

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“REGULACIÓN LEGAL DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN
DE LA CONTRATACIÓN IGUAL O INFERIOR A 8 UIT EN LAS
CONTRATACIONES DEL ESTADO”**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

Autor (a):

Bach. Ilan Pilar Rodriguez Layza

Asesor (a):

Abg. Betsy Sucety Cárdenas García

**Trujillo - Perú
2020**

Dedicatoria

A Dios y a mi Virgencita de la Puerta por hacer que este sueño sea realidad, a quien le pedí perseverancia y lucha para seguir adelante.

A mi esposo, a quien agradezco por su infinita paciencia y su apoyo incondicional por que gracias a él puedo estar acá haciendo realidad cada una de mis metas.

A mi hijo por quien busco salir adelante y ser su guía para fortalecer cada paso que quiera dar, y a mi madre quien es mi inspiración y mi motivo perfecto para dar lo mejor de mí.

Agradecimiento

Agradezco a Dios y a la Virgencita de la Puerta por escuchar cada una de mis plegarias y mantenerme firme en este camino, a quien le pedí perseverancia y lucha para lograr mis metas y afrontar los retos con humildad e integridad.

A mi adorado esposo, por su infinita paciencia y su amor incondicional para seguir adelante, y ser el ejemplo y orgullo de nuestro hijo por quien busco seguir adelante y compensar la confianza que han depositado en mí.

A mi madre y a mi hermano, por otorgarme el mejor regalo que pude recibir al ser una profesional llena de conocimientos y ética para afrontar nuevos retos en la carrera profesional.

A todos los docentes que impartieron conocimiento durante la carrera profesional, y me mostraron el camino de la justicia y el estudio en el Derecho, así como a la Abogada Betsy Sucety Cardenas Garcia, asesora de esta tesis, quien de manera imprescindible me brindo enseñanzas para realizar el presente trabajo.

EL AUTOR

Resumen

La presente investigación tiene como objetivo demostrar que tan importante resulta regular el procedimiento de selección en las contrataciones por montos iguales o inferiores a 8 UIT, lo cual contribuirá al desarrollo de un proceso igualitario para todos los proveedores que deseen participar en ellos, y a la vez disminuirá los actos de corrupción producto de la ausencia de regulación, a fin de garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia en los procesos de contrataciones con el Estado en el Perú..

En la presente investigación se ha utilizado el análisis inductivo deductivo pues este método permite realizar las inferencias normativas entre la ley de contrataciones del estado y las directivas internas, que son aplicación inmediata y obligatoria entre las entidades estatales, dado que, solo se rige a nivel institucional permitiendo que cada funcionario aplique normativas convenidas a intereses particulares, además de ello como instrumento de validación se ha efectuado entrevistas que han permitido llegar a la conclusión que las contrataciones iguales o inferiores a 8 UIT deberán ser adheridas a la normativa especial, a fin de que éstas sean reguladas por la Ley de Contrataciones del Estado, todo ello en busca de obtener procedimientos óptimos y transparentes, lo que permitiría regularlo dentro de un ámbito específico y evitar los vacíos legales.

En conclusión, esta investigación considera necesario se regulen las contrataciones por un monto no menor de 3 UIT, tal y como se regulaba anteriormente, con el propósito de evitar mayor flagelo durante la ejecución de los procesos de selección y realizar un gasto público más eficiente y de calidad, ya que al ejecutarse estas alternativas permitiría reducir la corrupción y convertir esta lucha como política de Estado y desarrollo para el país.

Abstract

The purpose of this research is to demonstrate how important it is to regulate the selection procedure in contracts for amounts equal to or less than 8 UIT, which will contribute to the development of an equal process for all suppliers who wish to participate in them, and at the same time It will reduce acts of corruption resulting from the absence of regulation, in order to guarantee compliance with the principles of transparency in the contracting processes with the State in Peru.

In the present investigation the deductive inductive analysis has been used because this method allows to make the normative inferences between the state contracting law and the internal directives, which are immediate and obligatory application between the state entities, since, it is only governed at the level institutional allowing each official to apply agreed regulations to particular interests, in addition to this as an instrument of validation, interviews have been conducted that have led to the conclusion that contracts equal to or less than 8 UIT must be adhered to the special regulations, in order to that these are regulated by the State Contracting Law, all in search of obtaining optimal and transparent procedures, which would allow it to be regulated within a specific area and avoid legal loopholes.

In conclusion, this investigation considers it necessary to regulate contracts for an amount not less than 3 UIT, as previously regulated, with the purpose of avoiding greater scourge during the execution of the selection processes and making a more efficient and public expenditure of quality, since by executing these alternatives it would allow to reduce corruption and turn this struggle as a State and development policy for the country.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTO.....	II
RESUMEN.....	III
ABSTRACT.....	IV

CAPITULO I. Introducción

1. Problema	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.2. Enunciado del problema	5
1.3. Hipótesis	5
1.4. Objetivos	5
1.5. Justificación.....	6

CAPITULO II. Marco Teórico

1. Antecedentes.....	8
2. Bases teóricas.....	11
2.1. Aspectos importantes sobre la necesidad de regular las contrataciones del estado.....	11
2.2. Principios Generales de la Ley de Contrataciones del Estado.....	14
3. Las contrataciones del Estado.....	25
3.1. Contratación.....	25
3.2. Proceso de Contratación.....	25
3.3. Disposiciones generales.....	25
3.4. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.....	26
4. Funciones.....	27
5. Proceso de Selección.....	31
5.1. Definición.....	31
5.2. Fases.....	32
6. La Prohibición del Fraccionamiento	57

6.1. Excepción a la prohibición de fraccionamiento.....	58
6.2. Elementos del fraccionamiento indebido.....	58
7. Criterios establecido por la Dirección Técnico-Normativa (Opiniones del OSCE)...	59

CAPÍTULO III. Deficiencias Normativas en el Sistema de Contratación Estatal

1. Antecedente Legislativo en las Contrataciones de menor cuantía.....	61
2. Enfoque del Sistema.....	61
2.1. Deficiencias en la Gestión Pública en el Perú.....	64
3. Las Contrataciones del Estado y su implicancia con la corrupción.....	66
4. La regulación legal en los procedimientos de selección por montos iguales o inferiores a 8UIT.....	69
4.1. Deficiencias funcionariales en el OSCE.....	71
4.2. Vulneración del Principio de transparencia.....	73
5. La necesidad de regular las contrataciones por montos iguales o inferiores a 8 UIT.....	75
5.1. Posiciones adoptadas por especialistas en Contrataciones del Estado a favor de la investigación.....	78
Análisis de las Entrevistas.....	79

CAPÍTULO IV. Metodológico

1. Tipo de investigación.....	86
1.1. Por su profundidad.....	86
1.2. Por su naturaleza.....	86
2. Material de estudio.....	86
3. Métodos de investigación.....	86
4. Recolección de datos.....	88

CAPÍTULO V. Conclusiones

Conclusiones.....	89
Recomendaciones.....	91
Bibliografía.....	93
Anexos.....	96

CAPITULO I

INTRODUCCION

1. Problema

1.1. Planteamiento del problema

Las Contrataciones del Estado tienen como objeto establecer normas orientadas *a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y promueven la actuación del enfoque de gestión de resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo el cumplimiento de los fines políticos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.* (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento)

En el Perú las Contrataciones del Estado están reguladas por la ley N° 30225 y su respectivo reglamento Decreto Supremo N° 377-2019-EF, donde existen diversos procesos de selección entre los cuales tenemos la licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica y contratación directa, esta ley de contrataciones tiene diferentes métodos que se puede contratar bienes, servicios y obras bajo diferentes procesos que la ley regula.

Para aplicar, este tipo de contratación la norma ha regulado dos criterios: por la cuantía, cuando son mayores a 8 UIT, equivalente a 4200 soles cada UIT para el año 2020, en sustento al Decreto Supremo N° 380-2019-EF, y por el objeto de contratación, cuando se contrata bienes, servicios y obras, que están debidamente regulados por el artículo 21 de la ley de Contrataciones del Estado, la cual se aplica de la siguiente manera: Licitación pública se utiliza para la contratación de bienes por montos mayores o iguales a S/ 400,000 y obras mayores o iguales a S/ 1 800,000, el concurso publico emplea servicios de consultoría general por montos mayores o iguales a S/ 400,000, Adjudicación simplificada utiliza la

contratación de bienes por el monto menor a S/. 400,00 y mayor a S/ 34,400, servicios de consultoría general menor a S/ 400,00 y mayor de S/ 34,400 y obras mayores o iguales a S/ 1 800, 000, para la Selección de consultores individuales emplea servicios de consultoría general por el monto igual o menor a S/ 40,000 y mayor a S/ 34,400, para la Subasta inversa electrónica que utiliza la contratación de bienes y servicios generales por montos mayores a S/ 34,400, y comparación de precios para la contratación de bienes y servicios generales iguales o menores a S/ 34,400 y mayores a S/ 64,500. (OSCE, OSCE, 2020) Para lo cual cada procedimiento de selección se realiza en atención al objeto de la contratación y de acuerdo a la cuantía referida al valor referencial que están debidamente regulados por la Ley y su reglamento siendo de ámbito nacional y de competencia exclusiva del Ministerio de Economía y Finanzas.

Así mismo, la ley de contrataciones del estado regula otras formas de contratación como es el supuesto de exclusión del ámbito de aplicación de la ley y su reglamento de aquellas contrataciones por montos iguales o inferiores a 8 UIT, cuya supervisión se realiza de manera facultativa por parte de la OSCE, según lo señalado en el artículo 5 inciso 5.1 literal A) de la presente ley.

Que, según la interpretación de este artículo y en aplicación a la supervisión que realiza el OSCE deja al libre albedrío la posibilidad de que cada entidad del estado tenga que regular bajo una normativa interna que son las directivas de carácter institucional. En mérito a esto la OSCE ha regulado su propia directiva signado con el N° 006-2016-OSCE/CD, en la cual se manifiesta mediante informe N° 230-2017/DTN, emitiendo una interpretación normativa de la ley señalando que las directivas *puede ser utilizadas de manera facultativa por otras entidades dado que se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, y se realizan de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Entidad en sus normas de organización interna,* (OSCE, Interpretación Normativa en Contrataciones del Estado - Opinión 230-2017/DTN - Ley Artículo 5. Supuestos excluidos del ámbito de

aplicación sujetos a supervisión, 2018) Sacándola de todo el alcance nacional que la excluye del alcance vinculante de la ley.

Sin embargo, el problema radica en que este tipo de regulación deja abierta la posibilidad de que las contrataciones menores a 8UIT, sean manejadas incorrectamente dentro de la administración pública, siendo de vital importancia señalar que según el estudio realizado por la Comisión Especial Multipartidaria Permanente encargada del control, el seguimiento y la evaluación del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción del Congreso de la República, se señala que existen un total de “1 365 procesos judiciales por presunta corrupción, reportados por la contraloría. Estos procesos involucran a 6 581 funcionarios, de los cuales 218 son funcionarios del gobierno central; 3 837 de los gobiernos regionales; y 2 526 de los gobiernos locales” (PUCP, 2018), este tipo de contrataciones resulta tener mayor incidencia en los gobiernos regionales y locales, debido a la falta de límites y supervisiones legales. También se ha dado el caso de aquellas autoridades que representan a entidades públicas y buscan favorecerse con contratos del Estado a familiares, amigos, allegados o empresas que financian campañas electorales; con la finalidad de buscar la realización de cambios en los términos contractuales, con el fin de lograr un incremento en el valor del contrato. “Los contratistas llegan incluso a manipular la información con el fin de presentar una oferta especialmente baja en precios que permita ganar la licitación. Estos contratistas son considerados como los únicos capaces de ofrecer productos o servicios al Estado, quienes son los encargados de desempeñar una posición dominante en el mercado contractual del Estado, restringiendo la libre competencia.” (OSCE, Análisis Económico de las Contrataciones Públicas)

No obstante, la falta de supervisión y regulación está generando un perjuicio económico al estado, pues vulnera la aplicación de dichos principios sobre todo en el principio de transparencia regulado en el artículo 2 literal C, dado que en estos procesos no garantiza la libertad de concurrencia, la igualdad de trato, objetividad e imparcialidad del desarrollo de las condiciones de contrataciones, este principio ha

desarrollado dos vertientes la primera hacer informado sobre lo que se está desarrollando y la segunda en el sentido de cómo se desarrolla esta contratación, que al presumir su libertad de contratación se evidencia un uso abusivo de las contrataciones de menor cuantía al otorgarle al titular de la entidad en conjunto con el área usuaria a tener libertad de elección para contratar con proveedores a su libre elección dejándose de lado la competencia sana, y consintiendo la corrupción entre funcionarios y proveedores en uso facultado por la ley vulnerando el principio de transparencia.

Es por ello que el artículo 5 inciso 5.1. literal A) debería ser regulado dentro del ámbito legal de las contrataciones del estado, ya que al permitir que cada entidad lo regule genera perjuicio económico al estado e indicios de corrupción dentro del funcionamiento de la administración pública, con ello no se busca generar mayor burocracia en el estado, si no cimentar procedimientos óptimos y transparentes, caso contrario deben ser tomadas en cuenta según los criterios de la presente ley regulados por el principio de especialidad según la ley de la materia, sin que se tenga que adherir normativas internas que transgredan el correcto funcionamiento del proceso de selección, ya que esto coadyuvaría a un proceso igualitario para todos los proveedores que deseen contratar con el estado, sin que se vulnere los principios de la ley. Si bien esto propiciaría a irrumpir con los actos de corrupción, pero a la vez garantizaría que se dé cumplimiento a los fines públicos.

Finalmente, se puede determinar que al no existir reglas claras para este tipo de contrataciones el funcionario puede disponer de manera conveniente, abriendo paso a la informalidad, necesitándose de una regulación inmediata de las contrataciones iguales o menores a 8 UIT, por ser contrataciones que se realizan dentro de la institución, siendo de vital importancia para el abastecimiento del aparato estatal, es así que la ley de contrataciones del estado debe regular de forma obligatoria las contrataciones de menor cuantía, en la que se establecerá el uso de la ley de contrataciones y su reglamento, y no dejar que la entidad establezca su normativa de contratación a sabiendas de que se busca favorecer a ciertas

personas a fin de obtener algún provecho económico, porque a la fecha solo se logra contribuir con la corrupción entre funcionarios y proveedores que obtienen beneficios ilícitos a través de una cadena de delitos.

1.2. Enunciado del problema

¿De qué manera la falta de regulación legal en los procedimientos de selección de las contrataciones por montos iguales o inferiores a 8 UIT vulnera el principio de transparencia en aplicación a la Ley de Contrataciones del Estado?

1.3. Hipótesis

La falta de regulación legal en los procedimientos de selección de las contrataciones por montos iguales o inferiores a 8 UIT vulnera el principio de transparencia debido a que impide que las contrataciones se den respetando las condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

Determinar de qué manera la falta de regulación legal en los procedimientos de selección de las contrataciones por montos iguales o inferiores a 8 UIT vulnera el principio de transparencia de las contrataciones con el Estado.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Estudiar la importancia de los principios que regenta los procedimientos de selección de las contrataciones del estado.
- Explicar las condiciones de contratación que se da en los procedimientos de selección por montos iguales o inferiores a 8UIT.
- Explicar cuáles son las deficiencias normativas en los procedimientos de contratación que vulneran la aplicación de los principios de transparencia y competencia sana.

1.5. Justificación

La presente investigación desde la perspectiva teórica, permite advertir la inexistencia de preceptos legales específicos que promuevan regulación fiscalizadora sobre los procesos de contratación pública en caso de montos iguales o inferiores a 8UIT, al estar, precisamente excluidas del ámbito de aplicación de la ley de contrataciones del Estado, pese a estar sujetas a la supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), lo que ha conminado a que éste último faculte a las entidades gubernativas locales a realizar todo tipo de procedimientos de selección a través de los diferentes métodos de contratación, permitiendo su control a través de la normativa interna de cada entidad, siendo ésta de naturaleza estrictamente institucional, lo que implica que pueden ser utilizadas de manera facultativa, y eventualmente, arbitraria, contribuyendo a la gesta de problemas ante la falta de supervisión y fiscalización estricta en dichas contrataciones de menor cuantía, pudiendo enervar el control disciplinario y penal ante una inadecuada gestión de los recursos encargados en la administración bajo la tutela de los funcionarios, en el debido respeto de la administración pública.

Este vacío normativo ha sido aprovechado por aquellos funcionarios públicos que son encargados de conformar los comités de selección, a fin de designar proveedores que puedan realizar cambios en los términos contractuales con el propósito de lograr un beneficio económico, debido a la falta de regulación legal que propicia actos de corrupción en desmedro los recursos de estado.

Así mismo, al regularse las contrataciones menores a 8 UIT dentro del ámbito de aplicación de la ley de contrataciones del estado permitirá que todos los postores tengan las mismas condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad en los requerimientos públicos, ya que promoverá la competencia sana y coadyuvará a un proceso igualitario para todos los proveedores por lo que tendrían un procedimiento a seguir y una regulación clara que permita atender las necesidades de la población.

Desde el punto de vista práctico esta investigación aportará conceptos e información sobre un tema poco tocado con respecto a las contrataciones del estado debido a que no se encuentra dentro del foro de las mismas, sin embargo muy utilizado a través del fraccionamiento para incumplir los principios que inspiran la transparencia de la contratación pública, la regulación de estos procedimientos menores de 8 UITs significarían un paso hacia la igualdad y transparencia, sin ser conservadores o burocráticos puesto que la regulación plantearía sus propias limitaciones en el camino. La razón de ser de ésta investigación no es más que la búsqueda de conservar un proceso transparente y eficaz dentro de la administración pública que permita afianzar una contratación pública al servicio del ciudadano y no de intereses particulares, es por ello que la investigación jurídica tiene que ser puente de conocimiento para generar debate sobre como a través de la normatividad jurídica es necesario regular o atacar estos vacíos para poder proteger la contratación pública y la transparencia en la misma.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

1. Antecedentes:

Hernández Gamarra Juan Carlos (2018) “EL REGLAMENTO DE LA LEY N° 30225 Y SU INCIDENCIA EN LAS CONTRATACIONES IRREGULARES DE BIENES Y SERVICIOS”. Tesis de Pregrado de la Universidad Privada César Vallejo, la cual llega a las siguientes conclusiones:

- El procedimientos de selección de la contratación de bienes y servicios no se originó dentro del marco de la Ley de contrataciones toda vez que no se respetó el debido procedimiento de selección, porque no todos los procedimientos de selección convocados fueron programados en el plan anual de contrataciones, razón por la cual se dan situaciones de urgencia y al no contar con los bienes o servicios en el plazo estimado, se realizan contrataciones sin utilizar el debido procedimiento de selección, ello ocurre, debido a que no se tiene en cuenta que son las personas y no la norma quienes ejecutan los procedimientos de selección, y son el factor principal de la corrupción, además no basta con contar con personal capacitado que conozca la normativa, pues se requiere, además, una gestión eficiente en toda entidad, que implique una adecuada planificación, priorización correcta de las necesidades y un buen funcionamiento del órgano de control. Quedando demostrado que el procedimiento de selección de la contratación de bienes y servicios no se originó dentro del marco de la Ley de contrataciones.
- La acción de los funcionarios incide negativamente en la inejecución de un concurso público, porque pese a que los entrevistados tienen conocimiento que cuando existen situaciones en los que se requieren contratar con urgencia se deben emitir informes que analicen y sustenten las razones por las cuales no ejecutan un concurso público sino una contratación directa, los informes legales y técnicos emitidos por funcionarios, no sustentan las razones por las cuales no se utilizó el debido procedimiento, lo cual denota que los funcionarios utilizan sus cargos para

su propio beneficio, ello debido a que la normativa de contrataciones no ha tenido en cuenta que son las personas y no la norma quienes ejecutan los procedimientos de selección, y son el factor principal de la corrupción, y que no basta contar con personal capacitado que conozca la normativa, pues se requiere, además, una gestión eficiente en toda entidad. Quedando demostrado que la acción de los funcionarios incide negativamente en la inejecución de un concurso público, limitando la participación plural de postores y restando transparencia

Hernández Diez Sandro (2012) “ESTRUCTURA DE LAS REDES DE CORRUPCIÓN EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN EL SECTOR TRANSPORTES Y COMUNICACIONES ENTRE LOS AÑOS 2005 Y 2010”. Tesis de Postgrado de la Universidad Pontificia católica del Perú- PUCP, la cual llega a las siguientes conclusiones:

- Los procedimientos para la contratación de obras públicas se encuentran claramente definidos en la normativa, la cual detalla expresamente los pasos a seguir en cada una de las etapas del proceso; sin embargo, los operadores de la norma se las han ingeniado para establecer procedimientos que desvirtúan el sentido de la norma, ya sea de manera formal, mediante el establecimiento de requisitos innecesarios que limitan la libre participación de postores o la dirigen a un postor determinado, o mediante formas ilegales tipificadas y no tipificadas. Es un hecho que los problemas de corrupción en los procesos de contratación de obras públicas en Provincias no se originan por deficiencias normativas, ya que, por el contrario, los procedimientos previstos son respetados por las redes de actores que participan en los actos de corrupción. Asimismo, queda claro que los actos de corrupción que se dan en la contratación pública no ocurren solamente durante la etapa del proceso de selección; es más, en su mayoría se configuran en la fase de actos preparatorios, donde la intervención es indirecta, y se amplían durante la fase de ejecución contractual, donde la participación es más bien directa.

