



FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“ANÁLISIS DE LAS CONTRATACIONES MENORES O IGUALES A LAS
8 UIT AL MARGEN DE LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL
ESTADO: PONDERACIÓN ENTRE EL DINAMISMO DE LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL DE CONTRATACIONES
ESTATALES”**

Tesis presentada por la Bachiller en Derecho:

MARÍA JULIA AZALGARA BEDOYA

Para optar el título profesional de Abogada

Asesor: Mg Juan Fernando Mendoza Banda

AREQUIPA, 2019

A mis padres, que siempre han sido un apoyo constante durante toda mi vida académica y profesional y me han dado, a través de su amor y ejemplo, las fuerzas y herramientas necesarias para conseguir los objetivos que he trazado en mi vida.

Contenido

RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I: FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	9
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	9
1.2. JUSTIFICACIÓN	10
1.3. OBJETIVOS	12
1.3.1. Objetivo General.....	12
1.3.2. Objetivos Específicos	12
1.4. HIPÓTESIS	12
1.5. METODOLOGÍA JURÍDICA.....	13
CAPITULO II: NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONTRATACIONES MENORES O IGUALES A 08 UIT AL MARGEN DE LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO	14
2.1. LA PERCEPCIÓN DEL VALOR PÚBLICO.....	14
2.2. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	15
2.2.1. Importancia de los principios en la contratación pública	15
2.2.2. Principio de Publicidad.....	17
2.2.3. Principio de Transparencia	17
2.2.4. Eficacia y Eficiencia.....	17
2.3. NORMAS QUE REGULAN LAS CONTRATACIONES MENORES O IGUALES A 08 UIT EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y DEFINEN SU NATURALEZA JURÍDICA	19
2.3.1. Normas que regulan las contrataciones públicas	19
2.3.2. Opiniones de la OSCE respecto a compras menores o iguales a 08 UIT	19
2.3.3. Naturaleza Jurídica de las compras menores o iguales a 08 UIT	22

CAPITULO III: ANALISIS DE LAS CAUSAS DEL AUMENTO DE 03 A 08 UIT DE CONTRATACIONES EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO	24
3.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY N° 30225, VIGENTE LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO	24
3.2. FINES QUE JUSTIFICAN EL AUMENTO DEL MONTO DE 03 A 08 UIT DE CONTRATACIONES EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN CON EL ESTADO	25
3.2.1. Aumentar la eficiencia de las compras publicas.....	25
3.2.2. Que las entidades públicas realicen una gestión por resultados	25
3.2.3. Dinamizar la gestión de las contrataciones públicas	26
3.2.4. Facilitar a las entidades públicas asumir gastos urgentes.....	26
3.2.5. Ayudar a las entidades públicas a utilizar todo su presupuesto.....	26
3.3. RESULTADOS ESPERADOS DEL AUMENTO DEL MONTO DE CONTRATACIONES FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO	27
CAPITULO IV: TIPOS DE RIESGO DE CORRUPCIÓN EN LAS CONTRATACIONES MENORES O IGUALES A 08 UIT EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO	29
4.1. NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL RIESGO DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO	29
4.2. RIESGO DE DIRECCIONAMIENTO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS MENORES O IGUALES A 08 UIT.....	32
4.3. RIESGO DE COTIZACIONES SOBREALORIZADAS DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS MENORES O IGUALES A 08 UIT	33
4.4. FORMAS DE MITIGAR LOS RIESGOS DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO A TRAVÉS DEL CONTROL DE LAS CONTRATACIONES ESTATALES	34

4.4.1. Las nuevas tecnologías de la información (nTIC) como alternativa en el control de las contrataciones públicas.....	35
4.4.2. Mejor regulación en las contrataciones públicas.....	37
4.4.3. Mejores estrategias de control de las compras públicas.....	38
4.4.4. Mecanismos de resolución de conflictos en contratación pública más eficientes: reflexión al respecto de la poca seguridad que ofrece la jurisdicción ordinaria.....	38
4.4.5. Implementación de mecanismos de contratación pública modernos.....	39
CAPITULO V: TEST DE PONDERACIÓN ENTRE EL DINAMISMO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL DE LAS CONTRATACIONES ESTATALES.....	42
5.1. EL VALOR PÚBLICO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO.....	42
5.2. APLICACIÓN DEL TEST DE PONDERACIÓN ENTRE EL DINAMISMO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL DE LAS CONTRATACIONES ESTATALES.....	43
5.3.1. Modelo complejo de toma de decisiones de tipo ponderativo enfocado desde una perspectiva sincrónica.....	43
a. Nuevo Caso C1.....	46
b. Universo del discurso.....	46
c. Identificación de pautas prima facie aplicables.....	46
d. Propiedades relevantes para resolver el caso y reglas aplicables.....	48
e. Test de ponderación.....	49
CONCLUSIONES.....	61
BIBLIOGRAFÍA.....	64
ANEXOS.....	70
a. Plan de tesis aprobado.....	70

RESUMEN

La presente investigación se contextualiza en el área de las contrataciones públicas, en específico en las compras menores o iguales a 08 UIT que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, cuyo fin es dinamizar las compras públicas. Es así que surge un gran problema con la desregulación de una parte importante de las compras públicas, que es su consecuente falta de control y por ende aumento de riesgo de corrupción.

Ante ello, a través de un test de ponderación enfocado a la toma de decisiones entre dos opciones de contenido jurídico, se pretende determinar que es más conveniente que sea reconocido en el sistema jurídico, si compras públicas más dinámicas, pero con mayor riesgo de corrupción producto de la desregulación o compras públicas menos rápidas, pero con menor riesgo de corrupción producto de la aplicación y seguridad que les da la ley.

INTRODUCCIÓN

Las diversas entidades del sector público nacional, a efectos de asegurar su funcionamiento y la prestación adecuada de servicios públicos a los ciudadanos del Perú, tienen constante necesidad de realizar compras de bienes y servicios. Dichas adquisiciones tienen como norma rectora vigente a la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado y sus modificatorias, la cual contempla diversas modalidades de contratación para el sector público, ello en base a los montos de las adquisiciones, la complejidad de lo requerido y sobre todo estableciendo diversos mecanismos de control para resguardar los recursos del Estado y asegurar la generación un mayor valor público.

Dicha norma señala que las contrataciones menores o iguales a ocho (8) unidades impositivas tributarias están excluidas de su ámbito de aplicación, siendo que fácticamente pasan a tener como marco normativo el Código Civil y a buena cuenta pueden ser consideradas compras entre privados, siendo una parte el Estado y la otra el proveedor, que por disposición normativa pueden ser supervisadas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE).

En el presente trabajo de investigación se analizará jurídicamente las contrataciones menores o iguales a las 8 UITs en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado, ponderando el dinamismo de la contratación pública, principal fin de la existencia de esta exclusión a la norma, con el control de las contrataciones estatales, el cual previene la producción de actos de corrupción en las compras de las diversas entidades públicas.

En cuanto al alcance de la investigación, este trabajo se enfoca específicamente en el inciso b) del numeral 5.1 del artículo 5° de la Ley de Contrataciones con el Estado, el cual señala que las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción, están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado. Siendo ello así, nos enfocamos en el análisis de los antecedentes de esta norma, el cumplimiento de sus fines, los posibles impactos negativos que tiene y las alternativas de solución ante dichos impactos negativos

En el capítulo I se abordará la formulación del problema de investigación, indicando el problema objeto de investigación, los objetivos planteados, la hipótesis formulada y la metodología jurídica que se utilizó para realizar esta investigación.

