los componentes del derecho de defensa relacionados con la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, así como a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. De acuerdo con nuestra Constitución:



Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
No existen ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.
 (...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.
 (...)



Y es que, con las disposiciones del Proyecto, las entidades contratantes y la Contraloría podrían atribuirle a cualquier contratista algún incumplimiento contractual, siendo esto suficiente para que se considere su actuar como una infracción grave, sancionable en un procedimiento regular de control con las consecuencias que ello conlleva. Sin embargo, esto implica vulnerar el derecho de estos agentes a contradecir las imputaciones que se le atribuyen a través de los mecanismos que prevé la ley y, principalmente, los previstos en los contratos suscritos con el Estado. De acuerdo con la propia Constitución, los particulares tienen derecho a someter sus controversias a jurisdicción, la cual comprende a los jueces del sistema nacional de justicia, el fuero militar y el arbitraje, lo que materializa el acceso al derecho a la tutela jurisdiccional.

Proyectos como el analizado en el presente artículo, además de las inconstitucionalidades detectadas, tienen como efecto ahuyentar aún más la inversión privada en infraestructura pública.



De aprobarse este proyecto, es de esperarse que haya una seria afectación al objetivo de cierre de brechas en infraestructura pública, perjudicándose a la población.