Sánchez Romero Mario Sergio (2015) “NECESIDAD DE REGULACIÓN DE REQUISITOS MÍNIMOS Y PERFIL DE QUIENES TIENEN A SU CARGO EL

PROCESO DE SELECCIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO”. Tesis de Pre grado de la Universidad Privada Antenor Orrego, que llegó a las siguientes conclusiones:

- Los principales resultados que se obtuvieron en la presente investigación fueron los siguientes: el criterio que utilizan las entidades públicas para designar a los miembros del Comité Especial, está basado primordialmente en la confianza en el trabajador. Así también, se ha encontrado que la gran mayoría de integrantes de este colegiado, titular y suplente, no se encuentran certificados por el OSCE por lo que se infiere que no están debidamente capacitados en materia de contratación pública. Asimismo, la formación y acreditación de funcionarios y servidores que laboran en entidades del Estado, en materia de contratación pública, se ha visto desarrollado en gran forma en el país de Panamá, teniendo en consideración la participación de los funcionarios en el procedimiento de compras. Finalmente, podemos señalar que los antecedentes disciplinarios, la debida capacitación y experiencia en temas de contratación pública, son criterios que deben ser estimados por los titulares de las entidades del Estado y contemplados en la normatividad de la materia, como requisitos para nombrar a los miembros del Comité Especial, que tendrán a su cargo la conducción del proceso de selección, y posibilitando la eficacia de este procedimiento.

Cieza Perez Kevin (2017) “LA IMPORTANCIA Y LA NECESIDAD DE REGULACIÓN EN LAS CONTRATACIONES MENORES O IGUALES A LAS 8 UITs”. Tesis de Pregrado de la Universidad Nacional de Trujillo, la que llegó a las siguientes conclusiones:

- Ha quedado demostrado que más del 70% de los encuestados concuerdan que debe existir regulación respecto a las contrataciones iguales o menores a 8UITs, ya que es importante para el buen funcionamiento en las contrataciones públicas, y sobre todo es una implicancia directa para la lucha contra la corrupción, y de esta manera poder contribuir a que los recursos públicos lleguen a mas peruanos a través de bienes, servicios y obras.

- Que, al tener una regulación específica, teniendo en cuenta el principio de legalidad para el tema en estudio, los procedimientos respecto a las contrataciones iguales o menores a 8 UIT's serán más eficientes, y se podrá lograr el enfoque con el cual se concibió la Ley de Contrataciones con el Estado, la Gestión por Resultados.
- Que, a través del principio de legalidad los vacíos que tiene la Ley de Contrataciones del Estado sean resueltos a la brevedad, ya que este tipo de contrataciones son utilizadas a diario en todas las instituciones públicas del país, y representan un rubro importante para el gasto e inversión pública.
- Teniendo procedimientos de contrataciones eficientes en el aparato estatal, esto podrá llevar a otro nivel las contrataciones del Estado, logrando de esta manera valor público en sus procedimientos, así como eficiencia y eficacia al momento de realizar el gasto público, y de esta manera contribuir a la Gestión Pública actual, la cual debe tener un retorno social y poder aplacar al flagelo que el Estado ha tenido por años la corrupción.

2. Bases teóricas

2.1. Aspectos importantes sobre la necesidad de regular las contrataciones del estado

2.1.1. Alcances generales

Durante los últimos años, el gobierno peruano viene impulsando la participación en los diversos procesos de integración económica y comercial lo que se ha convertido en una activa participación de los organismos internacionales, tales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el foro de Cooperación Económica del Asia-Pacífico (ASPEC), La Comunidad Andina (CAN), cuyo contexto el Perú viene suscribiendo Acuerdos de Complementación Económica con diversos países de la región, así como el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Estos acuerdos que son de integración bilateral son de suma importancia para el país, ya que ha permitido la suscripción de

Tratados de Libre Comercio, entre los cuales podemos señalar a Estados Unidos, Tailandia y Singapur permitiéndonos liberalizar los mercados de las contrataciones públicas, generando así espacios para los proveedores internacionales y aumentando la inclusión en materia de contrataciones gubernamentales a través de estos instrumentos de integración económica y comercial.

Esto radica en la gran importancia que es emplear estrategias en las contrataciones estatales para impulsar el desarrollo económico y social del país, referido a los sectores de la construcción, obras públicas y servicios públicos.

Sin embargo, existe la vinculación entre los delitos cometidos contra la administración pública y la afectación de los procesos de contratación, lo que imposibilita el logro de los fines políticos y el gasto de los recursos públicos. Existen muchos problemas relacionados con la corrupción que afectan el interés público y que no están reconocidos por el ordenamiento jurídico. Esto, suele nacer del interés privado, donde todo corrupto busca obtener un beneficio privado de aquella persona cercana al corrupto o esté relacionado directamente con este.

Ante la delegación de poderes públicos a determinados funcionarios para la elección del mejor postor, lo cual deviene de un conjunto de deberes que recae sobre cada funcionario para garantizar los niveles de transparencia e imparcialidad, resulta necesario conocer cómo se desarrollan las contrataciones del Estado y a partir de ello identificar ciertos ámbitos de la contratación pública en los cuales podrían plantearse ciertas alertas sobre la posible comisión de delitos de corrupción.

2.1.2. La importancia de las contrataciones del Estado y su vinculación con la corrupción

La contratación pública es considerada la actividad más vulnerable para la corrupción, que se inserta en el sector público y privado para

distraer los fondos públicos para beneficio personal. Una de las principales causas en la corrupción es la ausencia de valores éticos en la sociedad.

El funcionario público titular de la entidad estatal es quien debe adecuar su conducta hacia el respeto de las leyes y la constitución garantizando el cumplimiento de los procesos de selección y el respeto al derecho a la defensa y el debido proceso.

Ante la importante regulación de las contrataciones del estado se quiere proteger y conservar los bienes del estado para fines exclusivamente públicos, esto hace que se evite generar conflicto entre intereses personales y económicos.

Sin embargo, pareciera que las modificaciones legislativas, los objetivos institucionales y las auditorias financieras resultaran absolutamente insuficientes para lograr combatir la corrupción, que ante la incipiente necesidad de castigar se olvida por supervisar el cumplimiento de sus mismas funciones ya que genera mayor conflicto dentro de las organizaciones estatales, creando vacíos legales dentro de su misma regulación.

Cabe precisar que la referida ley establece una serie de principios que deben ser observados por cada entidad al momento de contratar y, a su vez, promover una contratación oportuna, eficiente, transparente y libre de corrupción. No obstante, esto deja ser un fiel cumplimiento a las obligaciones cuando se ve afectado por la comisión de delitos de corrupción de funcionarios que afecta el correcto y regular funcionamiento de la administración pública. Este bien jurídico se encuentra constituido por una serie de principios que se rigen para orientar e informar el ejercicio de la función pública y que se ve atacada por cada delito que cometen los funcionarios y servidores públicos.

2.2. Principios Generales de la Ley de Contrataciones del Estado

Los principios constituyen criterios de interpretación que permiten llenar vacíos ante la ausencia de disposiciones específicas que se apliquen específicamente a los diferentes supuestos en los cuales discurre el devenir de la Administración. (Paredes Morales, 2018)

En el ámbito de las Contrataciones del Estado los principios son esencialmente de índole procedimental, y contribuyen a resolver incertidumbres en los procesos de selección y a asegurar en estos el cumplimiento de garantías constitucionales.

Así mismo, sirven de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.

2.2.1. Principios

a) Liberta de Concurrencia

Es aquella que se da en los procedimientos de selección a través de la participación en los procesos de contratación de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que no se encuentren restringidas o inhabilitadas.

No obstante a ello el impedimento es definido como la tipificación legal que restringe el derecho de una persona a participar en contrataciones que estén vinculadas con el estado a través de los requerimientos y necesidades que requiere cada organismo del estado.

Es importante señalar que *“Las prohibiciones, sanciones, inhabilidades e incompatibilidades etc., son de aplicación restrictiva, es decir, son estrictamente de carácter personal, por lo tanto tiene que ser expresa, taxativas, de aplicación no analógica, ni extensiva”*. (Torres Meza, 2018) La misma que ha sido regulada por el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, donde establece las causales de impedimento para ser postor o contratista.

Así mismo, Marco Martínez Zamora establece que *“De este modo, no toda persona natural o jurídica puede acceder a la condición de proveedor del estado. Existen dos límites: Uno de carácter objetivo, que se configura con la sola posición en un cargo público o vínculo contractual, que involucra su exclusión total o parcial de la posibilidad de contratar con el estado. El segundo, de carácter subjetivo, que se configura con una inconducta de la persona o, en el caso de las personas jurídicas ya sea de representante legal o accionista, que determina su exclusión pese a que potencialmente pudieron ser proveedores del Estado”*. (Martinez Zamora)

Cabe señalar que la inhabilitación ya sea temporal o definitiva, impuesta como sanción administrativa tipificado en el artículo 50 de la ley, es un supuesto de impedimento para la participación del proveedor o postor.

Por ello, se sabe que la entidad está imposibilitada de adherir regulaciones que constituyan barreras de acceso, así como la exigencia de formalidades no esenciales que constituyan costos para los proveedores, y la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de los mismos.

Es así que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE clasifico las barreras de acceso de la siguiente manera:

- Barreras técnicas: aquellos aspectos relacionados directamente con las características esenciales del bien o servicio detallados en los requerimientos técnicos mínimos que impiden, desalienten o dificulten el acceso al mercado estatal.
- Barreras económicas: factores relacionados directamente con los costos asumidos por el proveedor en el proceso de selección.
- Barreras administrativas: aquellos procedimientos administrativos o legales que impiden, desalienten o dificulten el acceso al mercado estatal.
- Barreras informáticas: aquellos factores relacionados con el conocimiento que tiene el proveedor en el uso y aplicación de la

normativa, uso de herramientas informáticas, conocimiento oportuno de convocatorias, el seace, etc.

Siendo de uso obligatorio suprimir las barreras de acceso por parte del OSCE y la entidad convocante, quien debe brindar las herramientas y la normativa para los proveedores e instituciones públicas, que impidan la participación.

b) Igualdad de trato

Este principio se rige por la obligación que tiene la entidad de brindar a sus posibles postores las mismas condiciones para participar en un determinado procedimiento, e impedir la existencia de privilegios y ventajas que recaen dentro del ilícito penal en los delitos contra la Administración Pública.

Así mismo, en la ejecución del procedimiento de selección estas se encuentran descritas en un calendario que precisa los días y las horas para la realización de determinadas actuaciones, siendo de conocimiento público desde el momento en que se conoce la convocatoria del procedimiento, la cual evita cualquier tipo de riesgos o la restricción de formular ofertas.

Este principio exige el desarrollo de una competencia efectiva donde la igualdad de trato sea exigible desde el acto de registro como participante hasta la aplicación de los criterios para evaluar las ofertas presentadas, ya que es ahí donde pueden existir criterios discrecionales que no sean uniformes y deriven al beneficio de alguna oferta que contenga arreglos contractuales.

La discriminación es una práctica no permitida en los procedimientos de selección, no obstante las entidades están facultadas a fijar reglas mínimas de participación para garantizar el acceso a los proveedores que se dediquen a las actividades comerciales objeto de la contratación (como sería exigir una experiencia mínima), lo que per se no implica un trato discriminatorio a menos que estas condiciones no puedan ser

justificadas y excedan lo permitido en la ley o no sean razonables para garantizar el cumplimiento de los fines públicos. (Torres Meza, 2018)

c) Transparencia

La transparencia es aquel principio que está orientado a la relación que existe entre la administración y los ciudadanos en los manejos de los recursos públicos del estado. Ya que las entidades están obligadas a proporcionar información a cualquier ciudadano respecto a las contrataciones que realice o viene desarrollando.

Lester Ramírez Irias señala que *“En términos generales, transparencia significa fundamentalmente, que las actuaciones del poder deben ser limpias y públicas, que nada debe permanecer oculto: que debe abolirse el secreto en el ejercicio del poder y en la administración del Estado.”* (Ramírez Irias, 2009) Es la necesidad de que todos los procedimientos del Estado se apeguen a ley y al principio de publicidad, que aseguren la correcta ejecución de los recursos públicos, y que puedan ser revisados sin obstáculo alguno por cualquier ciudadano.

A través del PAC que sirve como instrumento público en la que las entidades incorporan todas las contrataciones que se desarrollaran durante el ejercicio presupuestal, incluso se llega a detallar el valor aproximado del recurso que será destinado y la fecha probable en el que debería iniciarse el procedimiento de selección, permitiendo que se garantice la libertad de concurrencia y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad.

Es así que para garantizar la transparencia del proceso de contratación se creó el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE en el que las convocatorias se realizan a través de este sistema dando oportunidad a los participantes de conocer las reglas que fija la entidad y que puedan ser sometidas a consultas u

observaciones a fin de que se conozca las exigencias planteadas permitiendo una igualdad en la participación de los proveedores. Cabe resaltar que el SEACE es el medio de transparencia que reconoce la ley en el que deben registrarse todas las actuaciones desarrolladas durante la ejecución del procedimiento de selección. Este principio permite que las decisiones que se tomen durante la ejecución del procedimiento de selección sean objetivas, funcionando como un mecanismo para que los postores, directores interesados en el resultado del procedimiento se conviertan en sus principales fiscalizadores, mostrando una mayor eficiencia en los controles administrativos, que en gran medida funcionan deficientemente.

d) Publicidad

Esta referida a la adecuada difusión de las convocatorias requeridas por las entidades con el fin de promover la participación y la competencia en el mercado. Permitiendo la participación de la mayor cantidad de postores lo que constituye tomar conocimiento de las decisiones y a la vez la ciudadanía fiscalice el gasto público de cada gobierno del Estado.

A través del SEACE permite realizar el intercambio de información y difusión de las contrataciones haciendo de conocimiento público los requerimientos que se harán durante el ejercicio fiscal. Las entidades tienen la facultad de emplear cualquier medio publicidad que permita su difusión, *sin embargo, ninguno resultara valido si se ha obviado usar la plataforma oficial.*

La finalidad de la contratación pública es obtener cualquier método de contratación ya sea un bien, servicio u obra en las mejores condiciones de calidad y precio, por ello se requiere impulsar la competencia ya que solo se logra a través de la difusión de este. Lo que sirve para garantizar que dicha información pueda ser supervisada y controlada a través del SEACE.

Concluimos entonces que la publicidad en nuestra legislación es una garantía como doble funcionalidad. *Primero, exige la difusión para*

lograr el acceso y la participación efectiva del mercado y en otro extremo permite que, a través de ella, se pueda revisar las actuaciones de la administración. (Torres Meza, 2018)

e) Competencia

Esta referida a los métodos de contratación que sirven para obtener un bien, servicio u obra, sobre las que se requiere las mejores condiciones de calidad y precio, que sirve para promocionar la competencia leal y recibir el mayor número de ofertantes por parte del mercado.

En la doctrina se describen dos modelos de competencia. Por un lado tenemos a la competencia perfecta, en el cual existan muchos oferentes y demandantes, de forma que ningún agente tiene capacidad para influir en el mercado.

Del mismo modo, existe la competencia imperfecta, en el cual *“Las empresas que integran el mercado tienen capacidad para influir en el precio del mercado actuando individualmente”*. La contratación pública peruana se desarrolla en el marco de ambos modelos de competencia los cuales son inherentes al mercado de nuestro país.

La posibilidad de que exista competencia efectiva es un hecho verificable que *“Durante el estudio de mercado, momento en el que el órgano encargado de las contrataciones podrá analizar el comportamiento de los proveedores respecto de un determinado requerimiento, de modo que, si fuera el caso, este puede ser ajustado o modificado para generar mayor apertura, sin que implique desnaturalizar el objeto del requerimiento”*. (Modelos de Mercado)

La competencia se hace efectiva a través del estudio de mercado en la cual se pronostica lo que podría suceder eventualmente durante el procedimiento de selección, ya que muestra el número de posibles proveedores y se refleja el valor del recurso que se empleara para dicha contratación.

Si bien, este principio permite fijar condiciones de competencia efectiva y alcanzar una propuesta más beneficiosa, que, a la vez se

analiza dos perspectivas, la primera es la formulación del requerimiento en la que se establecen condiciones precisas, objetivas y razonables que permiten suprimir cualquier posibilidad de direccionamiento hacia algún proveedor y la segunda respecto al valor referencial, en la que la entidad debe obtener toda la información posible para analizar y determinar el mejor costo respecto de lo que se desea contratar y que permita al mercado mejorar dicho precio sin tener que sacrificar la calidad del servicio, a fin de satisfacer el interés público.

f) Eficiencia y Eficacia

Este principio ha sido reconocido como eje fundamental para alcanzar la calidad en la gestión pública.

En esta línea, la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública señala en su numeral 2, lo siguiente:

“La calidad en la gestión pública constituye una cultura transformadora que impulsa a la Administración Pública a su mejora permanente para satisfacer cabalmente las necesidades y expectativas de la ciudadanía con justicia, equidad, objetividad y eficiencia en el uso de recursos públicos.”

“La calidad en la gestión pública debe medirse en función de la capacidad para satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades y expectativas de los ciudadanos, de acuerdo a metas preestablecidas alineadas con los fines y propósitos superiores de la Administración Pública y de acuerdo a resultados cuantificables que tengan en cuenta el interés y las necesidades de la sociedad.”

Así mismo, el citado artículo refiere que el principio de eficacia está referida a la obtención de objetivos y metas orientados a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. Mientras que la eficiencia está definida como la obtención de resultados alcanzados por la Administración Pública con relación a los recursos disponibles e invertidos en las necesidades de la sociedad.

La finalidad de este principio es lograr que las entidades optimicen el uso del recurso público a fin de cumplir con los objetivos institucionales, logrando de ese modo el bien social.

g) Vigencia Tecnológica

Este principio está referido a los requerimientos que realiza el área usuaria, quien es el encargado de precisar las características y requerimientos para cumplir la finalidad pública de la contratación. Por tanto resulta importante incorporar las condiciones que estén alineadas a los conceptos de modernidad y tecnología, que correspondan a una necesidad debidamente justificada y a la utilidad que se brindara al bien. Ya que a través de ello se busca obtener mayor rendimiento y lograr el aprovechamiento de los beneficios de una determinada contrataciones que requiera la entidad.