El desarrollo del capítulo II se centra en la determinación de la naturaleza jurídica de las contrataciones menores o iguales a 08 UIT que se encuentran al margen de la Ley de Contrataciones con el Estado, para ello analizando la norma respectiva y la jurisprudencia administrativa pertinente.

A través del capítulo III se analizan las causas del aumento del 03 a 08 UIT de contrataciones excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, siendo instrumento fundamental para ello la profundización en el contenido de la exposición de motivos de la Ley 30225 y el estudio de los fines que dicha norma busca.

El capítulo IV se enfoca en los riesgos de corrupción en las contrataciones menores o iguales a 08 UIT excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, haciendo un análisis de los principales tipos de corrupción que se presentan en estas compras y la manera de mitigarlos a través de los nuevos enfoques de estudio de las contrataciones con el estado, como la aplicación de las tecnologías de la información.

Finalmente, en el capítulo V se realiza la parte más importante de esta investigación, pues a través de un test de ponderación modelo complejo de toma de decisiones de tipo ponderativo enfocado desde una perspectiva sincrónica¹, modelo que se ajusta a los fines de esta investigación, se podrá decidir sobre una base metodológica entre que es preferible, si el dinamismo en las contrataciones públicas o su adecuado control que mitigue riesgos de corrupción.

¹J. SOTOMAYOR TRELLES, “El test de ponderación como un examen multicriterio: un análisis a partir de tres modelos ponderativos”, *Derecho & Sociedad*, N° 48, 2016, p. 73.

CAPITULO I: FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En el marco de las contrataciones públicas menores o iguales a 08 UIT excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, ¿Se debe preferir el dinamismo de la contratación pública o un adecuado control de las contrataciones estatales?

Actualmente la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, establece que las contrataciones menores o iguales a las 8 UIT están fuera del ámbito de aplicación de esta norma, lo cual genera diversas interrogantes respecto al adecuado tratamiento jurídico de estas contrataciones públicas y plantea fundadas dudas respecto a los impactos, tanto positivos como negativos, que dicha exclusión puede generar en la compleja dinámica de las contrataciones con el Estado en el Perú. Dicha problemática es aún más visible cuando el Decreto Legislativo N° 1017, el cual contenía la anterior Ley de Contrataciones del Estado no vigente a la fecha, recogía solo un monto de 3 UIT para contrataciones excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado.

La justificación de motivos de la norma recoge como principal fin del aumento de 03 a 08 UIT del monto de contrataciones excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado la búsqueda de un mayor dinamismo en las contrataciones estatales, de modo tal que se genere un impacto positivo en la economía peruana y las compras de bienes y servicios en el sector público sean ágiles, eficientes y bajo un enfoque de gestión por resultados. No obstante, pese a que se busca un efecto beneficioso en el intrincado aparato de contrataciones públicas, existen diversas desventajas claramente identificables, siendo la más evidente la disminución de control en las contrataciones excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, y la consecuente posible generación de mayores casos de corrupción por la ausencia de mecanismos de control adecuados y bases normativas generales que prevengan el mal uso de los recursos públicos y el aprovechamiento indebido de estos.

Este test de proporcionalidad consistiría en realizar una ponderación respecto a lo que es más importante, si las contrataciones menores o iguales a 8 UITs orientadas al sistema de “gestión por resultados” y a la dinamización de las compras públicas, cuyo bien jurídico es la administración pública, o la protección de la seguridad jurídica de estas compras a través de un adecuado control, otro bien jurídico que es un principio del derecho universalmente reconocido, porque implica la “certeza del derecho” tanto en el ámbito de su publicación como en su aplicación, y que significa “la seguridad de que se conoce o puede conocerse, lo prohibido, ordenado o permitido por el poder público”.

1.2.JUSTIFICACIÓN

a. Originalidad

Existen diversos estudios sobre la ley y reglamento de las contrataciones con el Estado. Distintos autores como Richard Martin Tirado, Moraga Klenner, Roberto Dromi y Cassagne describen en sus diversas publicaciones que la contratación pública viene evolucionando y por ello existen diversas perspectivas que requieren de un análisis e investigación sobre distintos aspectos controversiales.

Esta investigación toca un punto muy específico de la Ley de Contrataciones con el Estado sobre el cual no hay un estudio concreto, siendo ello así, se justifica la originalidad de este trabajo dada la innovación del objeto de estudio y ya que la problemática identificada no ha sido estudiada a profundidad con anterioridad.

b. Relevancia jurídica

El presente trabajo de investigación reviste una especial relevancia para el derecho, ya que las contrataciones públicas menores o iguales a las 8 UIT no tienen una regulación jurídica general y son una excepción a la aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, generando dudas sobre su naturaleza jurídica, las consecuencias que acarrea su aplicación y su real impacto en el complejo ámbito normativo de las contrataciones estatales.

Asimismo, producto de esta investigación pueden generarse nuevos criterios respecto a las contrataciones con el Estado, los cuales pueden ser adoptados por las diversas entidades públicas y los operadores jurídicos del sector de contrataciones con el Estado.

c. Relevancia Social

El ordenamiento jurídico nacional actúa de acuerdo a los principios de la Constitución, que tiene como fin supremo “la defensa de la persona humana y el respeto de la dignidad”.

Es decir, todas las acciones de las instituciones públicas y de los administrados cuentan con un respaldo jurídicamente posible, que es ejercer derecho sometiendo cualquier circunstancia y /o conflicto a las garantías constitucionales, con la finalidad de generar valor público para la Administración Pública en protección al respeto de la persona humana y su dignidad. Por ello, esta investigación es importante en el ámbito social, ya que busca la generación de un mayor valor público a través de la determinación de un mejor enfoque para abordar las consecuencias y problemáticas derivadas de la exclusión de las contrataciones menores o iguales a 8 UIT del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado.

d. Viabilidad

Dado que me desempeño en el área de contrataciones con el Estado de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), conozco al detalle la dinámica de las contrataciones públicas menores o iguales a 8 UIT, por lo tanto, he podido identificar fácilmente las diversas problemáticas derivadas de este mecanismo de contratación.

Asimismo, tengo acceso a información especializada respecto a contrataciones públicas, lo que me permitirá llevar a cabo con total satisfacción la presente investigación, ya que cuento con todas las herramientas necesarias para su desarrollo.

1.3.OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

Determinar si en el marco de las contrataciones públicas menores o iguales a 08 UIT excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado se debe preferir el dinamismo de la contratación pública o el adecuado control de las contrataciones estatales.

1.3.2. Objetivos Específicos

- a) Determinar la naturaleza jurídica de las contrataciones menores o iguales a 8 UIT excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado.
- b) Analizar las causas del aumento del monto de 03 a 08 UIT de contrataciones excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado.
- c) Identificar los tipos de riesgo de corrupción en las contrataciones menores o iguales a 08 UIT excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado.
- d) Realizar un test de ponderación entre el dinamismo de la contratación pública y el control de las contrataciones estatales.

1.4.HIPÓTESIS

En el marco de las contrataciones públicas menores o iguales a 08 UIT excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado se debe preferir un adecuado control de las contrataciones estatales frente al dinamismo de la contratación pública.