Es de gran importancia que se realice el estudio de mercado que desarrolle la entidad, a través del cual se podrá obtener la pluralidad de proveedores que estén en condiciones de cumplir los requerimientos de cada entidad.

La norma prevé que el bien, servicio u obra contratada por la entidad pueda ser adecuado, integrado o repotenciado, con los avances científicos y tecnológicos, lo cual no debe entenderse como garantizar el uso perpetuo o de lo contratado, sino que pueda ser actualizado y mantener o mejorar su funcionalidad durante el periodo de vida útil que le corresponda. (Torres Meza, 2018)

h) Sostenibilidad ambiental y social

La sostenibilidad ambiental está referida para aquellas contrataciones en las cuales pudieran generar impactos ambientales negativos, en concordancia con las normas de la materia, en el cual la contratación pública resulta siendo un medio de inversión del recurso público para el desarrollo de la economía de nuestro país para lo cual existe la obligación de prevalecer el respeto del medio ambiente y el uso adecuado de los recursos naturales.

Por ello a través de este principio se busca obtener una integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como la satisfacción de las necesidades actuales y futuras eviten generar afectaciones ambientales

En esta misma línea, La doctrina que analiza la regulación nacional refiere que sin entrar al planteamiento de por qué el legislador no siguió la similitud de expresión – desarrollo sostenible, lo importante es que la sostenibilidad ambiental automáticamente se desprende del principio de desarrollo sostenible, el mismo que tiene pilares fundamentales: el desarrollo económico, protección ambiental y desarrollo social “sin que ninguno de los tres se imponga o prevalezca sobre los demás, sino que deben integrarse armónicamente para alcanzar el resultado final de la sostenibilidad”. (Ordinola Talledo, 2015)

Esto implica que se incorpore criterios de sostenibilidad ambiental sobre las bases del procedimiento de selección, permitiendo otorgar mayor puntaje a quienes ejecuten en sus propuestas el menor impacto ambiental, sin que ello implique dirigir la contratación hacia marcas o modelos específicos lo cual se encuentra prohibido por la norma.

i) Equidad

A través de este principio el sistema de contratación busca regular una relación equilibrada entre el representante de la entidad y el particular en el que ambos deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad a fin de que el estado cumpla con sus facultades que le corresponden en la gestión del interés general. Al existir una relación contractual entre el estado y el particular se busca el cumplimiento de las reglas que este haya fijado las cuales constan en los documentos de cada procedimiento de selección ya que el privado se encuentra obligado a cumplir acciones que coadyuven al logro de los fines públicos.

El ejemplo más claro de las facultades que posee el Estado es a través de las cuales se quiebra la relación de equidad que hayamos en las denominadas “causas exorbitantes” que se fundan en la posibilidad de que la Administración pueda, por ejemplo, incrementar o disminuir las prestaciones previamente pactadas, sin contar con el consentimiento del proveedor. Estos supuestos son decisiones que se adoptan para garantizar que alcance la finalidad pública para lo cual se suscribió un determinado contrato. (Torres Meza, 2018)

j) Integridad

Este principio contempla todos los actos de los procesos de contratación en la cual las entidades y los participantes se someten a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad, en la cual quedan prohibidas las prácticas indebidas y obliga a cualquiera de las partes a informar cualquier situación que contravenga el ordenamiento jurídico.

En la ejecución de las contrataciones públicas todo procedimiento debe desarrollarse en base a conductas de honestidad y veracidad por la cual los participantes deben ser conscientes que las prácticas indebidas están proscritas en el sistema de contratación con el propósito de erradicar la corrupción dentro del sistema de contratación estatal.

k) Objeto de los principios

El objeto de los principios es garantizar que el sector público obtenga bienes y servicios de calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados. Desde esta perspectiva en las contrataciones públicas las entidades públicas deben privilegiar la calidad, decisión que consideramos lógica si tenemos en cuenta que a los administrados se les debe brindar lo mejor a precios adecuados. La ley de Contrataciones del Estado determina que esta tiene por objeto “establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las entidades del Sector Público, de manera que estas se efectúen de

forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios”. (Retamozo Linares, 2014)

2.2.2. Importancia

La importancia de los principios radica en obtener la solución a las dudas en cada defecto normativo, siendo este integrado, por cuanto no se materializan en forma individual o independiente uno de otro, si no que su observancia es de forma conjunta o concurrente durante el desarrollo del procedimiento, a fin de garantizar un escenario adecuado para la concurrencia de potenciales proveedores. Bajo esta premisa se exige el cumplimiento formal y sustancial que la normativa prevea o interprete la necesidad de equilibrar el uso de los recursos públicos y se garantice el pleno derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado.

Las Contrataciones del Estado

3. Definición

3.1. Contratación

En el ámbito del Proceso de Contratación del Estado constituye la acción que deben realizar las Entidades para proveerse de bienes, servicios y obras, que asume el pago del precio o la retribución con fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la condición del contratante.

3.2. Proceso de Contratación

El proceso de contratación se regula desde el requerimiento del Área Usuaría hasta la culminación del contrato, por lo tanto la acción de proveerse no se restringe solo a la acción contractual de la contratación en sí, sino a todo proceso sistemático. (Alvarez Pedroza, 2009)

3.3. Las Contrataciones del Estado

Es aquella relación contractual *“En la que el Estado participa en el mercado con el objeto de adquirir o contratar, según corresponda bienes, servicios o ejecutar obras con calidad y a precios adecuados, a fin de atender el bienestar general y mantener su legitimidad social.* (Retamozo Linares, 2014)

3.4. Disposiciones generales

Artículo 1 – Finalidad

“La presente Ley tiene por 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 estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permita el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condición es de vida de los ciudadanos. Dichas normas se fundamentan en los principios que se enuncian en la presente ley”. (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

Se puede observar que la finalidad de la contratación pública no solo requiere el buen funcionamiento de la administración pública si no que

exige el cumplimiento de acciones de gestión orientadas al logro de sus fines, objetivos y metas para el beneficio del ciudadano.

El objetivo del estado es satisfacer las necesidades de la ciudadanía y promover la sostenibilidad de su desarrollo y mejorar las condiciones de vida. Mientras que el valor público debe ser aceptado por la perspectiva del ciudadano quien brinda su conformidad respecto a lo que proporciona el Estado.

Otro punto a lo que refiere la normativa es respecto a la calidad y mejor precio, debiendo olvidar aquella lógica que dice “menor costo representa ahorro”. *La dinámica económica de la gestión pública debe partir de dos premisas básicas: i) el mejor precio no es lo más barato; y ii) aquello que tiene un precio más elevado frente a otros costos del mercado, no representa necesariamente perjuicio económico para el Estado.* (Torres Meza, 2018)

La determinación del justo precio para una contratación es una labor con calificación negativa en nuestra realidad, ello porque la tendencia que marca los estudios de mercado en el sistema peruano es considerar como valor final para el proceso al menor costo de las fuentes de información obtenidas, sin realizar mayor análisis. Así, los valores referenciales generalmente son la menor cotización o el precio histórico.

Cuando se menciona la palabra mejor precio no solo debe verificarse el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos, sino además debe exigirse una variedad de ofertas que garantice la calidad de lo que se va adquirir o comprar aun cuando el costo sea superior.

Tal es así que se busca promover un equilibrio armónico entre los derechos de los postores y el bien común e interés general, a efectos de fomentar la participación de postores con el propósito de seleccionar una mejor oferta.

3.5. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

3.5.1. Definición

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que

constituye pliego presupuestal y goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

Cuenta con un órgano de defensa jurídica, sin perjuicio de la defensa de la procuraduría pública del Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de las normas que rigen el Sistema de Defensa Jurídica del Estado. (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

4. Funciones

Las funciones del OSCE se encuentran detalladas en el artículo 52 de la ley de contrataciones del Estado, así como en el artículo 4 de su reglamento de organización y funciones – ROF.

Tiene las siguientes funciones:

(a) Velar y promover que las entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados. (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

Es importante señalar que los únicos beneficiarios de los diversos contratos que realiza el estado a través de las entidades es la población, ya que se puede dar de forma directa o indirecta.

Es así que las entidades deben efectuar las contrataciones dentro de la normatividad, a fin de maximizar los recursos y hacerlos eficientemente ya que el trabajo que se realiza proviene del dinero de todos los peruanos lo que implica hacerlo conscientemente para obtener un resultado beneficioso.

(b) Efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva, respecto de los métodos de contratación contemplados en la ley, salvo las excepciones previstas en el reglamento. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión. (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

Cuando se refiere a la supervisión de oficio es aquella que se efectúa a través de la Oficina de Dirección de Gestión de Riesgos del OSCE, quien es la responsable de dirigir la supervisión a las entidades contratantes, para identificar los riesgos que afecten la planificación de las contrataciones, así como los riesgos relacionados con el inadecuado uso de las contrataciones directas y los supuestos excluidos de la normativa.

Asimismo, la función de supervisión no solo se realiza sobre los procedimientos de selección, sino que también sobre aquellos supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión del OSCE.

- (c) *Efectuar acciones de supervisión a pedido de parte, de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos y directivas vigentes. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión* (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017).

Esta labor también lo efectúa la oficina de Dirección de Gestión de Riesgos.

- (d) *Implementar actividades y mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en la gestión de las contrataciones del Estado, así como de difusión en materia de contrataciones del Estado.* (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

La ley establece que los profesionales y técnicos que laboren en las entidades públicas a cargo de las contrataciones del Estado deben de estar certificadas respecto a la labor que realicen, y debidamente Capacidades en Contrataciones del Estado.

- (e) *Proponer las modificaciones normativas que considere necesarias en el marco de sus competencias.* (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

El OSCE, como entidad técnica en la materia de las contrataciones públicas está facultada para proponer cambios normativos que considere necesario, con la finalidad de asegurar que los mecanismos

para efectuar las contrataciones estatales sean eficientes, esta función es efectuada a través de la Dirección Técnico Normativa.

- (f) ***Emitir directivas, documentos estandarizados y documentos de orientación en materia de su competencia.*** (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

Mediante esta función el OSCE, a través de su Dirección Técnica Normativa, tiene la facultad de establecer directivas, hacer precisiones a lo regulado en la normativa, como por ejemplo la Directiva N° 015-2017-OSCE/CD que establece las parámetros aplicables para los procedimientos de *adjudicación simplificada en forma electrónica para la contratación de bienes, servicios en general y consultoría en general.* (Guzman Napuri, 2015)

- (g) ***Resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa y administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores.*** (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

Las controversias que puedan surgir dentro las fases de selección pueden ser conocidas por el OSCE, quien emite sus resoluciones en última instancia administrativa.

- (h) ***Desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE)*** (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

En esta plataforma virtual se realizan los diversos procedimientos de selección, que permite registrar los documentos vinculados al procedimiento, incluyendo los cambios contractuales, laudos, etc. Este sistema es de gran importancia ya que permite el cumplimiento obligatorio del principio de publicidad, en la que se pone de conocimiento público las contrataciones que se van a realizar durante el ejercicio del año fiscal.

- (i) ***Administrar y operar el Registro Nacional de Árbitros y el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales.*** (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

Esta referido al desarrollo de la fase de ejecución contractual en la que puedan surgir posibles controversias entre la entidad y el contratista

las cuales son resueltas en la vía arbitral, a fin de que estas sean resueltas de forma adecuada,

(j) *Acreditar a las instituciones arbitrales que presten servicios de organización y administración de arbitrajes en materia de contrataciones del Estado y supervisarlas, de acuerdo a lo establecido en el reglamento.*

(k) *Organizar y administrar arbitrajes de acuerdo a lo previsto en el reglamento y de conformidad con la directiva que se apruebe para tal efecto.*

(l) *Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentran sometidos a una institución arbitral.*

(Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

(m) *Resolver solicitudes de devolución de honorarios de árbitros conforme a lo señalado en el reglamento.* (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

Esta función se efectúa en merito a lo establecido en el artículo 196 del reglamento, el cual prescribe que en caso de renuncia, recusación de árbitro declarada fundada, anuencia de la contraparte en la recusación, remoción de árbitro y los demás supuestos regulados por el OSCE para tal efecto, y cuando no se trate de un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros, respecto de la devolución de honorarios, debe ser resuelta, a pedido de parte, por el OSCE. La decisión que tome el OSCE al respecto es definitiva. (Torres Meza, 2018)

(n) *Absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, formuladas por las entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil. Las consultas que le efectúen las entidades son gratuitas.*

Esta atribución está referida a la absolución de consultas efectuadas por las entidades, el sector privado y la sociedad civil, la absolución de consultas son efectuadas por medio de las denominadas opiniones que están referidas al alcance de la normativa de contrataciones del Estado.

(o) Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las trasgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito o de comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente. (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

El OSCE es la entidad encargada de velar por la correcta aplicación de la normativa que está regulada por la ley de Contrataciones del Estado y tiene como principal función, comunicar a la Contraloría General de la República respecto a las diversas vulneraciones de la norma que impliquen la afectación del correcto funcionamiento de la administración pública.

(p) Suspender procedimientos de selección, en los que durante el procesamiento de la acción de supervisión, de oficio o a pedido de parte, se identifique la necesidad de ejercer acciones coercitivas para impedir que la entidad continúe con el procedimiento.

Esta función se refiere a aquellas estrategias que debe aplicar el OSCE para verificar la actuación de las entidades contratantes mediante acciones de supervisión de oficio, aleatoria o a pedido de parte, a partir de la identificación de riesgos que afecten la planificación del proceso de selección.

5. Proceso de Selección

5.1. Definición

El proceso de selección es aquel procedimiento en el cual la entidad selecciona a una persona natural o jurídica que presente la mejor propuesta u oferta para satisfacer diversas necesidades, en la cual las entidades del Estado celebran un contrato a través de los diferentes métodos de contratación de bienes, servicios y obras.

Este requerimiento se efectúa cuando la entidad necesita abastecerse de recursos materiales, infraestructura o logísticos a fin de producir los bienes y servicios que necesita la ciudadanía.

5.2. Fases

5.2.1. Fase de programación y actos preparatorios

Es un conjunto de actuaciones que se inicia desde el momento en que se define el objeto de la contratación, para lo cual se verifica las diversas necesidades dentro del presupuesto anual, en el cual se define con claridad las determinadas características de los bienes servicios y obras.

La primera es la fase de programación que comprende las necesidades de abastecimiento de bienes, servicios u obras para la elaboración del Plan Anual de Contrataciones y en segundo lugar tenemos los Actos preparatorios que dan inicio a la elaboración del requerimiento del área usuaria y su estudio de posibilidades que ofrece el mercado, para un reajuste del requerimiento de ser el caso.

5.2.1.1. Fase de Actos Preparatorios

Son aquellas actuaciones que realiza una entidad, a fin de establecer las necesidades en relación a la existencia de recursos y presupuestos estatales.

Inicia con las siguientes actividades:

- Se inicia con el requerimiento del área usuaria, el mismo que se acompañado de las características técnicas de los bienes, servicios u obras.
- Recibido el requerimiento, el Órgano encargado de las contrataciones procederá a elaborar el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, donde se determinará el valor referencial del proceso de selección.
- Luego, deberá solicitarse la disponibilidad presupuestal al área correspondiente de la Entidad.
- La Entidad deberá aprobar el expediente de contratación y designar al Comité Especial u Órgano Encargado de las Contrataciones para la elaboración de las bases y realización del proceso de selección.
- Finalmente el Comité Especial deberá instalarse, elaborar las Bases (reglas) del Proceso de Selección, solicitar su

aprobación y una vez Aprobadas las Bases, convocar el proceso a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

5.2.1.2. Plan Anual de Contrataciones - PAC

El proceso de contrataciones y adquisiciones públicas requiere de una planificación estratégica que depende de diversos instrumentos de gestión pública para su elaboración y ejecución, como son el Presupuesto de la Republica, el Plan Anual de Contrataciones, el Plan Operativo Institucional, el Plan de Apertura Institucional, entre otros.

El PAC viene hacer unos instrumentos de gestión pública que se formula a través de un proceso que involucra principios que se encuentran contemplados en la ley: eficiencia, la eficacia, la transparencia y la publicidad, etc.

Como se desarrolla en la Sentencia del Tribunal Constitucional Ex. N° 020-2003-AI/TC, *el manejo eficiente de los recursos no está vinculado a los procedimientos de selección, sino en el diseño de programa anual de contrataciones en referencia al PAC que cada entidad realiza, pues forma parte del esqueleto de la planificación presupuestaria para cada año fiscal.* (Sentencia, 2003)

Finalmente es importa reconocer que el PAC no solo está orientado al cumplimiento de la obligación que tiene cada entidad para elaborarlo, sino que es un instrumento que garantiza la aplicación de los principios de eficiencia, transparencia y publicidad de este gran sistema de contratación estatal. *Asimismo, no debemos perder de vista que la gestión administrativa del Estado debe seguir una estructura idónea en el marco de un enfoque de resultados y el objeto primario y fundamental de la actuación estatal: el interés público.* (Guzman Napuri, 2015)

a) Definición

Si bien no se ha establecido una definición del PAC, la Directiva N° 005-2017-OSCE-CD señala lo siguiente “*El PAC constituye un instrumento de gestión para planificar, ejecutar y evaluar las contrataciones el cual se articula con el Plan Operativo Institucional y el Presupuesto Institucional de la Entidad*”.

Esta directiva señala que el PAC que es aprobado debe prever las contrataciones de bienes, servicios y obras financiadas a ser convocadas en el año en curso. Además señala que está dirigido a satisfacer las necesidades de la entidad de acuerdo con los objetos y resultados que busca alcanzar.

Al elaborar el PAC se debe cumplir la función de programación y coordinación interna pues implica consolidar las necesidades que tiene cada dependencia que integra la entidad.

b) Características

Doctrinariamente se reconocen cuatro características al Plan Anual:

- **Público:** el PAC debe ser registrado en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para permitir su difusión y acceso de los interesados.
- **Formal:** tanto su aprobación como su modificación requiere de un documento formal, aprobado por el Titular de la Entidad. Dicha aprobación podrá ser delegada mediante disposición expresa.
- **Obligatorio:** la norma de Contratación Estatal exige que todas las Entidades sujetas a su ámbito de aplicación elaboren un Plan Anual de Contrataciones.
- **Integral:** El PAC consolida en un solo documento la totalidad de contrataciones que las Entidades pretenden realizar. (Torres Meza, 2018)

c) Contenido del PAC

El Plan Anual de Contrataciones debe contener lo siguiente:

- El objeto de la contratación.
- La descripción de los bienes, servicios u obras a contratar y el correspondiente código asignado en el catálogo.
- El valor estimado de la contratación
- El tipo de proceso que corresponde al objeto y su valor estimado, así como la modalidad de selección
- La fuente de financiamiento
- El tipo de moneda
- Los niveles de centralización o desconcentración de la facultad de contratar
- La fecha prevista de la convocatoria.

No será obligatorio incluir en el Plan Anual de Contrataciones las Adjudicaciones de Menor Cuantía no programables. (Zambrano Olivera, 2018)

d) Formulación del Plan Anual de Contrataciones

Se encuentra tipificado en el artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado, por ello se desarrolla de la siguiente manera:

En el primer semestre de cada año fiscal, durante la ejecución de la *fase de programación y formulación presupuestaria*, el área usuaria de la Entidad deberá programar, en el Cuadro de Necesidades, sus requerimientos de bienes, servicios, consultorías y obras cuya contratación se requerirá en el año fiscal siguiente, por ello, se deberá adjuntar las especificaciones técnicas de bienes y los términos de referencia de servicios en general y consultorías y, en el caso de obras, la descripción general de los proyectos a ejecutarse, los mismos que deberán ser remitidos al área usuaria, para conformidad.

Para elaborar el Cuadro Consolidado de Necesidades, el órgano encargado de las contrataciones, en coordinación con el área usuaria, consolida y valoriza las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras.

Antes de la aprobación del proyecto de presupuesto de la Entidad, las áreas usuarias deben efectuar los ajustes necesarios a sus requerimientos programados en el Cuadro Consolidado de Necesidades en armonía con las prioridades institucionales, actividades y metas presupuestarias previstas, remitiendo sus requerimientos priorizados al órgano encargado de las contrataciones, con base a lo cual se elabora el proyecto del Plan Anual de Contrataciones.

Para elaborar el proyecto del Plan Anual de Contrataciones, el órgano encargado de las contrataciones, en coordinación con el área usuaria, debe determinar el monto estimado de las contrataciones de la Entidad.

Una vez aprobado el Presupuesto Institucional de Apertura, el órgano encargado de las contrataciones, en coordinación con las áreas usuarias de la Entidad, ajusta el proyecto del Plan Anual de Contrataciones.

5.2.1.3. Requerimiento y expediente de contratación

a) Definición

Es aquel requerimiento que realiza el área usuaria para solicitar la contratación de bienes, servicios y obras, en la que la entidad realiza a sus especificaciones técnicas en el expediente técnico, así como los requisitos de calificación que corresponde a cada objeto de la contratación.

b) Especificaciones técnicas del expediente técnico

El área usuaria está encargada de realizar los requerimientos de bienes, servicios y obras e indicar las especificaciones técnicas,

además de cumplir con la finalidad pública de cada contratación y abocarse al cumplimiento de las funciones de la entidad.

Así mismo, el área usuaria busca atender las necesidades y canalizar los requerimientos que son formulados por cada dependencia que participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas.

Las especificaciones técnicas del expediente técnico deben ser formuladas de forma objetiva y concreta por el área usuaria; o por el órgano encargado de las contrataciones siempre que estas sean aprobadas por el área usuaria, con el objeto de garantizar condiciones de igualdad en el proceso de contratación.

c) Contenido del Requerimiento

El requerimiento deberá cumplir las formalidades previstas en la ley y los reglamentos técnicos siempre que no contravengan las normas sanitarias y demás normas que regulen el objeto de la contratación.

Así mismo, las especificaciones técnicas que se haga en el requerimiento deberá contener la descripción objetiva y precisa donde contendrá las características de lo requerido y las condiciones en que se ejecutara la contratación.

La Entidad deberá analizar el requerimiento y verificar si existe la necesidad de contar con prestaciones accesorias a fin de garantizar el mantenimiento preventivo y correctivo en función a la naturaleza del requerimiento.

d) Proceso de Estandarización

El proceso de estandarización consiste en adecuar un determinado tipo o modelo de bienes, servicios y obras a contratar, en atención a los requerimientos existentes. Este tipo de proceso responde a criterios técnicos que sustenten su adquisición a fin de garantizar su funcionalidad, operatividad o valor económico del equipamiento ya que los bienes y servicios que se requiere

contratar son accesorios y complementarios siendo imprescindibles para garantizar su finalidad en cumplimiento al requerimiento principal.

Este proceso debe ser aprobado por el Titular de la Entidad, sobre la base del informe técnico, aprobación que deberá ser realizada por escrito a través de una resolución que deberá ser publicada en la página de la Entidad queriente.

e) Contenido del Expediente

El órgano que está encargado de las contrataciones deberá preservar toda la documentación necesaria que respalde las actuaciones ejecutadas desde la formulación de requerimiento del área usuaria hasta el cumplimiento total de las obligaciones originadas desde el contrato, incluidas las incidencias del recurso de apelación y los medios de solución de controversias de la ejecución contractual.

Para su aprobación el expediente deberá contener lo siguiente:

- El requerimiento deberá contener la ficha de homologación aprobada.
- El documento que apruebe el proceso de estandarización.
- El informe técnico de la evolución de software, de acuerdo a la normativa correspondiente.
- El estudio de mercado con las actualizaciones correspondientes.
- El resumen ejecutivo.
- El valor referencial.
- El certificado de crédito presupuestario, de acuerdo a la normativa vigente.
- Precisar el procedimiento de selección y el sistema de contratación de acuerdo a la modalidad de contratación.
- La fórmula de reajuste siempre que sea necesario.
- Cualquier otra documentación necesaria conforme a la normativa que regula el objeto de la contratación.

5.2.2. Comité de Selección

El Comité Especial es un órgano colegiado conformado por profesionales y especialistas, encargado de la conducción de un proceso de selección. Dicho órgano organiza, conduce y ejecuta el proceso de selección desde la convocatoria hasta que la buena pro quede consentida y administrativamente firme o se cancele el proceso.

El Comité Especial conducirá el proceso de selección desde: la preparación de las Bases, absolución de consultas y observaciones, recepción de ofertas, calificación de propuestas y en general todo acto necesario para realizar el proceso de selección. El Comité Especial deberá estar compuesto por tres (3) miembros de los cuales uno debe pertenecer al órgano encargado de las contrataciones y otro al área usuaria de los bienes, servicios u obras materia de la convocatoria. Alguno de ellos o un tercer miembro deberá tener conocimiento del objeto de la convocatoria.

Dicho órgano es designado por escrito por el Titular de la Entidad o el funcionario a quien se le hubiera delegado dicha atribución. En el documento de designación se indicará el número de miembros, sus nombres y apellidos y su condición de titulares o suplentes. (Zambrano Olivera, 2018)

En esta etapa la Entidad elige, sobre la base de criterios definidos en las diversas normas, qué postor se encargará de suministrar el bien ,prestar el servicio o ejecutar la obra, que deberá servir como insumo para la producción de un servicio público.

En términos jurídicos, esta fase *“es un procedimiento administrativo, por ende, pueden ser impugnados cualquiera de los actos acaecidos durante su desarrollo, con excepción del Registro de Participantes, la integración de las bases y las Contrataciones Directas”*. (Zambrano Olivera, 2018)

a) La Convocatoria.

La convocatoria está definida como aquel anuncio mediante el cual se invita a todos los postores interesados a participar en las contrataciones que adjudique el estado. En la que la entidad contratante manifiesta su voluntad de contratar y el postor presenta sus respectivas ofertas.

La Entidad se encarga de difundir la información a través de la página del SEACE, con excepción de lo regulado para el procedimiento de comparación de precios, se deberá indicar cuales son los procedimientos de selección próximos a iniciar, siendo este de carácter público a fin de garantizar el cumplimiento de los principios de libre concurrencia e igualdad de trato. La convocatoria debe incluir la información mínima prevista en el artículo 33 de reglamento.

Durante el procedimiento de selección, es decir desde que se inicia la convocatoria hasta el perfeccionamiento del contrato, los plazos se computan por días hábiles. Siendo no hábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables.

b) Presentación de documentación

Conforme lo señala la doctrina, *la presentación de propuesta constituye una etapa del procedimiento de selección que refleja el derecho a ser admitido como licitador y, al mismo tiempo, una autentica oferta del contrato.* (Cassagne, 1999)

Mediante la presentación de la documentación el postor no adquiere derecho alguno que le garantice la suscripción del contrato, sino solo a cuestionar las actuaciones de la entidad convocante que afecten la legalidad y razonabilidad del procedimiento de selección o que pueda afectar el principio de igualdad.

Finalmente, nuestro marco normativo establece que es posible la subsanación de ofertas por parte del postor que sea requerido, pudiendo únicamente hacerlo respecto de algún error material o formal de los documentos presentados, siempre que este no altere su oferta.

c) Registro Único de Participantes

Una vez realizada la convocatoria los proveedores que quieran participar en el proceso de selección tendrán que inscribirse a través de la página del SEACE, teniendo como condición que los proveedores cuenten su Registro Nacional de Proveedores y este esté vigente al momento de realizar su inscripción.

El registro de proveedores se lleva a cabo desde el día siguiente de la publicación de la convocatoria hasta antes del inicio de la presentación de ofertas.

d) La presentación de Consultas y Observaciones

En esta etapa cualquiera de los participantes puede formular alguna consulta o presentar alguna observación, ya que la consulta tiene como objeto el esclarecimiento de algún aspecto de la normativa prevista en las bases, mientras que las observaciones, realiza cuestionamientos fundamentales sobre supuestas vulneraciones a la normativa de las contrataciones u otras normativa que tenga vinculación con el objeto de la contratación.

e) Las Absolución de consultas y observaciones.

La absolución debe realizarse de manera motivada, mediante el pliego absolutorio de consultas y observaciones, en el caso de las observaciones se debe indicar si estas son acogidas total o parcialmente o si, por el contrario, son rechazadas. La notificación del pronunciamiento de la entidad se tiene por

realizada desde el momento de la publicación del pliego absolutorio en el SEACE.

Ahora bien, de conformidad a la Directiva N° 023_2016-OSCE/CD, al absolverse las consultas y observaciones, el comité de selección debe evitar incluir disposiciones que excedan o no guarden congruencia con las aclaraciones planteadas y transgresiones alegadas por el participante, salvo que sea para promover la competencia en el procedimiento convocado, lo que deberá ser debidamente sustentado para el comité, y siempre que esté vinculada con la respectiva consulta u observaciones.

f) Integración de las bases

El comité de selección deberá incorporar a las bases las modificaciones que hayan resultado de la absolución de consultas y observaciones. Las reglas definitivas deberán ser publicadas en el SEACE en la fecha prevista según el cronograma de las bases.

g) Presentación de ofertas

En esta etapa los participantes dan conocer su propuesta económica y técnica a la Entidad. La presentación se realiza en acto público y con la presencia de un notario.

Esta etapa es muy importante, pues desde aquí se genera para el participante, **la obligación de mantener su oferta hasta el perfeccionamiento del contrato**. Esta obligación de vigencia se mantiene a pesar de que no se le otorgue la buena pro, puesto que es posible que después de ello, el contratista elegido no perfeccione el contrato y la Entidad se vea obligada a acudir al 2do mejor postor.

En caso de que el postor no mantenga su propuesta podrá ser sancionado con multa, con la respectiva suspensión hasta su pago

h) La Evaluación y Calificación de las propuestas.

En esta etapa la Entidad verifica cuál de todas las ofertas presentadas cumple de mejor manera los factores de evaluación y requisitos de calificación previstos en los Documentos del Procedimiento de Selección. Sobre la base de la asignación de puntajes, identifica a la mejor propuesta y le otorga la buena pro.

Ahora bien, con el otorgamiento de la buena pro acaba el procedimiento de selección. No obstante no se agota la etapa selectiva, pues para pasar a la siguiente etapa, se requiere que las partes, esto es, la Entidad y el postor ganador suscriban el contrato. Sólo desde este momento surge la Etapa de Ejecución Contractual.

i) Otorgamiento y consentimiento de la buena pro

El otorgamiento de la buena pro, implica la adjudicación, como acto administrativo que implica la decisión de la entidad contratante a firmar el contrato con el postor ganador.

A efectos de perfeccionar el acuerdo de voluntades con el otorgamiento de la buena pro en la que deberán respetarse las condiciones enunciadas en las bases del procedimiento, e cumplimiento al principio de igualdad de trato y libertad de concurrencia. Así mismo, la norma establece que una vez consentido el otorgamiento de la buena pro, el órgano encargado de las contrataciones de la entidad se ocupara de ejecutar los actos destinados a la formalización del contrato.

Finalmente, se precisa que, en observancia del principio de publicidad, las actuaciones destinadas a evaluar, calificar y adjudicar la buena pro deberán ser registradas en actas, las mismas que tendrán que ser compartidas en el SEACE, una vez adjudicado el contrato.

5.2.2.1. Modalidades en los procedimientos de selección

Uno de los elementos de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento es acceder a una variedad de ofertas mediante las cuales se efectúa la contratación pública para la ejecución de obras, la provisión de bienes y la prestación de servicios por parte de la entidad que conforma la administración pública. Estos mecanismos poseen diversas características que son propias del objeto de la contratación, así como la cuantía del valor de referencia, razones por las cuales se justifica la existencia de distintas modalidades.

Esta ley regula siete procedimientos de selección para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías u obras, siendo ellos la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada, la subasta inversa electrónica, la selección de consultores individuales, la comparación de precios, y la contratación directa. Por su lado el reglamento se encarga de realizar un extenso desarrollo de los mismos, así como de regular tres (03) procedimientos de selección adicionales, siendo estos los catálogos electrónicos de acuerdos marco, las compras corporativas y el encargo.

La idoneidad de la utilización de uno u otro procedimiento viene determinada principalmente por dos factores, a saber el objeto de la contratación y la cuantía del valor referencial. Con relación al primer elemento, deberá tenerse en consideración si el objeto de la contratación está referido a la prestación de servicios, la ejecución de obras o la provisión de bienes. Claro ejemplo de esto es la licitación pública, modalidad mediante la cual no puede buscarse la contratación de servicios. (Torres Meza, 2018)

Finalmente, nuestro marco normativo precisa que encada caso que el objeto de la contratación implique la ejecución de prestaciones de distinta naturaleza, el mismo vendrá definido por la prestación que tenga una mayor proporción respecto del valor referencial de la contratación.

a) Licitación pública

La licitación pública está encargada de la contratación de bienes y obras, según los márgenes establecidos en las normas presupuestarias.

Con respecto al concepto de obra pública, según Delpiazzo, este se refiere a “ciertos trabajos sobre bienes inmuebles que la administración ejecuta o que se realizan por su cuenta y para aludir al resultado obtenido de esos trabajos, es decir, la obra pública construida” (Delpiazzo, 2005) Por su lado el concepto de bienes puede encontrarse en el Anexo Único del Reglamento, el cual señala que los bienes son “objetos que requiere una entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines”. (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)

b) Concurso público

Se convoca para la contratación de servicios, según los parámetros establecidos en la norma presupuestaria.

c) Adjudicación Simplificada

Este mecanismo puede ser utilizado para la contratación de obras, bienes e incluso servicios, salvo los que sean prestados por consultores individuales, con la única restricción de los márgenes referidos a los montos del valor referencial establecido en la Ley de Presupuesto.

d) La selección de consultores individuales

Este procedimiento solo es utilizado para la contratación de servicios de consultoría, siempre que no se requiera de equipos de personal ni apoyo profesional adicional, en razón de la particular experiencia del contratista. Los criterios para otorgar la buena pro en este tipo de procedimientos son la experiencia en la especialidad, la entrevista y las calificaciones.

e) Comparación de precios

Es utilizada para la contratación de bienes y servicios con característica particular. La ley de Contrataciones del Estado

precisa que el objeto deberá ser de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría en el caso de servicios. Así mismo, se establece que los bienes no serán fabricados ni los servicios prestados de acuerdo a las indicaciones de la entidad y que deberán tener un estándar definido en el mercado. Para el uso de esta modalidad se requiere la emisión previa de un informe de cumplimiento de estas condiciones por parte del órgano encargado de las contrataciones.

Mediante la reciente modificación normativa se precisa que el valor referencial ya no deberá ser inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de presupuesto para la licitación pública y el concurso público.

f) Subasta inversa electrónica

Esta modalidad permite a la entidad elegir al adjudicatario seleccionando a aquel postor que ofrezca el bien o servicio a un menor precio para lo cual deberá consultar previamente en el SEACE las fichas técnicas incluidas en el listado de bienes y servicios comunes.

Para aplicar esta modalidad, el objeto del concurso deberá enmarcarse dentro del concepto de bienes y servicios comunes, es decir, aquellos en los que medie más de un proveedor, poseen una calidad objetiva bajo características o especificaciones dadas en el mercado o que hayan sido estandarizados por las distintas experiencias de compras públicas, ya que el criterio diferenciador entre ellos sea solo el precio.

g) Contratación directa

Es importante precisar que el procedimiento de selección es la regla general para la contratación de bienes, servicios y obras públicas, sin embargo, existen excepciones normativas de imposibilidad legal, de naturaleza o de motivos de conveniencia o seguridad pública. Por lo cual resulta siendo un procedimiento por el cual el Estado elige directamente al contratista, sin la concurrencia de oferentes.

Los supuestos normativos que habilitan la exoneración de la etapa del procedimiento de selección son: contratación entre entidades, situación de emergencia, situación de desabastecimiento, contrataciones de carácter secreto, militar o de orden interno, proveedor único, servicios personalísimos, servicios de publicidad estatal, servicios de consultoría, bienes y servicios con fines de investigación, arrendamiento, y adquisición de bienes inmuebles, asesoría legal y contable para la defensa por actos funcionales, urgencia de continuar con prestaciones no ejecutadas de contratos resueltos o declarados nulos y para contratar servicios de capacitación de interés institucional.

El proceso de compras públicas se cumple con todas las garantías en todas las demás etapas.

h) Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco

En esta modalidad el proceso de compras ubicas se realiza sin tener que recurrir a un procedimiento de selección, con la única condición de que los bienes o servicios que son objeto de la contratación formen parte de los catálogos electrónicos de acuerdo marco, los mismos que pueden ser revisados a través del seace, siendo de utilización obligatoria desde el día en que estos entran en vigencia.

Así mismo, se precisa que las entidades pueden exceptuarse de la obligación de utilizar los catálogos electrónicos de acuerdo de marco, siempre y cuando adviertan la existencia de condiciones más ventajosas en el mercado, debiendo ser objetivas y demostrables.

i) Compras corporativas

El reglamento establece que mediante esta modalidad las entidades pueden contratar bienes y servicios en general de manera conjunta, con la finalidad de aprovechar las mejores condiciones que ofrece la economía de escala y así procurarse para sí mismas condiciones más ventajosas, siempre y cuando el objeto pueda ser homogenizado.

El procedimiento también podrá aplicarse para los requerimientos que utilicen las entidades cuyos valores referenciales no superan las (08) Unidades Impositivas Tributarias.

Por otro lado, el procedimiento de compras corporativas también puede realizarse de forma facultativa, para lo cual deberán suscribirse convenios entre las entidades participantes mediante los cuales determinan el objeto y alcance, así como las obligaciones y responsabilidades de las partes, incluyendo la designación de la entidad encargada de llevar a cabo la compra corporativa.

j) Encargo

Finalmente, como última modalidad regulada en el reglamento se encuentra el encargo, que implica la existencia de un encargo de una entidad a otra, mediante convenio interinstitucional, para que esta última lleve a cabo el proceso de selección que necesite la entidad en cargante para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías y obras, para lo cual será necesaria la emisión de un informe que justifique la necesidad y viabilidad de esta modalidad.

Luego de adjudicado y consentido el otorgamiento de la buena pro, el expediente de contratación regresa a la entidad encargada para que sea esta quien se encargue de perfeccionar el contrato.

La Ley de Presupuesto establecida para cada periodo fiscal, establece los topes aplicables para proceso de selección, tal como se detalla en el cuadro siguiente:

TOPES PARA PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN			
Año 2020			
TIPO	MONTOS (S/)		
	BIENES	SERVICIOS Y CONSULTORÍA DE OBRAS	OBRAS
Licitación Pública	>= a 400,000	-	>= a 1'800,000
Concurso Público	-	>= a 400,000	-
Adjudicación Simplificada	< de 400,000	< de 400,000	< de 1'800,000
	> a 34,400	> a 34,400	> a 34,400
Selección de Consultores Individuales	-	≤ de 40,000 > a 34,400	-
Comparación de Precios	≤ de 64,500	≤ de 64,500	-
	> a 34,400	> a 34,400	-
Subasta Inversa Electrónica	> a 34,400	> a 34,400	-
Contratación Directa	> a 34,400	> a 34,400	> a 34,400

5.2.3. La Fase de Ejecución Contractual

Está comprendida por las acciones que efectúan la Entidad y el Contratista desde la suscripción del contrato hasta el pago de la última prestación del contratista.

En esta fase el Contratista realiza la prestación requerida en uno o más entregables, estableciéndose una interrelación directa entre El Contratista y La Entidad es a través del Área Usuaria y/o Área Técnica.

El Contratista debe realizar la prestación contratada en el plazo y condiciones establecidas en el requerimiento y en las bases y también en su propuesta técnica y económica.

De existir observaciones la Entidad podrá otorgarle un plazo para su subsanación, ambos plazos, de formulación de observaciones y levantamiento no están incluidos en el plazo de ejecución de la prestación.