1.5.METODOLOGÍA JURÍDICA

La presente investigación tiene un alcance descriptivo, en tanto se procederá a describir el verdadero impacto de la exclusión de compras menores o iguales a 8 UIT del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, verificando si se cumplen los fines de dicha norma y analizando sus posibles efectos negativos, para posteriormente determinar en base a dicho análisis si es más importante el dinamismo de la contratación pública que un adecuado control de las contrataciones estatales.

Para el desarrollo de la investigación se utilizarán fuentes directas, las cuales tengan información original respecto a contrataciones con el Estado, entre las que se incluyen bibliografía especializada de vanguardia, papers de investigación y datos claves de la Contratación Estatal en Perú.

Finalmente se aplicará un test de ponderación como herramienta jurídica para determinar si se debe preferir el dinamismo en las contrataciones públicas o un adecuado control de las contrataciones con el Estado.

CAPITULO II: NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONTRATACIONES MENORES O IGUALES A 08 UIT AL MARGEN DE LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO

2.1. LA PERCEPCIÓN DEL VALOR PÚBLICO

La existencia del Estado tiene un fin principal, que es la satisfacción de las necesidades de todos los ciudadanos integrantes de este, en ese sentido, los intereses que persigue el Estado y por consiguiente todo el sector público, no son intereses propios, sino la suma de todos los intereses individuales, también conocido como interés público.

Este interés público solo puede ser satisfecho a través de la correcta actuación del Estado, siendo necesario para ello entonces crear valor público, que en término simples puede ser definido como “aquello que el público valora”². Dicho concepto, que es muy general no refleja la verdadera intención de este término dentro de la gestión pública, ya que al referirnos a valor público dentro del Estado se va un paso más allá, enfocándonos no solo a la satisfacción de necesidades públicas, sino a toda una gestión pública eficiente que permita dicho fin, creando este valor público a través de la optimización de los recursos del erario público, efectivizándolos en la compra de bienes, servicios y construcción de obras que realizadas de manera estructurada y con un propósito claro, permiten enfocar la función del Estado al bienestar de la población.

En ese sentido, una institución pública creará valor público no cuando simplemente satisfaga intereses de la población, lo cual le proporciona legitimidad, pero no la define, pues el verdadero sentido de la creación del valor público es darle a la población lo que verdaderamente necesita y que se verifique el cumplimiento de las metas públicas propuestas para ello, a través de la posibilidad de medición de la satisfacción social.

² R. BLAUG, *Capturing the public value of heritage: the proceedings of the London Conference*, English Heritage, Swindon, 2006, p. 23.

2.2. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.2.1. Importancia de los principios en la contratación pública

Los principios, desde una concepción del derecho romano, son una de las principales fuentes de interpretación jurídica existente, ya que son pautas rectoras que guían la aplicación de las normas y permiten al legislador fijar un marco normativo específico contextualizado y ordenado, al juez decidir con rectitud y bajo pautas ya claras y a los demás operarios jurídicos entender que el constructo normativo ha sido orientado en base principios que lo rigen.

En la contratación pública, así como en las demás ramas del derecho, también se han fijado principios rectores que orientan toda su actividad y tienen vital importancia para guiar una actividad tan importante para la consecución de objetivos sociales. “Debe insistirse en el decisivo papel que desarrollan hoy los principios generales de la contratación pública en la aplicación e interpretación del Derecho del contrato. Estos principios, son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales.”³

Es así que los principios que rigen la contratación pública han sido reconocidos como de vital importancia para un sistema jurídico de contratación pública ordenado y orientado a la consecución de valor público, siendo así que “los principios generales de la contratación pública se presentan como un necesario elemento unificador que aporta claridad y seguridad jurídica.”⁴

“En la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos públicos, tanto a nivel nacional como internacional, los principios generales desarrollan en la actualidad un papel

³J. ARRÍEN SOMARRIBA, “Análisis, Interrogantes y Recomendaciones sobre la Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público de Nicaragua”, *Revista de Derecho*, Vol. 17, 2014, p. 80.

⁴J. MORENO MOLINA, *et alii*, *El Derecho de la Unión Europea en Materia de Contratos Públicos*, OSCE, Lima, 2015.

muy relevante. Estos principios, basados en reglas de naturaleza constitucional como la igualdad, son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación.”⁵

En nuestro país, dichos principios se encuentran contenidos en el artículo 2° de la Ley N° 30225, vigente Ley de Contrataciones con el Estado⁶, su reglamento⁷, y sus modificatorias⁸, y son los siguientes:

- a) Libertad de Concurrencia.
- b) Igualdad de trato.
- c) Transparencia.
- d) Publicidad.
- e) Competencia.
- f) Eficacia y Eficiencia.
- g) Vigencia Tecnológica.
- h) Sostenibilidad ambiental y social.
- i) Equidad.

Excede por mucho los fines de esta investigación analizar la totalidad de los principios, por lo cual nos centraremos en los principios más relevantes para la dinamización de las compras públicas y el control de dichas compras.

⁵J. MORENO MOLINA, “Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina, *Derecho & Sociedad*, N° 44, 2015, p. 56.

⁶Congreso de la República del Perú, Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, Perú, entrado en vigencia desde el 09 de enero de 2016.

⁷Congreso de la República del Perú, Reglamento de las contrataciones con el Estado, Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Perú, entrado en vigencia desde 09 de enero de 2016.

⁸Congreso de la República del Perú, Decreto Legislativo N°1444, Perú, entrado en vigencia desde 16 de setiembre del 2018.

2.2.2. Principio de Publicidad

Uno de los principios esenciales para la lucha contra la corrupción es el principio de publicidad.

“La publicidad de las actuaciones públicas está bastante aclimatada, y se puede decir que el contenido de este principio se edificó a partir de los cambios institucionales y políticos causados por las revoluciones del último cuarto del siglo XVIII. Entonces, por principio de publicidad se entiende generalmente que ninguna autoridad puede tomar decisiones secretas, y que el procedimiento para su adopción debe ser conocido por la ciudadanía y por los posibles afectados. De estas primeras ideas se desprenden las reglas que ordenan que los debates legislativos sean públicos, lo mismo que las actuaciones administrativas y gubernamentales y, en fin, las múltiples garantías del proceso judicial que se engloban bajo el nombre de principio de publicidad.”⁹

Es así, que para las contrataciones públicas este principio tiene una importancia fundamental, pues somete al escrutinio público todo acto de contratación pública, de modo tal que pone bajo el ojo vigilante de la ciudadanía estos actos administrativos, lo cual genera un efecto positivo disuasorio ante actos de corrupción y posibilidad una mejor supervisión y mayor control de las compras públicas.

2.2.3. Principio de Transparencia

Este principio conmina a todas las entidades públicas que efectúen contrataciones con el Estado a que faciliten el acceso a la información de las contrataciones y la proporcionen, de modo tal que se garantice un debido proceso de compras públicas, libre de secretismos y menos expuesto a actos de corrupción.

2.2.4. Eficacia y Eficiencia

A través de este principio se da primacía a una gestión basada en resultados por parte de las Entidades Públicas, ello a través de una gestión orientada al cumplimiento de los fines

⁹C. CASTRO, L. GARCÍA Y J. MARTÍNEZ, *La Contratación Estatal: Teoría General*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 18.

para los cuales fue creada la entidad pública, y la razonable consecución de sus objetivos y metas. Asimismo, tiene un enfoque simplificador, ya que da prioridad a lo sustancial sobre lo formal, de modo tal que se coadyuve a la creación de valor pública y adecuada satisfacción de intereses públicos.