Una vez realizada la prestación a través de uno o más entregables, el área usuaria deberá emitir la conformidad y de ser el caso aplicar las penalidades que corresponda.

El Contratista con la conformidad podrá iniciar el trámite de pago para lo cual se requiere su comprobante, en éste trámite también participan los sistemas de contabilidad y tesorería hasta que se efectúe finalmente el pago culminando el contrato y se procede al cierre del expediente de contratación. Adicionalmente cabe precisar que con la conformidad antes mencionada El Contratista podrá solicitar su constancia de prestación donde figurara como mínimo la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiere incurrido el contratista.

a) La celebración del contrato

“Su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la administración pública, destinado a satisfacer funciones esenciales del Estado, es decir, fines

públicos disfrutando la administración de prerrogativas que se concretan en facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución) llamadas cláusulas exorbitantes, que se fundan de interés público”. (Guzman Napuri, 2015)

Doctrina señala al contrato administrativo *“como la declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos o personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa ejerciendo sus prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo”.* (Retamozo Linares, 2014)

Finalmente definimos al contrato es un instrumento jurídico que la ley otorga a las partes para expresar su voluntad a efectos de crear o modificar una relación jurídica y satisfacer un interés privado y por el otro un interés público.

b) Las cláusulas obligatorias en los contratos en general

Según el numeral 32.2 del artículo 32 de la Ley de Contrataciones del Estado refiere que los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a:

- ❖ Garantías
- ❖ Anticorrupción
- ❖ Solución de controversias
- ❖ Resolución del contrato por incumplimiento

Adicionalmente, en el artículo 116.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que en los contratos de obra deben incluirse, además de las cláusulas que identifiquen los riesgos que puedan ocurrir durante la ejecución de la obra y la determinación de la parte del contrato que debe asumirlos durante la ejecución contractual.

c) Perfeccionamiento del Contrato

El perfeccionamiento del contrato se da cuando la buena pro queda consentida o administrativamente firme, es decir que la entidad y

el postor perfeccionan el contrato, siendo que ambos se quedan obligados a contratar.

Los requisitos para perfeccionar el contrato son:

- ❖ *Garantías, salvo casos de excepción*
- ❖ *Contrato de consorcio, de ser el caso*
- ❖ *Código de cuenta interbancaria*
- ❖ *Documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato* (OSCE, <http://portal.osce.gob.pe/osce/node/337>, s.f.)

d) Responsabilidad del Contratista

El numeral 32.6 del artículo 32 de la Ley de Contrataciones Estado señala que el contratista es responsable de realizar correctamente la totalidad de las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato. Para ellos es importante que realice todas las acciones que estén a su alcance, empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos que fueron previstos.

e) Garantías

La garantía busca resguardar el incumplimiento del contratista en la ejecución de la prestación a su cargo. Que, al establecer garantías dentro de la celebración del contrato incentiva al contratista a cumplir con lo estipulado en el contrato.

Las garantías tienen las siguientes características:

- ❖ *Incondicionales, se da desde que el deudor está obligado a cumplir con la prestación principal, siendo esta de naturaleza personal y es accesoria al contrato*
- ❖ *Solidarias, consiste en que tanto el deudor como el fiador responderán de manera conjunta por el incumplimiento de la obligación*
- ❖ *Irrevocables, cuando el fiador emite la garantía a través de la carta fianza, evitando que este deje sin efecto de manera unilateral, es decir, la garantía persiste hasta el cumplimiento*

de la obligación del deudor evitando que la entidad bancaria quiera retirar el compromiso de pagar.

- ❖ De realización automática, nos referimos a que una vez verificado el incumplimiento de la obligación del deudor, el acreedor puede dirigirse a la entidad bancaria y hacer el cobro del monto señalado en la misma, sin necesidad de recurrir al Poder Judicial.
- ❖ Beneficio de excusión, es aquel procedimiento judicial que se dirige contra los bienes del deudor principal antes de proceder contra los del fiador.

f) Resolución del contrato

Cuando la entidad suscribe el contrato derivado el procedimiento de selección, en el que ambas partes van a cumplir con la ejecución de sus obligaciones según lo establecido en el contrato. Sin embargo, durante la ejecución del contrato pueden surgir diversos inconvenientes, ya sea de forma inesperada o de consecuencia del actuar negligente de alguna de las partes, que puede llevar a cualquiera de las partes a tomar la decisión de resolver el contrato. Esta cláusula debe ser incluida en el contrato de forma obligatoria.

g) Modificación del contrato

Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria.

Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

Asimismo, se podrá aprobar adicionales hasta el tope de 50% del monto de contrato, previa autorización de la Contraloría General de la República para la ejecución y el pago, en prestaciones

adicionales de obra, por supuestos de deficiencias en el expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente de obra y que no son responsabilidad del contratista.

h) El pago

El artículo 39 de la ley establece que el pago se realice después de ejecutada la respectiva prestación, pudiendo contemplarse en dos modalidades:

- ❖ Pago a cuenta
- ❖ El pago también puede realizarse por adelantado cuando este sea condición de mercado para la entrega de bienes o la prestación de los servicios, previo otorgamiento de la garantía.

i) El procedimiento del pago

Con relacional procedimiento de pago, es importante indicar que para que el mismo se haga efectivo, resulta necesario que exista conformidad por la prestación efectuada, correspondiendo luego de ello requerir al contratista la presentación del comprobante de pago correspondiente y verificar que efectivamente se cuente con la certificación presupuestal suficiente.

Los documentos que acreditan las actuaciones antes descritas conforme entre otros documentos que pueda requerir la entidad – el expediente de pago, el mismo que corresponde ser formulada por el órgano encargado de las contrataciones de la entidad, para que luego sea remitido al área correspondiente, la cual se encargara de tramitar y hacer efectivo el pago al contratista, en concordancia con las disposiciones previstas en la normativa de contabilidad y tesorería que le sean aplicables.

Todos los pagos que la entidad deba realizar a favor del contratista para la cancelación de los bienes, servicios en general y consultorías objeto del contrato, deben efectuarse mediante transferencias electrónicas a través del abono directo de los montos correspondientes en la cuenta bancaria del contratista en el Banco de la Nación u otra entidad del Sistema Financiero, en

los plazos y condiciones pactados y conforme a las disposiciones del Sistema Nacional de Tesorería. (OSCE, <http://portal.osce.gob.pe/osce/node/337>, s.f.)

5.2.4. Conciliación, Arbitraje y Junta de resolución de disputas

5.2.4.1. Conciliación

La Conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto. (Ley de conciliación)

- ❖ Para ello el conciliador es la persona capacitada, acreditada y autorizada por el Ministerio de Justicia para ejercer la función conciliadora en la que propone diversas fórmulas conciliatorias no obligatorias.

a) Materias conciliables en las Contrataciones del Estado

Son de materia conciliable todas aquellas que sean referidas a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato tales como:

- ✓ Las concernientes a la resolución contractual.
- ✓ La solicitud de ampliación del plazo contractual
- ✓ Las referidas a la recepción y conformidad de la prestación
- ✓ Lo referente a las valorizaciones o metrados
- ✓ LA Liquidacion del contrato
- ✓ Cualquier otro supuesto diferente a lo mencionado, antes de la fecha del pago final.
- ✓ Lo concerniente a defectos o vicios ocultos
- ✓ Las obligaciones previstas en el contrato que deben cumplirse con posterioridad al pago final.

5.2.4.2. El Arbitraje

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias en la que las partes en litigio no solucionan su conflicto si no que lo hacen a través de un tercero en el que las partes pueden recurrir.

a) Arbitraje Ad Hoc

Es aquel tipo de arbitraje en el que las partes no han acordado someter el mismo a la organización ni a la administración de una institución arbitral. En este supuesto, serán las propias partes quienes regularán todos los aspectos y etapas del proceso arbitral, siendo regulado en defecto de éstas, por los árbitros.

b) Arbitraje institucional

Es aquel tipo de arbitraje en el que las partes han acordado que la organización y administración del proceso arbitral se encontrará a cargo de una institución arbitral.

c) Tribunal Arbitral

Es el órgano colegiado que está conformado por tres (3) árbitros, que se encargan de conducir un proceso arbitral con la finalidad de resolver las controversias que se hayan suscitado entre las partes durante la ejecución del contrato. El presidente del tribunal arbitral necesariamente deberá ser un abogado y contar con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones del Estado; mientras que los demás integrantes del tribunal podrán ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo ser necesario contar con conocimiento en contrataciones con el Estado.

Adicionalmente a esto, se requiere que estén inscritos en el Registro Nacional de Árbitros que es administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), siendo de cumplimiento obligatorio reunir los requisitos y condiciones establecidos en la directiva aprobada por el OSCE para tal efecto. El registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior.

d) Convenio Arbitral

Es un acuerdo en la que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas la relación jurídica contractual o de otra naturaleza. El convenio arbitral se dará por escrito y se adoptara una clausula o un acuerdo independiente.

e) Laudo Arbitral

El laudo arbitral es aquella decisión definitiva que es emitida por los árbitros respecto de todo o parte de la disputa sometida a su conocimiento, sea que se verse sobre el fondo de la controversia, o lo referido a la competencia de los árbitros o a temas de procedimientos.

f) Finalidad del RNA

El Registro Nacional de Árbitros tiene como propósito transparentar la información que hayan consignado los profesionales que, a nivel nacional, se consideren aptos para poder desempeñar como árbitros Ad Hoc en materia de Contrataciones del Estado. Este registro es administrado por el OSCE y su información es de conocimiento público en su portal institucional.

La Prohibición de Fraccionamiento

6. Definición

(Moron Urbina, 2002) Define el fraccionamiento como *“Una acción fraudulenta de un funcionario público consistente en el abierto desconocimiento de la unidad física o jurídica de una contratación, para en vez de esta necesaria unidad, aparentar una escasa cuantía en la adquisición y proceder así mediante procedimientos más expeditos, menos concurrentes, competitivos y que garanticen unidad de trato a todos los potenciales postores”*

Finalmente, para consolidar la idea, la normativa de contrataciones del Estado habla de prohibición cuando el agrupamiento de los objetos contractuales, en virtud de la cual se busca acumular bienes, servicios u obras, tiene como finalidad incentivar la mejora de los precios y calidades por la competencia y economía de escala, a fin de simplificar las relaciones contractuales viéndose reflejado cuando la entidad solo busca contratar a un solo proveedor.

Sin embargo, cada primer semestre de cada año fiscal, durante la fase de programación y formulación presupuestaria, el área usuaria de cada entidad debe programar, en el cuadro de necesidades, sus requerimientos de bienes, servicios y obras cuya contratación se convoca en el año siguiente. A fin de cumplir con cada uno de los objetivos y resultados que se busca alcanzar sobre las bases del proyecto de Plan Operativo Institucional, adjuntando las especificaciones técnicas de bienes y los términos de referencia de los servicios en general los mismos que son remitidos por las áreas usuarias.

Al determinar los procesos de selección se tiene como objeto principal la contratación y el monto que se estima, y el Órgano encargado de las Contrataciones es quien determina los procesos de selección que se ejecutaran en el siguiente año fiscal, para lo cual se formulara el PAC en función a las ultimas necesidades y de acuerdo al proyecto presupuestario. Esto quiere decir que la programación y la planificación de las necesidades requeridas por las áreas usuarias en coordinación por el órgano encargado de las contrataciones, que a través de los diversos procedimientos de selección donde se proyecta la contrataciones de proveedores genera un fraccionamiento indebido, con el propósito de evadir la fiscalización de los procesos de selección.

6.1. Excepción a la prohibición de fraccionamiento

Se conoce que la programación del PAC se genera de acuerdo a las necesidades de cada entidad siendo estas previstas en su momento, para lo cual genera el fraccionamiento indebido cuando muchos de los procedimientos de selección, especialmente los de menor cuantía y que fueron imprevisibles en su momento o que fueron obviados por falta de presupuesto, se configuran como los más dificultosos a la hora de determinar si incurren o no en fraccionamiento indebido.

Se establecen las siguientes excepciones:

- *Se contraten bienes o servicios idénticos a los contratados anteriormente durante el mismo ejercicio fiscal, debido a que en su oportunidad no se contaba con los recursos disponibles suficientes, para realizar la contratación completa o surja una necesidad imprevisible adicional a la programada.*
- *La contratación se efectuó a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento , 2017)*

6.2. Elementos del fraccionamiento indebido

(Moron Urbina, 2002) Establece los siguientes:

6.2.1. Elemento Objetivo

Es que el agente público desdoble o fragmente una adquisición o contrato que conforme a las normas o a la naturaleza de las cosas deberían ser estimadas unitariamente, y por ende, ser objeto de un procedimiento adquisitivo unitario.

6.2.2. Elemento subjetivo

Es necesario que el aspecto perseguido en formas intencional por el funcionario, sea la variación del proceso de selección de uno más complejo a otro menos complejo.

7. Criterios establecido por la Dirección Técnico-Normativa (Opiniones del OSCE)

De acuerdo a la **Opinión N° 193-2017/DTN**, “*el fraccionamiento indebido se configura en aquellos casos en los que las prestaciones contratadas de manera independiente poseen características o condiciones que resulten idénticas o similares; esto es, cuando representan un mismo objeto contractual*”.

La **Opinión N° 168-2017/DTN**, precisa que “*serán idénticos entonces, aquellos que al compartir las mismas características, estarán, por lo tanto, sujetos a ser contratados bajo las mismas condiciones. En esa medida, sobre las bases de cada caso concreto, es responsabilidad de la entidad determinar si los servicios entiéndase bienes y obras requeridos representan un mismo objeto contractual, a efectos de contratarlos mediante un único procedimiento de selección, evitando, de esta manera, un fraccionamiento indebido*”.

En la opinión **66 -2019/DTN** señala que: “*En efecto, la prohibición del fraccionamiento, regulada en la normativa de contrataciones del Estado, busca impedir que el objeto contractual de una contratación —cuando existe la posibilidad, debido a la naturaleza y características de dicho objeto, que este sea ejecutado a través de un solo contrato— sea deliberadamente dividido en múltiples contrataciones; es así que, es responsabilidad de la Entidad determinar si las prestaciones a ser contratadas poseen características y/o condiciones idénticas o similares, lo que implica la existencia de un único objeto contractual y de una única contratación; así, en caso que la Entidad determine que dicha unidad no existe (en razón a la necesidad que se busca satisfacer, en razón al mercado o en razón a la finalidad pública de la contratación), corresponderá que se realice una contratación diferente por cada objeto contractual.*

Por lo expuesto, y conforme lo indicado en reiteradas opiniones, se advierte que la prohibición del fraccionamiento indebido, regulado en la normativa de contrataciones del Estado, se encuentra referida a la división deliberada —en múltiples contrataciones— de prestaciones (bienes, servicios en general, consultorías, ejecución de obras) que son idénticas o similares y

cuya unidad esencial permite que estas puedan ser objeto de una sola contratación.

Por su parte, es preciso mencionar que el numeral 40.3 del artículo 40 del Reglamento establece los supuestos en los que no se incurre en fraccionamiento, precisándose que el primero de dichos supuestos se da cuando “Se contraten bienes o servicios idénticos a los contratados anteriormente durante el mismo ejercicio fiscal, cuando la contratación completa no se pudo realizar en su oportunidad, debido a que no se contaba con los recursos disponibles suficientes para realizar dicha contratación completa, o surge una necesidad imprevisible adicional a la programada”.

Así, la contratación reiterada de bienes y servicios idénticos durante un mismo ejercicio fiscal no constituye un fraccionamiento indebido, siempre que ello se origine a causa de la carencia de recursos disponibles o cuando aparezca una necesidad adicional imprevisible. Como puede apreciarse, dicha disposición hace referencia a un caso (el de bienes y servicios idénticos) en donde no se configura el fraccionamiento indebido, sin perjuicio de lo cual pueden existir otros supuestos en los que, por distintas circunstancias, tampoco se configura dicho fraccionamiento. Asimismo, tal como se indicó en los numerales precedentes de la presente opinión, el fraccionamiento indebido se configura ante la división artificial de prestaciones que son idénticas o similares y cuya unidad esencial (los que corresponde ser determinado con el debido sustento por cada Entidad) permite que estas puedan ser objeto de una sola contratación.

En ese sentido, si durante un ejercicio fiscal una Entidad realiza la contratación independiente de determinados bienes o servicios (idénticos o similares) cuya unidad esencial permite que estos puedan ser objeto de una sola contratación, no se incurrirá en fraccionamiento indebido si es que dicha contratación independiente obedece a la carencia de recursos disponibles o cuando aparezca una necesidad adicional imprevisible.

CAPÍTULO III

DEFICIENCIAS NORMATIVAS EN EL SISTEMA DE CONTRATACION ESTATAL

1. Antecedente Legislativo en las Contrataciones de menor cuantía

Artículo 3.- Ámbito de aplicación

3.1 Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente ley, bajo el término genérico de Entidad(es):

Tema	Decreto Legislativo N° 1017, modificado por Ley N° 29873	Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado
	<p>Entidades o empresas del Estado.</p> <p>f) Las compras de bienes que realicen las Entidades mediante remate público, las que se realizarán de conformidad con la normativa de la materia.</p>	<p>en las Entidades o Empresas del Estado.</p> <p>h) La compra de bienes que realicen las Entidades mediante remate público, las que se realizan de conformidad con la normativa de la materia.</p> <p>Artículo 5. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión</p> <p>Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley:</p>
	<p>i) Las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción, lo cual no enerva la responsabilidad de la Entidad de salvaguardar el uso de los recursos públicos de conformidad con los principios de moralidad y eficiencia. Este supuesto no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo de Convenios Marco, conforme a lo que establezca el reglamento.</p> <p>†) La contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor.</p> <p>s) Los convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, o entre éstas y organismos internacionales, siempre</p>	<p>a) Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco.</p> <p>b) La contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor.</p> <p>c) Los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, siempre que se brinden los bienes, servicios u</p>

2. Enfoque del Sistema

El Sistema Nacional de Presupuesto público es la principal fuente de ingreso del Estado Peruano, siendo este la herramienta más importante de política como de gestión pública, es decir es la transformación de necesidades en planteamientos programáticos y de operación que cumple acciones para satisfacer tales necesidades.

Este mecanismo es aquel por el cual se asignan los recursos de financiamiento y se determinan los gastos para posibilitar a la administración pública a cumplir con los cometidos estatales que están debidamente normados en la constitución y las normas de alcance general.

El presupuesto público tiene por objetivo asignar los escasos recursos con que cuenta el Estado para lograr los siguientes propósitos:

- Mantener la estabilidad económica
- Propiciar una provisión eficiente y eficaz de bienes y servicios públicos, con criterios de priorización
- Promover la equidad entre los diversos grupos de la sociedad
- Es un instrumento de gestión para las entidades públicas. (Paredes Morales, 2018)

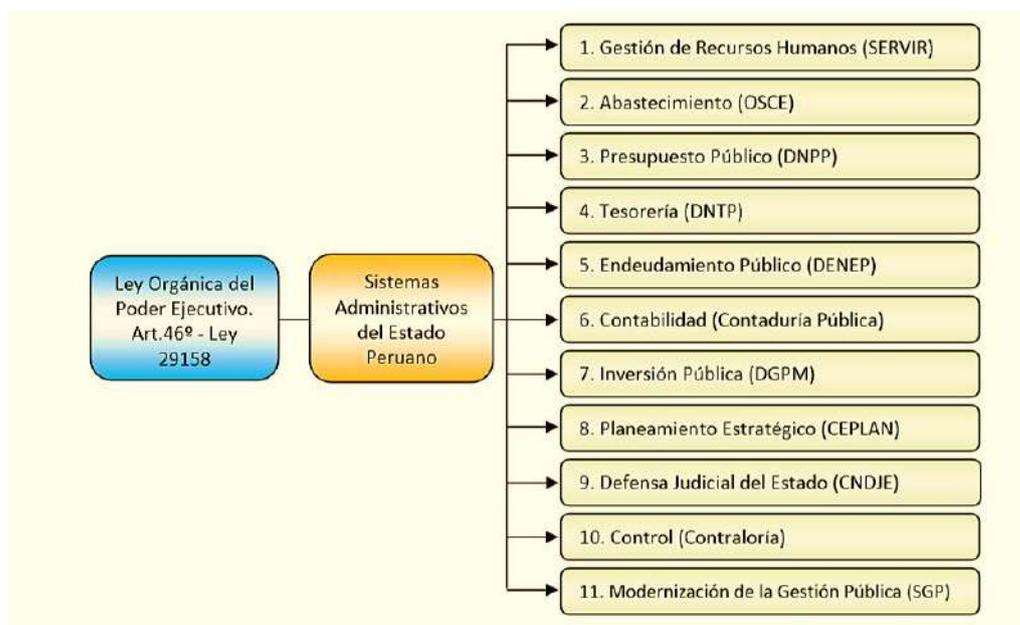
De tal manera que el presupuesto público se distribuye entre el gobierno central, regional y local con el fin de satisfacer las necesidades de cada población. Es por ello que a cada funcionario se le asigna un determinado monto según el requerimiento que hace dentro de su Plan Anual.