Este principio preconiza que “toda la contratación pública de bienes y servicios, incluidas las obras, debe basarse en la relación calidad-precio, teniendo debidamente en cuenta la propiedad y la regularidad.

La relación calidad-precio no se trata de lograr el precio inicial más bajo: se define como la combinación óptima de costos y calidad de vida entera. Los bienes y servicios deben ser adquiridos por la competencia a menos que existan razones convincentes de lo contrario. La forma de competencia debe ser apropiada para el valor y la complejidad de las adquisiciones y se deben eliminar las barreras para la participación de los proveedores.”¹⁰ En ese sentido, podríamos entender a la eficiencia dentro de la contratación pública como la máxima optimización de los recursos públicos, ello a efectos de ejecutar en las mejores condiciones las diversas compras de bienes, servicios y construcción de obras, ya que el dinero utilizado para esos fines es el dinero de todos, y al ser un bien común, su utilización debe darse en el máximo marco de racionalidad y aprovechamiento.

“La mejora de la eficiencia de las contrataciones estatales, como proceso administrativo, es parte de los lineamientos de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública del Estado Peruano al 2021 y a su vez son parte de las políticas que debe adoptar el Perú para postular a ser miembro de la OCDE, por tanto, las mejoras que se proponen deben desarrollarse al nivel de una política pública y/o nacional.”¹¹ Siendo ello así, este principio cobra vital importancia en nuestro país de cara al futuro y a la consecución de objetivos de índole estatal como la de formar parte de la OCDE, por ello, si bien su presencia es

¹⁰ J. BOURN, *ET alii*, *Getting Value for Money from Procurement: How Auditors can help*, National Audit Office of Britain, London, 2001, p. 4.

¹¹T. DOMINGUEZ PECHE, *et alii*, *Análisis Descriptivo de la Problemática de las Contrataciones Estatales en el Marco del Sistema de Abastecimiento Público*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2015, 129.

implícita dentro de la actividad pública, su reconocimiento en la ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, es necesaria para enfocar una gestión pública con principios expresos que guíen su actuación.

2.3. NORMAS QUE REGULAN LAS CONTRATACIONES MENORES O IGUALES A 08 UIT EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y DEFINEN SU NATURALEZA JURÍDICA

2.3.1. Normas que regulan las contrataciones públicas

Hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, en el Perú estaba vigente el D.L. N° 1017¹², antigua Ley de Contrataciones con el Estado. Dicha ley fijada como monto fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado el monto de 03 UIT, no fue hasta con la entrada en vigencia de la vigente Ley de Contrataciones con el Estado que este monto fue aumentado a 08 UIT.

Como es de esperar, si una contratación pública no está regulada por la Ley de Contrataciones con el Estado, debe estar regulada por algún tipo de norma o base normativa.

2.3.2. Opiniones de la OSCE respecto a compras menores o iguales a 08 UIT

A efectos de dilucidar esta controversia, ha habido diversos pronunciamientos del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE), algunos de los cuales se analizarán a continuación:

-En la Opinión N° 074-2018/DTN, el OSCE señala que “si el monto de una contratación es igual o inferior a ocho (8) UIT la misma se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la

¹²Congreso de la República del Perú, Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones con el Estado, Perú, entrado en vigencia desde 01 de febrero de 2009.

normativa de contrataciones del Estado, quedando bajo la supervisión del OSCE en los aspectos referidos a la configuración del supuesto excluido de ámbito de aplicación.”¹³

Este pronunciamiento deja en claro el supuesto exclusión de la aplicación de la Ley DE Contrataciones con el Estado en Compras menores o iguales a 08 UIT, no obstante, hace la salvedad que pese a la inaplicabilidad de la Ley para estas compras, si quedan bajo la supervisión del OSCE, y por lo tanto se entiende que no pueden ser compras libres de cualquier regulación y a simple discreción de las entidades públicas.

-A través de la opinión N°230-2017/DTN, el OSCE se pronuncia de acuerdo a lo siguiente: “Como puede advertirse, el supuesto de exclusión citado está dado en función del monto de la contratación; es decir, sin importar el objeto de la contratación, si el monto de la misma es igual o inferior a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) dicha contratación se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, quedando bajo la supervisión del OSCE únicamente en los aspectos referidos a la configuración del supuesto excluido de ámbito de aplicación. Asimismo, debe señalarse que si bien las contrataciones cuyos montos son iguales o inferiores a 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. En consecuencia, las Entidades pueden implementar mecanismos similares a los establecidos en la normativa de contrataciones del Estado.”¹⁴

¹³Seminario Zavala, Patricia, Opinión N°047-2018/DTN, Disponible en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2018/047-18%20-%20CONSORCIO%20DE%20MEDIOS%20LOCALES.doc> Consulta 21 de setiembre del 2017.

¹⁴Seminario Zavala, Patricia, Opinión N°230-2017/DTN, Disponible en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2017/230-17%20-%20SERV.ADM.TRIB.TRUJILLO%20-%20SATT.docx> Consulta 21 de setiembre del 2017.

Esta opinión de la OSCE reafirma que las compras menores o iguales a 08 UIT están fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, pero a diferencia de la opinión anterior, deja en claro que estas compras no están completamente desreguladas, sino que se rigen por parámetros internos que la misma entidad pública puede fijar, los mismos que deben estar alineados con los principios de contratación pública. Es necesario mencionar que estos parámetros se han efectivizado en las conocidas directivas para compras menores o iguales a 08 UIT que se han elaborado en diversas entidades del sector público, no obstante, aún existen muchas otras que no las han implementado.

Dicha aclaración es razonable, ya que, pese a que estas compras por montos menores o iguales a 08 UIT están fuera del alcance de la Ley de Contratación con el Estado, siguen en el fondo siendo contrataciones públicas ya que una de las partes intervinientes es justamente una entidad pública que opera con recursos públicos y busca de la consecución de sus fines, que en última instancia son satisfacer el interés público a través de la creación de valor público.

Finalmente, esta opinión hace una precisión importante al señalar que las entidades públicas pueden optar por implementar mecanismos similares a los establecidos en la normativa de contrataciones con el Estado. Esto se puede entender de las siguientes maneras: i) Al ser optativo, no hay obligación legal expresa para que las entidades públicas implementen mecanismos para regular las compras menores o iguales a 08 UIT, efectivizados como directivas para compras menores o iguales a 08 UIT ii) De hacerse directivas que regulen las compras menores o iguales a 08 UIT en las entidades públicas, no hay obligación para entidades de tener un contenido uniforme en dichas directivas, o lo que es lo mismo, pueden hacerla de acuerdo a su criterio y necesidades institucionales y iii) Al señalar como posibilidad para las entidades públicas de implementar mecanismos similares a los establecidos en la normativa de contrataciones con el Estado para regular las compras menores o iguales a 08 UIT, abren la puerta de que estas entidades decidan simplemente que se aplique la Ley de Contrataciones con el Estado a estas compras, lo cual iría en contra del sentido y finalidad de esta exclusión.