De acuerdo a lo establecido en la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en su artículo 43° define a los Sistemas como los *“conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por las entidades de los Poderes del Estado, los Organismos Constitucionales y los niveles de Gobierno”*.

Asimismo, en su artículo 46° establece que los *“Sistemas Administrativos tienen por finalidad regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso”*.

Siendo definido a la Eficiencia como *“la gestión se realiza optimizando la utilización de los recursos disponibles, procurando innovación y mejoramiento continuo”*, y a la Eficacia como *“la gestión que se organiza para el cumplimiento oportuno de los objetivos y las metas gubernamentales”*.

Es así que el Estado tiene once (11) sistemas administrativos (con sus respectivos entes técnicos o rectores) tal como se ilustra a continuación:



Sin embargo, este no deja de ser un problema en la distribución del presupuesto con el cual se alimenta la corrupción y se vulnera el buen funcionamiento de la administración pública, quienes se encuentran obligados a cumplir con las necesidades de los ciudadanos a través de las contrataciones y adquisiciones públicas. Este suele ser el problema más grave cuando los funcionarios solo requieren contratar a contratistas que les puedan beneficiar económicamente siendo este un problema en la gestión pública que genera desconfianza e insatisfacción ciudadana

La Secretaria de Gestión Pública de la PCM señala que la ciudadanía habla sobre el bajo desempeño del Estado para cubrir ciertas necesidades por el cual hace mención a los siguientes problemas:

- Inadecuado diseño de la estructura de organización de funciones
- Ajeno a la obtención de resultados para el ciudadano
- Ineficiencia en los procesos de producción
- Falta de seguimiento y evaluación de los resultados e impactos esperados
- Carencias en infraestructura, equipamiento y logística de las entidades
- Carencia de sistema y métodos de gestión de la información y el conocimiento
- Inadecuada política y gestión de recursos

- Dificultades para realizar buenos planes que se articulen en su presupuesto.

2.1. Deficiencias en la Gestión Pública en el Perú

La mayor parte de las organizaciones públicas carecen de las capacidades o los recursos para trabajar en la optimización de los procesos de selección de bienes, servicios y obras públicas. Ya que no se realiza un estudio específico sobre los principales problemas de cada sector y los requerimientos que se hace en cada gestión a fin de optimizar los procesos de contratación.

En la actualidad sigue existiendo limitaciones institucionales que influyen evidentemente en la infraestructura y el equipamiento necesario para garantizar los servicios integrales, multisectoriales y territorialmente concebidos para beneficiar al ciudadano.

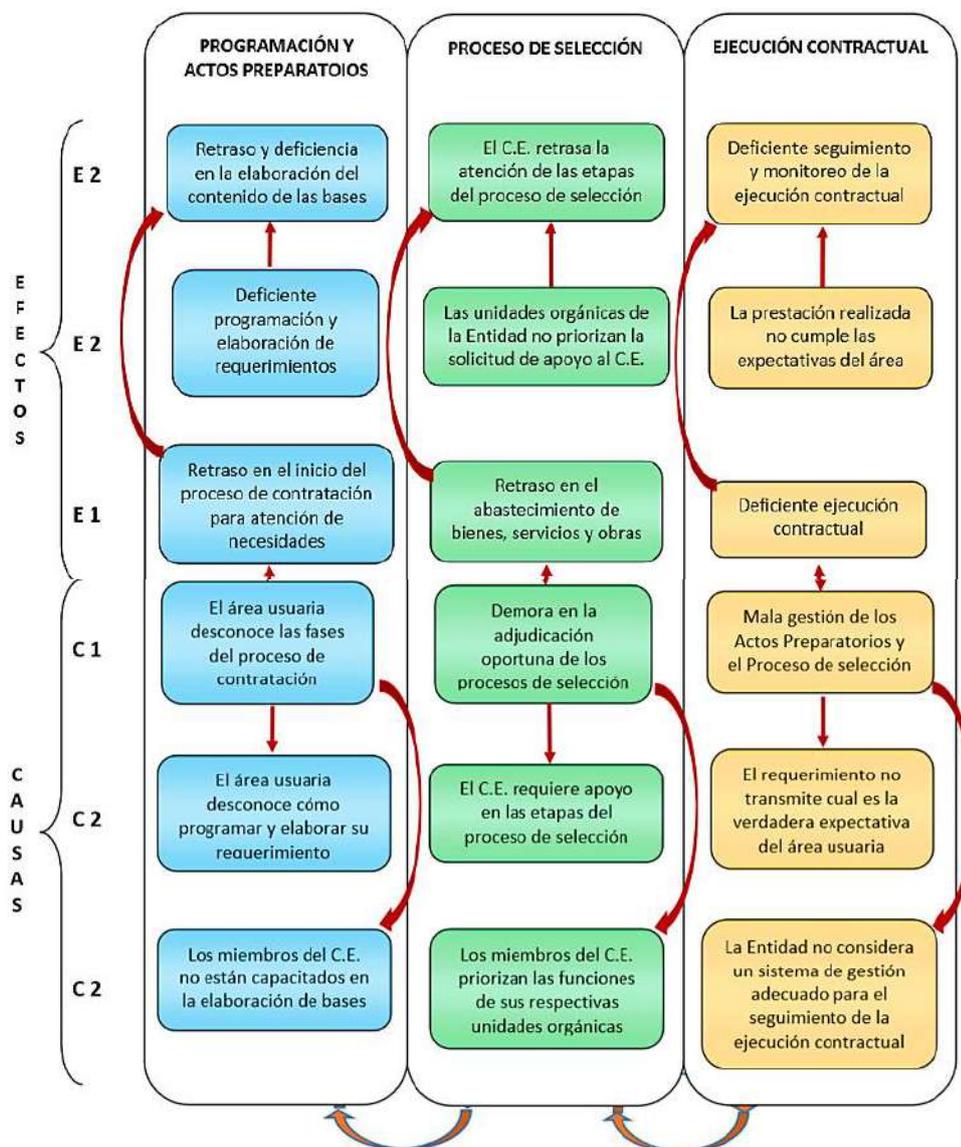
De igual forma la multiplicidad de sedes u oficinas dispersas en una misma provincia o departamento genera grados de deslocalización importante e incrementa el costo de supervisión y gestión, como parte del modelo de operación desconcentrada que genera una atracción presupuestal para contratar y requerir presupuesto.

Un error común en muchas Entidades, por inexperiencia o por costumbre es ceder ante la presión de efectivizar o acelerar el gasto del presupuesto de la Entidad recayendo la responsabilidad en el área de abastecimiento de que se cumpla la ejecución presupuestal en los plazos más breves.

De ambas apreciaciones se distingue que el primer acto reflejo de la gestión pública hasta ahora ha sido la de tratar de implementar medidas de control introducidas en la misma normatividad, resultado del cual es la actual normativa en contrataciones que además de la Ley y su Reglamento dispone de varios instrumentos orientadores, tales como Directivas, Opiniones, Pronunciamientos, Resoluciones del Tribunal de Contrataciones que buscan orientar las actuaciones durante el proceso de contratación reduciendo las discrecionalidades que pudieran ser consideradas desviaciones del cumplimiento de la normatividad y convertirse en hallazgos. Otras formas de control se han ido institucionalizando en cada Entidad, como producto de las acciones de

control de las entidades auditoras o los Órganos de Control Institucional (OCI), las directivas o manuales de procedimiento interno en algunos casos hasta exceden lo establecido en la normatividad vigente, inclusive limitando aún más la discrecionalidad de los responsables del proceso de contratación, e imponiendo restricciones que afectan el proceso de contratación de forma tal que se busca anteponer el ahorro del presupuesto por encima de la satisfacción de la necesidad de la Entidad.

Por ello, mostramos a continuación las deficiencias en el proceso de contratación: (<https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/620716/MARCOSISTEMA>)



3. Las Contrataciones del Estado y su implicancia con la corrupción

La corrupción administrativa, en materia de contratación pública, “está relacionada con la desviación del cumplimiento de las exigencias legales del cargo hacia el beneficio propio del funcionario respectivo, cuyo deber es obrar de acuerdo con dichos cánones teniendo como objetivo la satisfacción de los intereses generales, porque maneja recursos públicos y no puede apropiárselos: “existe corrupción en la contratación administrativa cuando hay un uso desviado del poder público en beneficio del propio funcionario, o de alguna organización, partido político o empresa comercial a la cual se encuentra vinculado”.” (Rezzoagli, 2005, pág. 57)

Lo anterior permite verificar que la contratación pública resulta “conflictiva y poco eficaz, y con frecuencia causa daño patrimonial al Estado” por dos vías: la primera, por las demandas que pierde el Estado debido a la mala gestión de los contratos y, la segunda, por la corrupción imperante en los procesos de selección” (Gorbaneff & Cabarcas, 2009, pág. 69).

La incidencia se centra, entonces, en la organización del estado y la sociedad, y, como surgen desde dentro alicientes a la corrupción, pudiendo acarrear perspectivas diferentes, en cuanto a corrupción importa, para la sociedad según los grupos sociales que lo examinen, siendo algunos actos admitidos o permitidos, mientras que para otros, con valores más estrictos, son inadmisibles.

Se podrá observar que se dan actos de corrupción no tipificados y no sancionados que solo pueden suceder por la experiencia y el manejo especializado de este tipo de procesos, para lo cual requerimos tener definida la tipología de los actos de corrupción y los conceptos que este término abarca.

La corrupción resulta darse en los procedimientos más complejos y largos sobre la contratación de bienes, servicios y obras que el Estado requiere y resulten ser los adecuados en prestaciones y precios.

Ya hablando de la vinculación de los procesos de contratación pública y la corrupción, difieren distintas causas que involucran los motivos de la corrupción y su existencia en la administración pública. Así, por ejemplo, en términos de Rose-Ackerman, “la perspectiva económica analiza cómo la corrupción genera un

detrimento patrimonial del Estado a partir de los diversos actos indebidos, como el soborno, incentivos y regalos” (Rose-Ackerman, 2001).

También se recurre, en la perspectiva económica, al análisis costo-beneficio de la corrupción para comprender sus causas. Entiende el fenómeno como la transacción entre un agente privado y uno público (Zegarra, 1999).

Sin embargo este sistema facilita la corrupción, pues privilegia el procedimiento antes que el resultado. Haciendo que se realicen adquisiciones que si bien cumplen perfectamente con el procedimiento, distan mucho de atender las necesidades por las que fueron adquiridas, siendo estas manejadas por personas escrupulosas y manejables para beneficiar el interés personal del funcionario y del contratista.

Asimismo, las entidades contratan lo que creen que deben contratar, y solicitan para satisfacer la misma necesidad, sin analizar los problemas sectoriales de la sociedad, que incluye estudiar los requerimientos de la población y el costo beneficio por el cual se va a realizar la contratación.

“Esto hace que el mercado público no sea predictivo, pues los proveedores se enteran de lo que el Estado va a contratar al momento de la convocatoria del procedimiento de selección, lo cual genera asimetrías de información y espacios para la corrupción.” (Paredes Morales, 2018)

El estado suele ser el comprador menos exigente en requisitos de calidad y buscar el precio más accesible para el presupuesto estatal, hace que los proveedores perciban sus negocios con el estado como marginales o como un negocio de explotación, claro está, sobre aquellos que contratan de manera transparente.

“En ambos casos no se preocupan en desarrollarse, solo quieren cumplir con lo mínimo, y trasladan sus costos financieros al precio (retrasos y multas), en una situación contraria al ganar-ganar”.

Si bien el Estado demanda la compra y adquisición de bienes y servicios a través de sus funcionarios quienes deciden comprarlos a través de los procedimientos establecidos para garantizar principios públicos como la transparencia y la economía en la selección de ofertas, o por el contrario contratan a quien les garantice el pago de un soborno. Esto se debe a que el funcionario tiene la oportunidad de restringir al oferente y garantizar elección determinada, definiendo variables convenientes para un determinado contratista y no para el Estado.

La corrupción en la contratación pública parece haber distorsionado la competencia sana y abierta que constituye la esencia del proceso licitorio. En la que el presupuesto estatal es utilizado en gastos funcionamiento como de inversión que son canalizados a través de contrataciones públicas, lo que lleva a constituir en una importante contribución en los negocios de diversos sectores de la economía pero también un gran atractivo para los corruptos.

La corrupción también se presenta en los gastos públicos en el área de las contrataciones públicas excepcionalmente en los procesos licitorios aprovechándose del esquema de contratación para beneficiar intereses particulares. Esto se debe a la excesiva burocratización y regulación de la función pública debido a organizaciones incapaces de establecer una clara visión de sus cometidos o propósitos gubernamentales, donde la necesidad de una gestión por resultados se confunde con actividades más definidas que afecta la gestión de las contrataciones estatales.

De lo anterior, se advierte que la corrupción se encuentra presente en las compras estatales debido al manejo intenso de recursos económicos (Campos, 2007, pág. 205). Así, el profesor Campos ofrece una visión jurídica del problema de la corrupción, analizado desde los principios rectores de la contratación pública, estableciendo la necesidad de la observancia de los mismos y la propuesta de un modelo ideal de licitación, donde traslada la responsabilidad de su uso adecuado a los funcionarios públicos. Este modelo ideal supondría lo siguiente: Invitación pública, bases que describan el proceso, las necesidades y condiciones del contrato, prepublicación de la mismas, evaluación imparcial de ofertas y posibilidad de impugnación. Pero el procedimiento en nuestro país ya contempla todo ello, incluso disposiciones mucho más estrictas, como la de informar sobre todos los actos en el Sistema Electrónico de Contrataciones Estatales - SEACE. Sin embargo, no se precisa la misma exhaustividad con los procedimientos de contratación de menor cuantía.

Así, las consideraciones vulneradoras pueden implicar una grave incidencia que determina la aplicación, en *ultima ratio* del derecho penal:

Si bien los trabajos revisados plantean diversos conceptos, parece existir acuerdo en que el cargo público y la corrupción parecen estar íntimamente vinculados en

la práctica (Mujica, 2011). La mayoría de los estudios han girado sobre dos grandes ejes: las implicancias económicas de la corrupción y la mirada jurídica sobre ella. Desde el ámbito económico, algunos estudios han tratado de medir los niveles de corrupción y ver sus implicancias (Morales, 2009), mientras otros tienen como interés diseñar sistemas de control que permitan atenuar la corrupción (Artavia, 2008).

4. La regulación legal en los procedimientos de selección por montos iguales o inferiores a 8UIT

Como se sabe este es uno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado donde se encuentran aquellas contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción; en ese sentido, dichas contrataciones se desarrollan sin observar las disposiciones de la referida normativa, salvo disposición expresa de la misma. (Torres Meza, 2018)

Por lo expuesto, si una entidad requiere efectuar una contratación cuyo monto es igual o inferior a (8) UIT, vigentes al momento de la transacción, esta no aplicara las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, salvo disposición expresa de la misma.

En este tipo de procedimientos podemos evidenciar la falta de regulación y supervisión por parte del OSCE en la que emite su OPINIÓN N° 060-2017/DTN, ante la consulta que realiza la Municipalidad de San Isidro respecto al requerimiento de materiales e insumos que serán empleados para la ejecución de obras, por el monto de S/ 33 200 nuevos soles, proceso que no excede las 8 UIT por lo que se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la ley de contrataciones del Estado, manifestándose que *esta es una decisión de gestión por lo tanto es de su exclusiva responsabilidad y podrá adoptar las actuaciones que considere pertinentes a efectos de satisfacer su necesidad con dicha contratación; si perjuicio de observar los principios que rigen toda contratación pública.*

siguiente OPINIÓN N° 047-2018/DTN, que es emitida por el OSCE respecto a la solicitud hecha por el Consorcio de medios locales respecto de, *“Si por ejemplo el servicio de agencia de medios o planificación de medios es por una cifra inferior a 8 UIT, ¿es pertinente la contratación mediante una compra directa*

menor a 8UIT?”, en la que el OSCE señala lo siguiente: “La contratación cuyo monto sea igual o inferior a 8 UIT, vigentes al momento de la transacción, se encontrará fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo a cada Entidad verificar que a través de dicha figura no se esté eludiendo indebidamente la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, ni transgrediendo la prohibición de fraccionamiento, prevista en el artículo 20 de la Ley.

Por otro lado, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado establece supuestos taxativos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de selección competitivo, toda vez que por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer su necesidad”. Ante estas respuestas, se puede advertir que los funcionarios en cumplimiento de sus funciones recurren a realizar contrataciones menores a 8UIT con mayor frecuencia, debido a que estas se encuentran excluidas por la ley de contrataciones estatales, haciendo un uso desmesurado de los recursos públicos del Estado. Debido a que éstas se encuentran fuera de la normatividad legal, permitiéndose el abuso de poder y la comisión de delitos contra la administración pública, hace que estos puedan irrumpir contra los fines de la sociedad y crear indicios de corrupción que solo favorecen al particular como al funcionario corrupto.

A la fecha, sigue existiendo una serie de consultas que son hechas por las entidades estatales a fin cubrir sus dudas ante los requerimientos de contratación, evidenciándose la falta de conocimiento y capacitación en los funcionarios públicos. Si bien esto resulta ser una contratación de menor cuantía, no deja de generar perjuicio económico al estado y a los ciudadanos antes las posibles necesidades por las que requiere la comunidad.

Sin embargo, el problema radica en que este tipo de regulación deja abierta la posibilidad de que las contrataciones menores a 8UIT sean manejadas incorrectamente dentro de la administración pública, siendo de vital importancia señalar que según el estudio realizado por la Comisión Especial Multipartidaria Permanente encargada del control, el seguimiento y la evaluación del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción del Congreso de la República, se señala que existen un total de “1 365 procesos judiciales por presunta corrupción,

reportados por la contraloría. Estos procesos involucran a 76 581 funcionarios, de los cuales 218 son funcionarios del gobierno central; 13 837 de los gobiernos regionales; y 62 526 de los gobiernos locales” (PUCP, 2017)

Si bien esta es una disposición que busca dinamizar el día a día de la administración pública, donde las contrataciones y adquisiciones menores son las de mayor incidencia, genera la oportunidad para que el funcionario titular de la entidad estatal pueda contratar con proveedores factibles de manipular la relación contractual y obtener un ingreso económico proveniente de este particular. Al contratar o adquirir sin aplicar la normativa hasta por 8 UIT, monto significativo en entidades pequeñas como las municipalidades regionales y distritales, pero también en las de mayor envergadura.

Ahora bien, las contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT, cualquier sea su objeto, están fuera del ámbito de la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, pero bajo la supervisión del OSCE, encontrándose obligados los proveedores que realizan dichas contrataciones a estar inscritos en el RNP, salvo que los montos de las mismas sean iguales o menores a una (1) UIT.

En cuanto a que no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco, debemos precisar que el método especial de contratación, a través del Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco, es aquel mediante el cual se realiza la contratación sin mediar procedimiento de selección, siempre y cuando los bienes y servicios en general parte de los mismos. Las contrataciones a través de los Catálogos Electrónicos son obligatorios desde el día de su entrada en vigencia por lo cual el órgano encargado de las contrataciones deberá verificar que dichos catálogos contengan los bienes y servicios que permitan la atención del requerimiento y que se cuente con la disponibilidad de recursos.

4.1. Deficiencias funcionariales en el OSCE

La ley de contrataciones del Estado designa al OSCE como supervisor de las contrataciones por montos iguales o inferiores a (8) UIT a fin de que se cumpla con el procedimiento de selección. Una de sus funciones es emitir directivas, documentos estandarizados y documentos orientados en materia de su competencia, y regular diversos temas que implican las

contrataciones estatales de forma general, es así que, mediante la citada función del OSCE, a través de su Dirección Técnica, tiene la facultad, de mediante directivas hacer precisiones a lo regulado en las citadas normativas, y establecer disposiciones aplicables a los procedimientos, poniendo a disposición la base estándar a utilizar en dicho procedimiento. Es así que el OSCE a través de la DIRECTIVA N° 006-2016-OSCE/CD Regula los procedimientos de selección por contrataciones menores a 8 UIT, siendo de cumplimiento obligatorio para las entidades estatales. Este tipo de procedimientos genera ciertas irregularidades dentro de los gobiernos regionales y distritales, las cuales estas suelen ser de uso diario entre las entidades del estado. Ya que no existen parámetros normativos, ocasionando una discrecionalidad absoluta para el funcionario que se encarga del abastecimiento de las instituciones públicas.

Si bien, el OSCE al intentar cumplir todas sus funciones dentro de los procedimientos de selección se evidencia una sobre carga para supervisar a todas las entidades contratantes, sobre todo para aquellas entidades en la cual se realiza adquisiciones por montos exorbitantes y sobrevalorados, dejando de lado las contrataciones menores.

Dentro las interpretaciones que realiza el OSCE emite opiniones a fin de esclarecer las dudas por parte de los funcionarios de cada entidad pública es así que emite la Opinión 230-2017/DTN en la cual *“las contrataciones cuyos montos son iguales o inferiores a ocho (8) UIT, al encontrarse fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, se realizan de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Entidad en sus normas de organización interna, empleando los mecanismos apropiados para garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos, en el marco de los principios que regulan la contratación pública”*.

Ante la existencia de un vacío legal deja abierta la posibilidad de que los funcionarios titulares de la entidad puedan contratar libremente sin ningún tipo de regulación legal, esto habilita que las entidades regulen su propio procedimiento interno, y dando beneficio para aquellos funcionarios que abusen del presupuesto público y promuevan la corrupción dentro de las entidades estatales.

La ley y su reglamento dispone diversos instrumentos orientadores, a través de las funciones que cumple el OSCE como ente supervisor y regulador de las contrataciones estatales en la que dispone directivas, opiniones y pronunciamientos que buscan orientar la ejecución del proceso reduciendo las discrecionalidades que pueden ser consideradas desviaciones en el cumplimiento de la normatividad siendo este un hallazgo en el cumplimiento de los fines estatales.

Dentro de las disposiciones normativas que cumple el OSCE como ente supervisor delega a las entidades públicas a disponer de la utilización de directivas internas para el manejo de las contrataciones menores a 8UIT, donde se observa que a pesar de existir otras formas de control que se han institucionalizando en cada Entidad, como producto de las acciones de control en cada una de las entidades auditoras o los llamados Órganos de Control Institucional (OCI), en la que las directivas o manuales de procedimiento interno en algunos casos exceden lo establecido por la normatividad vigente, inclusive limitando las discrecionalidad de los responsables en los procesos de contratación, e imponiendo restricción que afectan el proceso de contratación de tal forma que buscan anteponer el ahorro del presupuesto por encima de la satisfacción de la necesidad de la entidad.

4.2. Vulneración del Principio de transparencia

El principio de transparencia comprende dos ámbitos bien definidos:, el primero de ellos, es la publicidad, la cual, en términos de Palacio, permite a los usuarios el conocimiento de las decisiones encaminadas a satisfacer las necesidades públicas a través de la contratación, no sólo para que quien tenga capacidad de ejecutar la actividad a contratar haga su oferta, sino para ayudar al control de la administración en el desempeño de sus funciones (Palacio Hincapié, 2009).

Por otro lado, tenemos el principio de selección objetiva, la cual según Expósito, citado por Miranda (2016), implica que la selección de los contratistas de la administración, se constituye en una formalidad básica para la configuración y correcta ejecución del contrato estatal como pilar fundamental de la figura, ya que el cumplimiento del deber de selección

objetiva se concreta mediante la realización de procedimientos que permitan la libre concurrencia de los particulares y garanticen la elección justa e imparcial de la mejor propuesta para los intereses de la entidad, todo con la finalidad de satisfacer el interés general por medio de la continua y eficiente prestación de un servicio denominado público por su alcance y dirección a la comunidad en general, reflejado ya sea en un objeto que directamente afecta a los administrados o en el correcto funcionamiento de la administración, para que ella cumpla su función frente a la colectividad.

En ese íter de ideas, la salvaguarda del interés público es la que justifica una regulación concreta y estricta de la forma de escoger al responsable de llevar a cabo la labor encomendada a la entidad estatal.

Al relacionar el Principio de Selección objetiva con el de transparencia, es posible concluir que la selección objetiva es directamente influenciada por el principio de transparencia ya que lleva a la administración a una deliberación en puridad imparcial y pública, bajo los lineamientos de la igualdad de condiciones y por lo tanto de oportunidades, es decir, una selección de contratista transparente.

Ahora, bien, la simplificación de estas exigencias determinar un detrimento a la seguridad jurídica promovida por los dos ámbitos del principio de transparencia, esto es, cuando las entidades estatales manejan los procedimientos de selección de menor cuantía propicia la vulneración del principio de transparencia ya que son ellos quienes establecen sus propias normativas de carácter interno a través de las directivas emitidas por el OSCE que son de aplicación inmediata para ser tomadas como modelo para la contratación de bienes, servicios y obras públicas. Esto genera que los funcionarios puedan escoger a sus postores y realizar una estrecha relación contractual en el cual ambas partes busquen obtener un beneficio económico.

Lo que se quiere es que en los procedimientos de selección puedan concurrir los postores para conocer las mejores ofertas del mercado, con costos bajos, a fin de garantizar la libre concurrencia y la igualdad de trato entre todo aquel que quiera contratar con el Estado.

En aplicación al principio de transparencia *los funcionarios públicos deben servir a los intereses de la nación, procurar aumentar la eficacia del estado para brindar una mejor atención a los ciudadanos y actuar con probidad, idoneidad, veracidad, justicia, equidad, lealtad y respeto al Estado de derecho y a la dignidad de las personas. El Estado, sus autoridades y servidores deben rendir oportunamente cuentas a la ciudadanía, garantizar la transparencia en la actuación de las entidades públicas y generar canales adecuados para permitir el acceso ciudadano permanente a la información pública. Asimismo, deben promover la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre asuntos de interés público.* (Alvarez Pedroza, 2009)

5. La necesidad de regular las contrataciones por montos iguales o inferiores a 8 UIT

Las contrataciones iguales o menores a 8 UIT, están fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, pero sujetas a supervisión por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), que tiene como función establecer directivas internas para la ejecución de procedimientos de selección, y son empleadas por las instituciones estatales al hacer uso de estas para el manejo de sus requerimientos de contratación, siendo este un único modelo de proceso de selección que es el mismo que se emplea para las contrataciones de mayor cuantía, careciendo de legitimidad en algunos casos, estas se encuentra reguladas por el artículo 5° de la ley, es ahí donde encontramos el problema que debe ser erradicada, al ser contrataciones que genera mayor incidencia en las instituciones del Estado, por ello la falta de regulación esta generando perjuicio económico al estado y los indicios de corrupción.

Es así que en opiniones como la **OPINIÓN N° 200-2017/DTN** donde se manifiesta que: *“Sin perjuicio de lo antes señalado, de conformidad con la Opinión N° 128-2017/DTN, si bien las contrataciones cuyos montos son iguales o inferiores u ocho (8) UIT se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, las Entidades que realicen dichas contrataciones deben efectuarlas de acuerdo a los*

lineamientos establecidos en sus normas de organización interna, en el marco de los principios que regulan la contratación pública, en razón de lo cual determinarán los mecanismos apropiados para garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos. Por lo tanto, las Entidades pueden implementar en tales lineamientos mecanismos similares a los establecidos en la normativa de contrataciones del Estado.

Con base en lo expuesto, puede colegirse que, en una contratación cuyo monto sea igual o inferior a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción, si bien no resultan aplicables las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, la Entidad que requiera efectuarla debe observar los principios que rigen toda contratación pública así como garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos; lo cual la faculta a implementar mecanismos similares a los previstos en la normativa de contrataciones del Estado –como la aplicación de penalidades– a efectos de satisfacer su necesidad con dicha contratación.”

Además de conclusiones como: “Si una Entidad requiere efectuar una contratación cuyo monto es igual o inferior a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias -vigentes al momento de la transacción-, ésta no se aplicará las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado -salvo disposición expresa de la misma-; y por tanto, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad podrá adoptar las actuaciones que considere pertinentes a efectos de satisfacer su necesidad con dicha contratación, sin perjuicio de observar los principios que rigen toda contratación pública. Las Entidades no se encuentran obligadas a contratar directamente los servicios especializados de asesoría legal para la defensa de funcionarios, servidores o miembros de las fuerzas armadas y policiales, previstos en el literal k) del artículo 27 de la Ley; puesto que, la Entidad puede decidir aprobar o no una contratación directa bajo dicha causal, siempre que -sobre la base de un sustento técnico y legal- hubiera determinado, previamente, la necesidad de contratar directamente a un determinado proveedor.” (OPINIÓN N° 060-2017/DTN).

Estas opiniones brindadas por el mismo organismo de las Contrataciones con el Estado denota que las contrataciones menores a 8 UITs se rigen bajo los principios de las contrataciones públicas y es necesario su regulación.

Por lo tanto, lo que se quiere es regular las contrataciones de menor cuantía y adherirlas a la normativa, a fin de que estas sean reguladas por la Ley de Contrataciones del Estado, lo que se quiere no es generar mayor burocracia en el Estado, sino emplear esta normativa para obtener procedimientos óptimos y transparentes, ya que no es suficiente regularlas mediante directivas o a través de la supervisión del OSCE, lo que lleva a regularla dentro de un ámbito específico, que son las contrataciones y adquisiciones de menor cuantía y evitar los vacíos legales que son de uso ilegal por los funcionarios del Estado.

Así mismo, el OSCE como ente supervisor de las contrataciones se encuentra imposibilitado de cumplir con cada una de sus funciones debido a la elevada carga procesal por la que tiene que supervisar e investigar aquellas irregularidades administrativas por las que irrumpen los funcionarios públicos. Es por ello que se debe implementar directrices claras y firmes que sean amparadas en el principio de legalidad y los principios que rigen las contrataciones públicas, para que el gasto público sea eficiente y oportuno para el cumplimiento de las necesidades gubernamentales y puedan llegar a los ciudadanos y de esta manera lograr reducir el índice de corrupción en las instituciones del Estado. Ya que la ley solo refiere que el OSCE es el ente encargado de supervisar dichas contrataciones pero no se refiere a cómo serán estas supervisiones o a través de que medio se van a regular, ocasionando que sean empleadas abusivamente.

Esto conlleva a generar confusión entre las entidades del Estado y dejar abierta la posibilidad de que los funcionarios puedan realizar contrataciones de menor cuantía con mayor incidencia sin que estas puedan ser gran importancia para la población, es así que resulta necesaria dicha regulación legal dentro de la Ley de Contrataciones Estatales para obtener procedimientos claros y firmes y reducir los índices de corrupción.

Finalmente esto propicia que se transgreda el principio de transparencia al dejar que el titular de la entidad elija con quien contratar o bajo que modalidad

puede ejecutar un proceso de selección, cambiando la interpretación legal sobre el cumplimiento de los principios de contratación, que implica la obligación que tiene la entidad de brindar información a los posibles postores durante el proceso de selección ya que este debe ser de conocimiento público.

5.1. Posiciones adoptadas por especialistas en Contrataciones del Estado a favor de la investigación

De acuerdo a las entrevistas realizadas, se ha llegado a la conclusión que las contrataciones menores a 8UIT deben ser incluidas dentro de la Ley de Contrataciones del Estado para obtener una supervisión efectiva o establecer un margen menor a las 8 UIT a fin de evitar la burocracia en los procedimientos de selección o caso contrario regresar a la anterior regulación legal en la que se contrataba por montos menores a 3UIT ya que este serian montos que si pueden ser manejados por las entidades estatales permitiendo evitar el fraccionamiento indebido y las contrataciones directas entre proveedores y funcionarios públicos.

A la fecha se ha podido conocer que las entidades estatales ya tienen establecidos quienes son sus proveedores, a esto existe una suerte de negación que se busca evitar a través del cumplimiento del objeto de la contratación que es elegir al mejor postor bajo los criterios de precio, calidad y oferta siendo este el sentido de la norma. Sin embargo no se logra cumplir con los fines políticos del Estado que sería obtener los mejores productos para su usuario final que sería el ciudadano. Ante las situaciones de corrupción, el fraccionamiento de las contrataciones mayores a efectos de evitar los procesos de selección e ir a una contratación directa, siendo este un tema de control interno del OSCE y la contraloría hace que se evite aplicar la norma y elegir a sus proveedores previamente seleccionados generaría actos de corrupción dentro de la entidad estatal.

ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS

Nombre de los Entrevistados:

- Dr. Carlos Alza
- Dra. Linda Cantera
- Dra. Silvia Quintana

Pregunta N° 1

¿Considera usted necesario la inclusión de las contrataciones menores a 8 UIT dentro de la Ley de Contrataciones del Estado?

Dra. Silvia Quintana:

Si, por que la ley de contrataciones actuales ha elevado el umbral que establecía las contrataciones de 3 UIT a 8 UIT lo cual incrementa el monto por el cual el Estado puede hacer contrataciones directas, a lo que antes requería llegar hasta las 3UIT que implicaba un proceso y pasar un control, si bien es cierto la norma establece que son contrataciones que deben realizarse bajo control pero esa supervisión no es muy efectiva por que la norma establece que las contrataciones menores a 8 UIT deben realizarse bajo la supervisión del OSCE lo que implica una supervisión poco efectiva, por lo cual resulta necesario incluirla dentro de la ley de contrataciones y establecer un margen a fin de evitar la burocracia o caso contrario regresar a la ley anterior.

Dr. Carlos Alza:

Si, por que las contrataciones de menor cuantía son ejecutadas bajo los procedimientos establecidos por las entidades estatales y según los requerimientos del área usuaria permitiendo que estas estén lejos del cumplimiento legal de la norma y de la supervisión del OSCE facilitando la corrupción, pues privilegia el procedimiento antes que el resultado. Ayudando a que se realicen adquisiciones que si bien cumplen perfectamente con todos los requerimientos, distan mucho de atender las necesidades para las que fueron adquiridas. Siendo un sistema conocido por personas escrupulosas, y fácil de manipularlo y lograr que beneficien intereses personales.

Dra. Linda Cantera:

Considero que si es necesario que estas contrataciones sean incluidas en la ley por un tema de supervisión y control pero a la vez implicaría que los procesos de contratación sean lentos e ineficientes, debido a la falta de conocimiento de los decisores, pues muchos funcionarios anteponen objetivos políticos sobre los procedimientos técnicos, y se contrata de manera deficiente.

Análisis de la pregunta nro. 01

De lo expuesto por los entrevistados, se colige la necesidad de exigencia de una regulación estricta sobre las contrataciones inferiores a 8 UIT, en atención a dos ámbitos bien definidos: i) el margen de discrecionalidad de las entidades públicas puede revertirse en arbitrariedad, lo cual puede repercutir en la inadecuada formación de los términos de referencia y más aún en los criterios de calificación técnica y económica; y, ii) la ausencia de mecanismos directos de control por parte del OSCE, pese a la ampliación del margen de discreción para la evaluación de las propuestas, sin embargo, se prevé que éstos, en todo caso, debieran ser más dúctiles que los procesos de mayor cuantía.

Al respecto, se sostiene un examen comparativo con la anterior legislación sobre la materia que oportunamente restringía el albedrío contractual a 3 UIT, aduciendo, precisamente, una proyección de arbitrariedad que bien pudiera usarse por las entidades para direccionar contrataciones más onerosas a contratistas de su especial preferencia, delezmando la calidad de la exigencia del interés público.

Pregunta N° 2

¿Cree que los dispositivos internos son suficientes para regular las contrataciones menores a 8 UIT?

Dra. Silvia Quintana:

No, porque las disposiciones internas lo regula cada entidad y hay muy poca supervisión por parte del OSCE y considero necesaria que la regulación este consignada en la ley para que se puedan aplicar las infracciones y sancionar a efectos de evitar casos de corrupción

Dr. Carlos Alza:

No, porque a efectos de evitar los temas de corrupción los dispositivos internos permiten que se opte por un proveedor a elección del titular de la entidad.

Dra. Linda Cantera

Son suficientes siempre que estos sean elaborados y supervisados por el OSCE e incluidos en la ley de contrataciones del estado por lo tanto resulta ineficiente las directivas internas que han sido hechas para beneficiar un interés particulares.

Análisis de la pregunta Nro. 02

Se advierte de las intervenciones que la preocupación común pasa por la arbitrariedad que subyace al ejercicio indebido de las políticas internas que manejan las entidades públicas para fijar las reglas de contratación, dando factibilidad a que éstas puedan adecuarse a un determinado perfil de postor, y así quebrantar el principio de imparcialidad y neutralidad, por lo que coinciden en la necesidad de un avocamiento más cercano y efectivo por parte del OSCE en el seguimiento de dichos procesos de contratación.

En ese orden de ideas, ante la pregunta concerniente a la consulta sobre la suficiencia de los dispositivos internos que regulan las contrataciones públicas, es inminente la crítica a la ausencia de indicadores necesarios que limiten la facultad que tienen las entidades, toda vez que, al delegar dichas competencias se restringe la posibilidad de establecer adecuadamente el baremo de tipicidad necesario para cualificar las conductas eventualmente plausibles de imputación administrativa-disciplinaria y penal, dado que esta será adecuada a los intereses particulares de los actores intervinientes en su dación, lo que involucra, necesariamente, los de los contratistas particulares, lo cual se verá reflejado en la creación del perfil exigido por la entidad para la prestación encomendada.

Pregunta N° 3

¿Considera que las contrataciones menores a 8 UIT vulneran el principio de transparencia?