-La Opinión N° 230-2017/DTN, señala que: “De las normas citadas, se advierte que las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a las 8 UIT no se encuentran totalmente excluidas del ámbito de aplicación de la Ley y el Reglamento. En efecto, les son aplicables cuando menos tres (3) aspectos del marco normativo de las contrataciones públicas: **i)** Siempre están sujetos a supervisión por parte el OSCE, **ii)** se encuentran sujetas a los impedimentos para ser postores, participantes y/o contratistas y **(iii)** están sujetas al régimen de infracciones y sanciones, cuando corresponda.”¹⁵

Esta opinión, luego de un análisis de la norma, concluye que la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado para las compras menores o iguales a 08 UIT no es definitiva y en todos sus extremos, pues aún hay puntos específicos de la norma que le alcanzan, ello debido a que como ya señalamos, al fin y al cabo, estas compras son compras públicas.

Pese a que estos pronunciamientos de la OSCE abordan las contrataciones menores o iguales a 08 UIT y su tratamiento normativo, no se observa que digan explícitamente cuál es su norma aplicable si no lo es la Ley de Contrataciones con el Estado.

2.3.3. Naturaleza Jurídica de las compras menores o iguales a 08 UIT

Ya que no hay norma expresa que regule a las compras públicas menores o iguales a 08 UIT, el acuerdo a interpretación de la Ley de Contrataciones con el Estado y según la doctrina y especialistas sobre el tema¹⁶, se ha concluido que estas compras de manera supletoria, se rigen por lo estipulado en el código civil peruano y por lo tanto serían contratos privados, con la característica que una de las partes es una entidad pública.

¹⁵Seminario Zavala, Patricia, Opinión N°230-2017/DTN, Disponible en: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2017/075-17%20-%20OSINERGMIN%20-%20NULIDAD%20OF.CONTRATOS%20MONTOS%20IGUAL%20O%20INFERIOR%20A%208%20UIT.docx>Consulta 21 de setiembre del 2017.

¹⁶ C. RIVERA, video de capacitación OSCE, 06 de abril de 2016, Perú. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=_Q2QSbu9r0s&t=607s

Al respecto
“cabe aclarar que los contratos del Estado se rigen por distintos regímenes jurídicos en los diferentes ordenamientos domésticos. Efectivamente, en unos países, por influencia del Derecho francés, se admite la figura del contrato administrativo, con la que se definen los contratos más frecuentemente celebrados por sus Administraciones (obras, suministros y servicios públicos) y cuya regulación se entiende objeto del Derecho administrativo sustantivo (sistema jurídico administrativo continental); mientras que en la mayoría de los otros ordenamientos, los contratos que celebran las Administraciones públicas se consideran contratos privados sujetos a las normas comunes del Derecho civil y mercantil (sistema jurídico-administrativo de inspiración anglosajona)”¹⁷

En el caso del Perú, se optó por fijar como regla general a los contratos celebrados por el Estado en cuanto a compras públicas como contratos públicos regulados por la Ley de Contrataciones con el Estado, siendo la excepción esta figura de las compras menores o iguales a 08 UIT, que como ya se mencionó, son compras de naturaleza civil y por lo tanto contratos entre privados.

¹⁷B. REZZOAGLI, “Contratos Públicos y Mercado Global: Un abordaje desde el derecho administrativo del siglo XXI”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 6, N° 1, p. 30.

CAPITULO III: ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DEL AUMENTO DE 03 A 08 UIT DE CONTRATACIONES EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO

3.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY N° 30225, VIGENTE LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO

La Ley N° 30225, vigente Ley de Contrataciones con el Estado, reemplazó a la antigua ley, el D.L. N° 1017. Al momento de plantear el proyecto de la nueva norma, a través de su correspondiente exposición de motivos se argumentaron las diversas razones que buscaba esta reforma.

“Dentro de las razones que han inspirado la reforma, se encontraría la necesidad de dejar de lado la visión de las contrataciones públicas como una actividad regulada y controlista, centrada en el proceso y en la verificación del cumplimiento de pasos formales.”¹⁸ En ese sentido, se buscó principalmente dinamizar la contratación pública, volviéndola más ágil, de modo tal que se pueda comprar más y de forma más eficiente, para ello valiéndose de un sistema de gestión por resultados, en el que se fomentara la efectiva realización del presupuesto público de las diversas entidades, ya que es conocido que en la mayoría de casos, las entidades públicas devuelven el presupuesto que se les asignó por su incapacidad de utilizarlo en compras de bienes o servicios o construcción de obras que benefician a los administrados.

Esta reforma se dio con la finalidad de mejorar un sistema de contratación pública que no daba resultados, no obstante, el legislador no tomo en cuenta que “es cierto que existen diversos problemas en materia de contrataciones públicas, sin embargo, estos no serán resueltos sólo con la promulgación de normas y/o la imposición de sanciones.”¹⁹ El

¹⁸W. PEDRESCHI GARCÉS, “Aproximaciones al Régimen de Contratación Directa en la Nueva Ley de Contrataciones Del Estado”, *Derecho & Sociedad*, N° 44, 2015, pp. 164.

¹⁹A. RUIZ SÁNCHEZ, *et alii*, “Consideraciones en Torno a la Responsabilidad de los Participantes, Postores y Contratista en Contrataciones con el Estado”, *Derecho & Sociedad*, N° 44, 2015, p. 389.

problema de la contratación pública en el Perú se debe, entre otros motivos, a la falta de institucionalidad en el sector público, y por ende, la falta de compromiso de los servidores y funcionarios públicos, pues al final, quienes son ineficientes son las personas, la ineficiencia de una entidad pública es consecuencia de la ineficiencia de sus integrantes.

3.2. FINES QUE JUSTIFICAN EL AUMENTO DEL MONTO DE 03 A 08 UIT DE CONTRATACIONES EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN CON EL ESTADO

“El cumplimiento de los fines estatales tiene que ver con la ejecución mediante la contratación pública de un plan de gobierno convertido en plan de desarrollo ya sea a nivel nacional o territorial.”²⁰ Es así, que los principales fines que de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley N° 30225, vigente Ley de Contrataciones con el Estado, se han perseguido con este aumento en el monto de contrataciones públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, son los siguientes:

3.2.1. Aumentar la eficiencia de las compras públicas

Ello a través de mecanismos de contratación pública más directos que permitan compras más rápidas, y por lo tanto permitan a las entidades públicas comprar y mejor. Asimismo, rescata la importancia de hacer compras que den la mayor satisfacción o el valor público, al menor costo posible.

3.2.2. Que las entidades públicas realicen una gestión por resultados

Ello al plantear metas y objetivos institucionales claros que deben ser efectivizados a través del uso del presupuesto asignado a las entidades públicas, lo cual se facilita

²⁰J. OCAÑA IBARRA, *Análisis Crítico de la Ley de Contratación*. Universidad de Nariño, San Juan del Pasto, Colombia, 2014, p. 20.

al haber compras que no requieren el cumplimiento de estrictos requisitos y el paso de diversos controles.

3.2.3. Dinamizar la gestión de las contrataciones públicas

Este fin engloba dentro de sí a la eficiencia, pues busca que se generen compras más rápidas prescindiendo de formalismos innecesarios que las retrasan. Asimismo, busca que se compren más bienes y servicios, de modo tal que esta dinamización en las compras públicas, expresada con la mayor rotación y efectivización de gasto público, tenga también un efecto en la dinamización de la economía peruana, al buscar que esta se mueva más.

3.2.4. Facilitar a las entidades públicas asumir gastos urgentes

A través de las compras menores o iguales a 08 UIT, dado que no están dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, se posibilita que las entidades públicas puedan adquirir bienes y servicios de manera muy rápida en casos de emergencia o expresa necesidad.

3.2.5. Ayudar a las entidades públicas a utilizar todo su presupuesto

Ya que, con esta excepción a la aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, compras hasta los S/ 33,200 no son reguladas, hasta ese monto las entidades pueden comprar sin mayores restricciones, por lo tanto, volviéndose más fácil la adquisición de bienes y servicios, lo que busca motivar a que se gaste todo el presupuesto asignado y no se tenga que devolver saldos, que son reflejo de una pobre capacidad de gestión pública en base a resultados.

Un punto interesante respecto a este fin de la reforma normativa, es que de acuerdo a expertos economistas, “el presupuesto público sin ejecutar llega al sector privado como obligaciones del sector público al sistema financiero, se presta y da empleo

mucho mejor”²¹, por lo tanto se puede decir que estos recursos sin utilizar por motivo de la falta de eficiencia en el gasto público, no representarían un efecto tan perjudicial como comúnmente se señala, pues al regresar el Estado pueden ser dirigidos a otros fines que les den un mejor uso, como el señalado líneas arriba, que genera un movimiento importante en la economía.

3.3. RESULTADOS ESPERADOS DEL AUMENTO DEL MONTO DE CONTRATACIONES FUERA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO

En la exposición de motivos de la Ley N° 30225, no se hace una mención concreta ni en base a datos objetivos de los impactos esperados del aumento de 03 a 08 UIT de compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, no obstante, si se deja claro que el principal motivo de ello es la dinamización de las compras públicas, lo cual debería generar un efecto dinamizador de la economía peruana, el cual a la fecha no ha sido medido por ningún estudio.

Siendo ello así, no hay herramientas suficientes que permitan una adecuada evaluación de los impactos de esta reforma normativa. Es importante tener en cuenta que “la evaluación periódica del funcionamiento del sistema de contrataciones públicas se convierte así en una necesidad, a fin de orientar las mejoras o cambios necesarios al sistema, para generar condiciones que faciliten el crecimiento económico y el bienestar social.”²² No obstante ello, esta evaluación se realiza para las contrataciones públicas dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, siendo que las compras menores a 08 UIT, por tener una naturaleza civil, se ven relegadas de estudios y autodiagnósticos,

²¹C. ADRIANZÉN, Decano de la Facultad de Economía de la UPC, entrevista, Gestión, 14 de noviembre de 2013. Disponible en: <<https://gestion.pe/economia/carlos-adrianzen-presupuesto-publico-ejecutar-llega-sector-privado-mejor-gastado-52864>>.

²²MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS Y ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO, *Diagnóstico del Sistema de Adquisiciones Públicas del Perú*, MEF y OSCE, Lima, 2016, p. 5.

dejando a la deriva la transparencia y publicidad respecto a este tipo de contrataciones públicas, y por lo tanto generando un estado de incertidumbre respecto a su real situación.

CAPITULO IV: TIPOS DE RIESGO DE CORRUPCIÓN EN LAS CONTRATACIONES MENORES O IGUALES A 08 UIT EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO

4.1. NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL RIESGO DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

Conforme han ido cambiando los tiempos, la corrupción, un mal enraizado en la sociedad, se ha ido adaptando de modo tal que sea cada vez más difícil detectarla y prevenirla. Este fenómeno está presente tanto en el sector público como en el sector privado, pero cuando actúa en el sector público su daño es aún mayor, pues no solo afecta intereses patrimoniales de personas en específico, sino que alcanza a afectarnos a todos, pues malversa recursos que provienen de toda la ciudadanía y cuyo fin ideal debería ser generar valor pública y satisfacción de las necesidades de la población, no trasgiversarse para favorecer a unos pocos en desmedro de muchos.

“La corrupción sigue siendo uno de los principales problemas del Estado de derecho en el siglo XXI. Su incidencia reduce la eficacia de la inversión, aumenta el valor de los bienes y servicios, reduce la competitividad de las empresas, vulnera la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico y, sobre todo, condena a la miseria a quienes deben ser destinatarios de las políticas públicas. Sin embargo, la lucha que han realizado muchos gobiernos y funcionarios judiciales contra este fenómeno ha modificado sus formas de aparición, pues es cada vez menos frecuente la apropiación directa de los caudales públicos o la entrega de sobornos a los funcionarios, y se prefieren métodos mucho más sutiles como los sobre costos, la subcontratación masiva o la constitución de complicadas sociedades, en las cuales tienen participación los funcionarios públicos o sus familiares.”²³

²³C. CASTRO, *Corrupción y Delitos contra la Administración Pública: Especial Referencia a los Delitos Cometidos en la Contratación*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 21.

La lucha para mitigar los riesgos de corrupción ha sido estudiada con amplitud, en muchos casos extrapolando conceptos del sector privado al sector público. Uno de los enfoques más interesantes, que tiene validez hasta nuestros días y de hecho es ampliamente utilizado por auditores privados y gubernamentales para mitigar el riesgo de corrupción es el Triángulo del Fraude²⁴ ideado por Donald. R. Cressey, el cual señala que, para cometer actos de corrupción, hay tres motivos fundamentales que, de no tener estricta vigilancia, son fuente de generación de riesgos de corrupción:

a) Oportunidad

Se refiere a que mientras mayores oportunidades tenga la persona de cometer actos de corrupción, es mucho más probable que los cometa. Ante ello, la estrategia más eficaz es el control y estricta supervisión, que genere un ambiente disuasorio a los actos de corrupción y evite la generación de riesgos de corrupción a través de la percepción de riesgo, pues mientras más controlado está alguien, más posible es que lo atrapen y por lo tanto menor el incentivo para cometer actos de corrupción.

En el sector público, esta “oportunidad” se configura cuando muchas funciones recaen en una sola persona o cuando solo una persona asume mucho control de las actividades y no tiene supervisión.

b) Presión

Se configura cuando por motivo de metas institucionales, deudas o similares, las personas son obligadas a generar una producción mayor y cuentan con la presión de ello constantemente, lo que las hace vulnerables a caer en actos de corrupción.

Esto se configura en un riesgo de corrupción en el sector público cuando, por ejemplo, la entidad pública establece cuotas de recaudación tributaria, número de casos resueltos al mes, u otras metas institucionales similares, la cual presionan al

²⁴ D. CRESSEY, “The prison: Studies in Institutional Organization and Change”, *American Journal of Sociology*, Vol. 67, N° 5, 1962.

trabajador público a recurrir a métodos fuera de lo legal para conseguirlos, por lo tanto, exponiéndolos al riesgo de corrupción por motivo de una amenaza a su puesto, ascenso, estabilidad laboral, etc.

c) Razonamiento

Se refiere al fuero interno de la persona en el entendido que cada uno es un mundo completamente distinto, tiene valores y principios distintos y por lo tanto la forma de pensar y actuar es variable en cada individuo, y asimismo lo será su propensión a la corrupción.

Este riesgo se configura en el sector público cuando personas que no tienen valores y principios sólidos entran a formar parte de una entidad pública, y en el momento que tengan alguna oportunidad o presión que les lleve a cometer algún acto de corrupción, será más probable que lo hagan.