<p>Dra. Silvia Quintana</p> <p>Si, efectivamente y no solo el principio de transparencia si no también el principio de libertad de concurrencia e igualdad de trato, que al tener un margen muy alto de actuaciones contratación directa las entidades ya tienen establecidas o preestablecidas quienes son sus proveedores, entonces permite que haya una suerte de negación a la libertad de postores y es lo que se busca evitar, ya que el objeto de la contratación es elegir al mejor postor bajo los criterios de precio, calidad siendo este el sentido de la norma.</p>	<p>Dr. Carlos Alza:</p> <p>Si, por que a través del principio de transparencia se busca hacer público los requerimientos hechos por el Estado a través de sus instituciones en las cuales ellos requieren cubrir ciertas necesidades como bienes, servicios y obras por ello es que se convocado una diversidad de proveedores, sin embargo esto no se da ya que existe el favoritismo en ciertos proveedores que ya son previamente seleccionados que no necesariamente son seleccionados por su calidad por que no necesariamente cumplen con la finalidad de la norma, porque la finalidad de la norma es que el Estado obtenga los mejores productos para su usuario final que es el ciudadano siendo este el espíritu de la norma por lo cual siempre resulta vulnerándose no solo el principio de transparencia si no también el de concurrencia e igualdad de trato por que la ley de contrataciones lo que busca es obtener una contratación objetiva evitando las posibles situaciones de corrupción.</p>	<p>Dra. Linda Cantera:</p> <p>Si bien es cierto el principio de transparencia no solo cumple la función de informar al ciudadano sobre el uso del presupuesto público si no también respecto a las contrataciones que se vienen desarrollando, sin embargo, durante el ejercicio de la función publica la finalidad del principio de transparencia se desvirtúa al realizar actuaciones ocultas que comúnmente llamamos contrataciones directas o contrataciones fraccionadas teniendo un fin distinto al que señala la norma, esto se suele dar en las contrataciones de menor cuantía cuando son manejadas fuera del presupuesto anual y señaladas como requerimientos esenciales.</p>
--	--	--

Análisis de la pregunta Nro. 03

El desempeño del principio de transparencia ubica a los sectores involucrados en dos garantías claves para efectos de las contrataciones: Seguridad Jurídica y Neutralidad, esto referido con las actividades de conformación de los requisitos necesarios para ministrar un adecuado utilice de los recursos cedidos en administración a las entidades públicas, lo que en puridad restringe el nivel de

adecuación a los intereses materiales de la comuna dependiente de la alcaldía o gobernatura regional, sino al de sus conveniencias.

Conforme se ha señalado preliminarmente, el principio de transparencia involucra dos estamentos: el subprincipio de publicidad y de selección objetiva; entendiéndose por el primero de ellos conducente al control social de oponibilidad que habilita a la ciudadanía a impugnar los términos que consideren pertinentes en atención a los fines de la contratación, más aún, si existiera un indicador anómalo de preferencia por un determinado contratista, así como los elementos que fueron considerados para la valuación económica (antecedentes, comparación de costos, etc.)

Y es que, conforme refiere Palacio, mediante la publicidad se permite a los usuarios el conocimiento de las decisiones encaminadas a satisfacer las necesidades públicas a través de la contratación, no sólo para que quien tenga capacidad de ejecutar la actividad a contratar haga su oferta, sino para ayudar al control de la administración en el desempeño de sus funciones (Palacio Hincapié, 2009)

Lo anterior, incide en el principio de selección objetiva, en la medida que apertura un mayor despliegue de las consideraciones a tener en cuenta para la elaboración de las bases y los indicadores de elección de la propuesta más conveniente a los intereses públicos.

Pregunta N° 4

¿Cuál cree usted que son las consecuencias del uso indiscriminado de las contrataciones menores a 8 UIT?

Dra. Silvia Quintana

Las situaciones de corrupción, el fraccionamiento de las contrataciones mayores a efectos de evitar el proceso de selección e ir a una contratación directa. Siendo este un tema de control no solo por parte del OSCE si no también de la contratación quien debería hacer un seguimiento a las contrataciones del Estado también tenemos un órgano constitucionalmente autónomo que es responsable de verificar el cumplimiento de las normas para que el funcionario actúe en forma objetiva y correcta.

Dr. Carlos Alza:

Considero que a pesar de existir varios organismos de control como el OSCE, la contraloría y la auditoría de control interno entonces el tema radica en que en la posibilidad indiscriminada de poder contratar hasta 8 UIT consiguiéndose que las entidades fraccionen sus procesos de selección a efectos de inaplicar las normas y hacer una contratación directa con sus proveedores previamente seleccionados.

Dra. Linda Cantera:

Esto se da cuando no se prevén ciertas necesidades en las entidades estatales y suelen ser manejadas fuera del presupuesto anual a lo que llamamos requerimientos esenciales para el funcionamiento de la administración pública o sobre las compras directas o las llamadas compras fraccionadas.

Análisis de la pregunta Nro. 04

Conforme es el común denominador de las respuestas abordadas, la consecuencia directa de manejo indiscriminado de las contrataciones de menor cuantía es el asidero institucional de la arbitrariedad y la corrupción, ello como consecuencia de variaciones de segmentos de obras, es decir, la fragmentación de ejecución de obras públicas; siendo que el otro indicador que se escinde para ello es la planificación del presupuesto anual, donde se fijan las partidas necesarias para ejecutar obras en las entidades públicas, ello implica la reconducción de los intereses públicos a otros de orden privado que deslegitiman la debida administración de los recursos públicos, careciendo en todo momento de un control inmediato ex post de la ejecución de las obras, siendo necesario implementar verificaciones de los efectos a mediano plazo de los beneficios que

se pretenden obtener de estas prestaciones a favor de la comuna, para así restringir objetivamente la gran cantidad de adquisiciones segmentadas.

Pregunta N° 5

Qué opina del tema de tesis “REGULACIÓN LEGAL DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE LA CONTRATACIÓN IGUAL O INFERIOR A 8 UIT”

Dra. Silvia Quintana

Sí, estoy de acuerdo pero propondría regresar a las 3UIT y establecer ciertos parámetros para evitar la burocracia y este no sea el pretexto de las gestiones para no cumplir con la gestión presupuestal.

Esto no se trata de ley se trata de personas por que siempre existe el pretexto de no encontrar al proveedor perfecto. Acá no solo es cuestión de norma es cuestión de control, fiscalización y control de personas sobre todo capacitar el personal en contrataciones del estado.

Dr. Carlos Alza:

Estoy de acuerdo siempre que se busque agilizar los procesos de contratación de menor cuantía a fin de evitar la burocracia interna ya que esto evita la pluralidad de proveedores que existe en el mercado, si bien es cierto como población y como estado lo que se quiere es obtener un producto al mejor precio y de buena calidad, seamos partícipes de prever las necesidades y requerimientos de las instituciones a fin de evitar las compras fraccionadas y la elección de proveedores seleccionados a dedo.

Dra. Linda Cantera:

Considero que las contrataciones de menor cuantía solo se deberían regular hasta 3UIT y que estas deban ser manejadas por personas previamente capacitadas y con conocimiento en la materia y un manejo fiscalizado por el OSCE con pleno conocimiento que por tan pequeño sea el monto manejado por un funcionario implica un respeto al Estado y a la ciudadanía.

Análisis de la pregunta nro. 05

Con la opinión de los expertos se legitima la trascendencia e importancia de la presente investigación jurídica, poniendo en relieve la necesidad de fijar baremos objetivos para contrarrestar el ámbito de arbitrariedad que existe en las contrataciones públicas de menor cuantía.

CAPITULO VI

METODOLÓGICO

1.1. Tipo de investigación

1.1.1. Por su profundidad

- Investigación Descriptiva

1.1.2. Por su naturaleza

- Investigación Documental

1.2. Material de estudio

- Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 y su Reglamento.
- Directiva N° 006-2016-OSCE/CD
- Legislación Comparada
- Doctrina

1.3. Métodos de investigación

1.3.1. Métodos Lógicos

1.3.1.1. Inductivo - Deductivo

Es el tránsito de las leyes generales, del principio abstracto a los casos particulares y concretos. (FERNANDEZ FERNANDEZ, 2009) Este método permitió realizar inferencias normativas entre la ley de contrataciones del estado y la Directiva N° 006-2016-OSCE/CD, al no ser de aplicación inmediata y obligatoria entre las entidades estatales, dado que, solo se rige a nivel institucional permitiendo que cada funcionario aplique normativas convenidas a intereses particulares.

1.3.1.2. Analítico

Se trata de un proceso mediante el cual la información de cualquier tipo se incorpora al proceso de investigación y tenga un proceso de análisis, en sus formas y consecuencias. La utilización de este método ha sido para obtener un análisis sistematizado que permita determinar la modificación de la ley de contrataciones

del estado al establecer caracteres facultativos para la aplicación de dicha directiva, vulnerándose la aplicación del principio de transparencia.

1.3.2. Métodos de jurídicos

1.3.2.1. Exegético

Constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo. El método parte de la convicción de un ordenamiento pleno, cerrado, y sin lagunas. La exegesis no modifica el orden de los códigos o de las leyes objeto de comentario: por el contrario, respeta escrupulosamente los textos legales. Nos permitió conocer el origen y evolución de las diversas instituciones jurídicas de las contrataciones del estado y determinar los vacíos legales respecto a su regulación normativa, frente a las contrataciones de menor cuantía.

1.3.2.2. Dogmático

Concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento factico o real que se relacione con la institución o especie legislativa. Tiene como finalidad averiguar la naturaleza jurídica de una determinada institución.

1.3.2.3. Análisis del derecho económico

Lo que buscas este método, es predecir las conductas de los seres humanos, maximizando beneficios y minimizando costos. En base a esta filosofía, se plantean fórmulas que permitan predecir como los individuos actuaran ante ciertos incentivos. Tal es así que nos permitió desarrollar la conducta asumida por cada funcionario ante la falta de supervisión en las contrataciones de menor cuantía y así determinar actos de corrupción en las entidades estatales.

1.4. Recolección de datos

1.4.1. Técnica

1.4.1.1. Fichaje

Es la recolección sistemática de la información, que facilita la acumulación de material disperso en enciclopedias, libros y revistas especializadas, que permiten crear un banco de datos cómodos y manejables, que estimulan los procesos de abstracción, generalización y síntesis en torno al tema de nuestro trabajo.

1.4.2. Instrumentos

1.4.2.1. Ficha

Las llamadas fichas bibliográficas o de localización consignan los datos de las fuentes que estamos empleando en nuestro trabajo. Estas fichas tienen la finalidad de preparar un registro de las citas y referencias que se incorpora en la investigación; ofrecen datos sobre la ubicación del libro y su régimen de lectura y facilita la confección de la bibliografía final. (RAMOS NUÑEZ, 2002)

Nos ha permitido determinar las fuentes de trabajo y citar a los autores durante el desarrollo de la realidad problemática, a fin de afianzarnos en las posturas de acuerdo a nuestra investigación.

a) Recopilación de Documentos

Ha sido utilizada para recolectar información de libros que faciliten el desarrollo del contenido del marco teórico, y conocer las diversas posturas de los autores, que nos permitirá emplear como materia de estudio, Así mismo se ha utilizado información virtual que permita corroborar los contenidos bibliográficos y se afiancen en las leyes estatales.

1.4.2.2. Entrevista

La entrevista es un instrumento de recolección de datos que ha servido para conocer la postura que adoptan los especialistas en Contrataciones del Estado y a la vez saber qué tipo de opinión tienen sobre las contrataciones menores a 8 UIT efectuadas por las entidades estatales.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

1. La falta de regulación legal en los procedimientos de selección de las contrataciones por montos iguales o inferiores a 8 UIT vulnera el principio de transparencia de las contrataciones con el Estado en tanto que, al no estar sometidas a una regulación específica de aplicación general sobre los indicadores de selección, sino a la autodeterminación administrativa interna de cada entidad, se restringe indebidamente la capacidad de control de los indicadores de selección (principio de publicidad) y estándares de calidad de los servicios a contratar (principio de selección objetiva).

2. Del estudio de los principios que regentan los procedimientos de selección en las contrataciones del Estado, es ineludible señalar que su interpretación permite comprender el significado correcto de las reglas contenidas en la ley, a fin de solucionar los problemas surgidos en el proceso sobre integración u optimización de normas, sin embargo, éstos no suplen las carencias regulatorias de contratación, en tanto no pueden crear reglas específicas, en atención al principio de legalidad administrativa que rige a todo proceso de contratación pública, por lo cual concluimos que las contrataciones menores de 8 UITs se encuentran en un constante limbo de interpretación jurídica que tiene que estar a la espera de las opiniones de OSCE y otros organismos del estado, así como de los procesos internos de los gobiernos locales, por lo cual existe una necesidad de una normativa por su importancia actual.

3. Respecto a las condiciones de contratación que se da en los procedimientos de selección por montos iguales o inferiores a 8UIT, se precisa que, del contenido de las entrevistas, se puede concluir que existen deficiencias, las cuales son:
 - Ausencia de control por parte de la ley de contrataciones con el Estado: carente control y fiscalización e intervención indirecta de la OSCE.
 - Amplia discrecionalidad en la aprobación de las solicitudes del área usuaria, lo que involucra la potencial arbitrariedad para soslayar la

pertinencia de la contratación, su fin público y detección de contrataciones segmentadas o fraccionadas, dando oportunidad al interés corruptor.

4. Las deficiencias normativas en los procedimientos de contratación que vulneran la aplicación de los principios de transparencia y competencia sana, parten por su inexistencia, entiéndase, la carencia de normas con rango de Ley que diriman las indicaciones y condiciones específicas para tramitar un procedimiento de contratación de menor cuantía, delegando su tramitación a las propias entidades, con participación inoportuna de la OSCE.

RECOMENDACIONES

- En beneficio de la sociedad se recomienda a los ciudadanos a contribuir en la vigilancia del cumplimiento de las políticas de gobierno, y actuar conscientemente sobre la elección de nuestras autoridades ya que somos nosotros quienes elegimos a nuestros representantes estatales. Es así que las contrataciones que se realizan son proveniente de nuestros aportes e ingresos del presupuesto nacional siendo de gran importancia fiscalizar las obras y servicios públicos que realizan nuestras autoridades para advertir los fines con lo que se maneja nuestro gobierno.
- Las entidades estatales encargadas de supervisar y fiscalizar a los funcionarios públicos deberán actuar fehacientemente con cada una de sus funciones a fin de advertir prácticas desleales en el funcionamiento de la administración. Así mismo, deberán actuar bajo los parámetros normativos y combatir la corrupción que ahora se está volviendo una política de Estado, por ello se busca tomar medidas correctivas para fortalecer las contrataciones públicas en nuestro país y obtener un gasto eficiente.
- El Estado, debe abordar los mecanismos necesarios para contrarrestar la corrupción y capacitar a cada uno de sus funcionarios en el manejo de las contrataciones estatales, e informales que toda práctica desleal contra la administración pública acarrea una consecuencia jurídica que es penada con cárcel y son imprescriptibles.
- Lo anterior se puede concretizar en las siguientes propuestas:
 - Inclusión dentro de los alcances de la ley de contrataciones con el Estado: ello permitirá un control y fiscalización más optimizado con la intervención directa de la OSCE, con la finalidad de lograr la eficiencia en la gestión por resultados.
 - Revisión de las solicitudes del área usuaria: para verificar la pertinencia de la contratación, su fin público y detectar contrataciones segmentadas o fraccionadas.

- Regulación simplificada: en atención a la valuación de las contrataciones que implica las de menor cuantía, si bien es necesaria una regulación, ésta debe ser congruente con el nivel económico de la contratación, sin que se llegue al excesivo formalismo, ni menos en la delegación de su control a las entidades, siendo oportuno el visto bueno de la OSCE, permitiendo con dicha regulación, una mejor dinamicidad de las contrataciones de menor cuantía, evitando desviaciones de corruptela, contribuyendo con el buen manejo del presupuesto público y la gestión pública.

Bibliografía

Alvarez Pedroza, A. (2009). *Comentario a la nueva ley y reglamento de Contrataciones del Estado*. Lima: Instituto pacífico.

Artavia, F. (2008). Decisiones Públicas, Beneficios Privados. Consideraciones teóricas en torno a la corrupción. *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica* .

Campos, C. (2007). Contratación Pública y Corrupción. Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa. *Revista de Ciencias Jurídicas* (112).

Cassagne, J. C. (1999). *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo.

Delpiazzo, C. E. (2005). *Contrao de obra publica y de concesion de obra publica*. Caracas : Fundacion de estudios en Derecho Administrativo - FUNEDA.

FERNANDEZ FERNANDEZ, C. A. (2009). *METODOLOGIA Y TECNICAS DE INVESTIGACION JURIDICA*. TRUJILLO: INVERSIONES GRAFICAS GYM.

Gorbaneff, Y., & Cabarcas, G. (2009). Equilibrio Económico y la Contratación Pública en Colombia. (U. d. Norte, Ed.) *Revista de Derecho* (31).

Guzman Napuri, C. (2015). *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ley de conciliacion, Ley N° 26872.

Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento . (2017). Lima: Jurista Editores .

Ley N° 30518, Ley del Presupuesto del Sector Publico para el Año fiscal 2017.

Martinez Zamora, M. (s.f.). Proveedores, Impedimentos y Tribunal de Contrataciones del Estado. Reflexiones sobre la posicion del TRIBUNAL Contrataciones del Estado respecto de quien puede y quien no puede ser proveedor del Estado. *Asociacion Civil & Sociedad* , p. 309.

Miranda, M. (2016). La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana. *Revista Verba Iuris* , 11 (35), 65-84.

Modelos de Mercado. (s.f.). Obtenido de www.ieslaasuncion.org/departamento/documento/apuntes.

Morales, M. (2009). Corrupción y democracia. América Latina en perspectiva comparada. *Gestión y Política Pública*, XVIII (2).

Morante Guerrero, L. E. (2013). *¿Como identificar el fraccionamiento en un proceso de contratacion estatal ?* Lima: Instituto Pacifico.

Moron Urbina, J. C. (2002). *El fraccionamiento ilicito en la contratacion administrativa*. Lima: Revista de Derecho de la Universidad de Lima.

Mujica, J. (2011). *Micropolíticas de la Corrupción. Redes de poder y corrupción en el palacio de justicia*. (A. N. Rectores, Ed.) Lima: Instituto de Estudios Universitarios.

Ordinola Talledo, G. I. (2015). *Propuesta de actualizacion de los factores de evaluacion en las contrataciones del Estado. Sostenibilidad ambiental como punto de partida*. Piura: Universidad de Piura.

OSCE. *Análisis Económico de las Contrataciones Públicas*. Lima: Organismo Supervisor de las contrataciones del Estado.

OSCE. (s.f.). <http://portal.osce.gob.pe/osce/node/337>. Obtenido de <http://portal.osce.gob.pe/osce/node/337>

OSCE. (2018). *Interpretacion Normativa en Contrataciones del Estado - Opinión 230-2017/DTN - Ley_Articulo 5. Supuestos excluidos del ambito de aplicacion sujetos a supervision*. Lima.

OSCE. (2018). OSCE. Obtenido de OSCE: <http://portal.osce.gob.pe/osce/>

Palacio Hincapié, J. (2009). Obtenido de La contratación administrativa en Colombia. Recuperado de <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/b./biblioteca/libro185/lib185-5.pdf>

Paredes Morales, L. (2018). *Manual de Contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta Juridica.

PUCP. (2017). Transparencia en la Ley de Contrataciones del Estado. *Facultad de Derecho de la Pontifica de la Universidad Catolica del Peru* .

Ramirez Irias, L. (2009). Acceso a la informacion publica: El principio es la publicidad y el secreto la excepción. *Instituto Centroamericano de administracion publica* .

RAMOS NUÑEZ, C. (2002). *COMO HACER UNA TESIS DE DERECHO*. LIMA: GACETA JURIDICA.

Retamozo Linares, A. (2014). *Manual de preguntas y respuestas de la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta jurídica.

Rezzoagli, B. A. (2005). *Corrupción y contratos públicos*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

Rose-Ackerman, S. (2001). *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo XXI.

Sentencia, Exp. N° 0020-2003 (Tribunal Constitucional 2003).

Torres Meza, Y. (2018). *Comentario a la Ley de Contrataciones del Estado Concordancia con su Reglamento*. Lima: Jurista Editores.

Zambrano Olivera, E. (2018). Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado. *Circulo de Drecho Administrativo* .

Zegarra, L. (1999). *Causas y consecuencias económicas de la corrupción: un análisis teórico y empírico*. Lima: Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico.

ANEXOS
ENTREVISTA

Nombre: _____

Cargo: _____

Fecha:

1. ¿Considera usted necesario la inclusión de las contrataciones menores a 8 UIT dentro de la Ley de Contrataciones del Estado? Sustente

2. ¿Cree que los dispositivos internos son suficientes para regular las contrataciones menores a 8 UIT?

3. ¿Considera que las contrataciones menores a 8 UIT vulneran el principio de transparencia?