El aporte de la teoría del triángulo del fraude es que se enfoca más en las personas que en las entidades al momento de analizar los actos de corrupción, por ello es necesario entender que

“cuando las entidades contratan un bien, un servicio o la ejecución de una obra, no solo está de por medio la satisfacción de una necesidad propia de la Entidad, sino que existe un fin mayor que trasciende a la compra; este fin lo constituye la finalidad pública, y por medio de ella el Estado, a través de las entidades, busca satisfacer las necesidades de la sociedad. Sin embargo, nuestro marco normativo en materia de contratación pública ha privilegiado la formalidad y, por lo general, se ha regulado pensando en la manera de evitar que se cometan irregularidades por parte de los actores que intervienen, haciendo que la norma sea cada vez más rígida y restrictiva, olvidando que el factor principal de la corrupción no es la norma, sino las personas. La corrupción no es torpe, cuenta con recursos, está bien asesorada y por lo general se adecúa a los procedimientos normativos. Por ello, cualquier esfuerzo por

combatir la corrupción desde el punto de vista estrictamente normativo siempre va a ser insuficiente.”²⁵

También se pueden analizar la corrupción y los riesgos de su producción, desde un enfoque de la organización en la cual se puede producir. Este análisis recoge muchos de los elementos del triángulo del fraude, siendo así que “el marco de análisis institucional de la corrupción contiene tres elementos que se pueden aplicar para evaluar diferentes instituciones: las oportunidades para la corrupción; los incentivos para controlar la corrupción potencial; y las capacidades de controlar la corrupción potencial. Estos elementos se encuentran obviamente relacionados, dado que se asume, por ejemplo, que las oportunidades se reducen si se incrementan los incentivos y las capacidades de control.”²⁶

4.2. RIESGO DE DIRECCIONAMIENTO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS MENORES O IGUALES A 08 UIT

En las entidades públicas es muy conocido que hay casos de direccionamiento, a través de los cuales el operario logístico, área usuaria o encargado de la contratación pública, orienta las acciones del proceso contratación de modo tal que quien sea ganador del proceso sea una persona elegida previamente, por intereses particulares, favores, u otros que generen interés en su selección.

En las compras menores o iguales a 08 UIT el riesgo de direccionamiento se puede configurar con mucha más frecuencia, ya que, al estar menos reguladas estas compras, es mucho más sencillo que el encargo de realizarlas elija a la persona o empresa que realizará el servicio o venderá el bien a la entidad pública.

²⁵S. HERNÁNDEZ DIEZ, “Apuntes Sobre la Reforma en Materia de Contratación Pública”, *Derecho & Sociedad*, N° 44, 2015, pp. 100.

²⁶G. ROZENWURCEL, *et alii*, *Compras Públicas en América Latina y el Caribe: Diagnóstico y Desafíos*, Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires, 2012, p. 74.

Este fenómeno se evidencia con las constantes compras de bienes y servicios a los mismos proveedores durante años, sin que ello se pueda cuestionar, ya que se cumplen las laxas directivas internas de las entidades públicas que regulan estas compras menores o iguales a 08 UIT.

Como se ha señalado líneas arriba, las contrataciones públicas menores o iguales a 08 UIT, pese a estar fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, si están sujetas a la fiscalización del OSCE. “Al respecto, la Directiva N° 004-2017-OSCE/CD *"Acciones de Supervisión a pedido de parte"* que regula las acciones de supervisión efectuadas por el OSCE a pedido de cualquier proveedor, contempla dentro de sus procedimientos, uno denominado "Dictamen sobre supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley sujetos a supervisión", el mismo que se encuentra incluido en el numeral 8.5 de dicha Directiva.

Así, sin perjuicio de las acciones de oficio del OSCE destinadas a la supervisión, cualquier proveedor o tercero recurrente está en la posibilidad de formular cuestionamientos cuando considere que una Entidad ha incurrido en un supuesto de evasión de la aplicación de la Ley, al no haberse configurado el supuesto de exclusión invocado.²⁷

4.3. RIESGO DE COTIZACIONES SOBREALORIZADAS DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS MENORES O IGUALES A 08 UIT

Este riesgo se configura cuando por intereses personales, económicos o de otra índole, se adquiere un bien o servicio cuyo valor está por encima del valor de mercado o se aumenta el valor referencial de la compra con ese fin, generando ello un detrimento económico a la entidad pública que lo adquiere.

²⁷ Patricia Seminario Zavala, Opinión N° 074-2018/DTN. Disponible en: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2018/047-18%20%20CONSORCIO%20DE%20MEDIOS%20LOCALES.doc.> Consultado el 17 de abril de 2018.

Este riesgo tiene mayor incidencia en las compras menores o iguales a 08 UIT ya que, si no hubiera dentro de la directiva interna de la entidad pública alguna disposición para fijar valores referenciales, fácilmente se podrían adquirir bienes o servicios cuyo costo sea mayor al de mercado, beneficiando entonces indebidamente al proveedor, incluso a cambio de retribuciones económicas, favores u otras ventajas personales para el funcionario o servidor pública que los favoreció.

4.4. FORMAS DE MITIGAR LOS RIESGOS DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO A TRAVÉS DEL CONTROL DE LAS CONTRATACIONES ESTATALES

“El objetivo de los grupos de contratación pública debe ser la compra de bienes, servicios, así como la contratación de obras pública en la forma más efectiva, a un número suficiente de proveedores que compitan activa y realmente para ofrecer aquello que se demande. Para lograr este objetivo es necesario contar con lo siguiente: leyes y reglamentos adecuados; prácticas de contratación claras y lógicas; y funcionarios responsables de la contratación pública que cuenten con la formación pertinente y conozcan y sigan las leyes, los reglamentos y las prácticas establecidas. Asimismo, los empleados responsables de la contratación pública deben estar conscientes de que algunos proveedores participan en licitaciones fraudulentas y otros acuerdos de colusión con la intención de frustrar los procesos competitivos de contratación pública en su propio beneficio, contraviniendo los intereses de los grupos de contratación pública y de los contribuyentes. Para afrontar este hecho, es necesario que los funcionarios encargados de la contratación pública conozcan las distintas formas que adopta la colusión en los procedimientos de licitación para detectarla y evitarla.”²⁸

Como se ha señalado en el párrafo anterior, la contratación pública reviste una gran importancia para todo Estado, no obstante, para conseguir sus fines se requirieren ciertos

²⁸I. NIELSEN-JONES, *et alii*, *Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en México*, OCDE, México D.F., 2012, p. 24.

elementos que coadyuven a ello, pero que también mitiguen los riesgos de actividades ilegales dentro ellas, configuradas como actos de corrupción en la contratación estatal.

En esta parte de la investigación se abordaran algunas alternativas para mitigar los riesgos de corrupción en las compras públicas.

4.4.1. Las nuevas tecnologías de la información (nTIC) como alternativa en el control de las contrataciones públicas.

“Lo que hoy en día se concibe como contratación pública por medios electrónicos es la aspiración de modernizar la administración pública en relación con sus adquisiciones, que empieza por generar canales y formas de comunicación entre el ciudadano-empresario y los gobiernos y sus entidades públicas, usualmente a través de la Internet, con el objeto de poner a disposición de la comunidad la mayor cantidad de información sobre contratación pública y que transita paulatinamente hacia etapas más complejas que permiten que las partes del contrato (y la comunidad en general) interactúen por medios remotos de comunicación para finalmente poder, en una etapa más avanzada, celebrar la transacción de forma segura.

Ese largo proceso de reingeniería de la contratación pública hace parte del proyecto de Gobierno Electrónico que se implemente en cada país. Los beneficios que el gobierno electrónico genera para la comunidad se vierten también a los usuarios del sistema de contratación pública. La contratación Pública por medios electrónicos, es una matización del gobierno electrónico, que como se dijo, tiene como una de sus expresiones al G2B (Gobierno-Empresa) a través de la cual se promueve la explotación de la interoperabilidad de las tecnologías de la información para añadir valor a la relación entre el gobierno y las empresas.”²⁹

²⁹G. SUAREZ BELTRAN, *et alii*, *Manual de contratación pública electrónica para América Latina: Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2007, p. 28.

“En este sentido, la utilización de tecnologías de la información para la lucha contra la corrupción ha demostrado buenos resultados en agencias estatales de varios países y de estas experiencias son dignos de considerar los siguientes aspectos positivos:

Se reducen intervenciones innecesarias que generalmente producen abuso de poder por parte de empleados públicos.

Se puede monitorear el desarrollo de las funciones de empleados públicos a un bajo costo.

Se coadyuva a promover la transparencia a través de la provisión de información al público en general.

Se adquiere mayor fuerza en la lucha contra la corrupción cuando los medios tecnológicos son acompañados de una base legal.

Se coadyuva a eliminar procedimientos burocráticos que generan mayores costos y tiempos.”³⁰

“En términos de *benchmarking* o mejores prácticas internacionales, cabe destacar que los mejores sistemas electrónicos de compras del mundo pueden encontrarse en países como Malasia, Singapur, Corea del Sur, Australia y Canadá. Todos ellos fueron desarrollados con una visión estratégica, donde la introducción de tecnología de punta no fue un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el objetivo de instalar nuevos procedimientos y formas de compra. En consecuencia, la introducción de la electrónica es un medio para mejorar la gerencia pública, pero lo importante es la visión, la estrategia, el modelo de negocios, la planificación, la capacitación y el diálogo, entre otros aspectos. En estos países se actúa

³⁰M. ZAPATA, *et alii*, *La Tecnología al servicio del combate contra la corrupción: El ejemplo de Bolivia*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), La Paz, 2015, p. 12.

con total transparencia, publicándose todas las licitaciones y difundándose los resultados de estos procesos.”³¹

“El uso de las nuevas TIC, especialmente Internet, no sólo ayudan a los gobiernos para la transformación de los procesos de la administración pública ofreciendo mayor eficiencia y transparencia, también pueden mejorar la interfaz a través del cual los gobiernos interactuar con sus ciudadanos. En concreto, se puede señalar que las oportunidades del eGobierno tanto para los países desarrollados como para los países en desarrollo son principalmente los siguientes:

- Reducción de costos y aumentos de eficiencia
- La calidad de la prestación de servicios a empresas y clientes
- La transparencia, la lucha contra la corrupción, rendición de cuentas
- Aumentar la capacidad del gobierno
- Red y la creación de la comunidad
- Mejorar la calidad de la toma de decisiones
- Promover el uso de las TIC en otros sectores de la sociedad”³²

4.4.2. Mejor regulación en las contrataciones públicas

“Regular las compras públicas es importante porque de ello depende que efectivamente se maximicen los recursos públicos y se obtenga el mayor valor y el mejor uso posible del dinero invertido. Si se construye una serie de reglas que estructuren un sistema competitivo y transparente, se logrará el objetivo de tener la mejor calidad al mejor precio en las contrataciones públicas.”³³

³¹J. CLARO, *Las Compras y Contrataciones del Estado en Centroamérica y República Dominicana*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington D.C., 2007, p. 4.

³²J. CRIADO, *et alii*, *¿Pueden las TIC cambiar la transparencia, lucha contra la corrupción y rendición de cuentas en los gobiernos latinoamericanos? Un enfoque comparado sobre los países centroamericanos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2010, p. 2048.

³³A. MAZZITELLI, *et alii*, *Transparencia, Objetividad y Competencia en las Contrataciones Públicas: Evaluación legal en el Gobierno Federal, en el Distrito Federal y en el Estado de Puebla sobre el*

4.4.3. Mejores estrategias de control de las compras públicas

“El control público y social sobre la materia de las contrataciones públicas debe ser realizado minuciosamente, ya que es el modo en que la Administración adquiere los bienes y servicios necesarios para cumplir sus funciones propias y, de ese modo, puede satisfacer las necesidades de la sociedad.”³⁴

Así, organismos supervisores como la Contraloría General de la República, a través de su labor fiscalizadora, contribuyen a generar una percepción de riesgo frente a actos de corrupción en el sector pública, de modo tal que se puedan reducir los riesgos de corrupción. Una herramienta para ello es la auditoria de cumplimiento realizada por esta entidad, las cual “comprende la revisión y evaluación de una muestra selectiva de las operaciones, procesos y actividades de la entidad, así como de los actos y resultados de la gestión pública, respecto a la captación, uso y destino de los recursos y bienes públicos, por un período determinado y en cumplimiento a la normativa aplicable, disposiciones internas y las estipulaciones contractuales establecidas”.³⁵

4.4.4. Mecanismos de resolución de conflictos en contratación pública más eficientes: reflexión al respecto de la poca seguridad que ofrece la jurisdicción ordinaria

“El arbitraje ha ido creciendo de manera importante en los últimos años y, en el ámbito de la contratación pública, se ha convertido en el mecanismo más utilizado para resolver las controversias que surgen en la etapa de ejecución de los contratos de bienes, servicios u

cumplimiento del Artículo 9° de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, México D.F., 2013, p. 33.

³⁴P. ARCIDIACONO, *et alii*, *Contrataciones públicas vulnerables*, Fundación Poder Ciudadano, Buenos Aires, 2006, p. 71.

³⁵Resolución de Contraloría N° 473-2014-CG, El Peruano de 23 de octubre de 2014, p. 7.

obras que suscribe el Estado con los agentes privados. Las decisiones que la administración pública toma junto con sus proveedores o contratistas tienen efectos contractuales, los cuales pueden llevar tanto a la entidad como a sus proveedores o contratistas a instancias arbitrales.”³⁶

“Si bien el Estado tiene que generar confianza en aquellos que vayan a contratar con él, asegurándoles que de surgir algún conflicto, éste se solucionará de manera imparcial, pronta y adecuada, hay quienes afirman que ello no implica inexorablemente que el conflicto no sea resuelto por el Poder Judicial, sino que el Estado debía proveer de un Poder Judicial autónomo e independiente, de jueces capacitados, a quienes se les respete la especialización en determinadas materias, y se les otorgue una carga procesal razonable que les permita resolver de manera pronta. En síntesis, es imprescindible realizar una verdadera y comprometida reforma, lo que indudablemente tiene un costo importante en tiempo, esfuerzo y dinero. Sin embargo, el Estado ha optado por lo urgente y lo inmediato, admitiendo que el arbitraje constituye, decididamente, un mecanismo más confiable que el jurisdiccional.”³⁷

4.4.5. Implementación de mecanismos de contratación pública modernos

“La pro es una tarea en continua revisión dentro del sector público. El proceso presupuestario no se acaba de definir totalmente porque las personas que lo gestionan no están nunca plenamente satisfechas.”³⁸

³⁶GERENCIA DE ESTUDIOS Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013*, Contraloría General de la República, Lima, 2015, p. 7.

³⁷M. CASTILLO FREYRE, *El Arbitraje en la Contratación Pública*, Palestra, Lima, 2009, p. 17.

³⁸R. MUÑOZ, A. PALMA, Y C. ZAMBRANO, “Plan Operativo Anual en los Procesos de Contratación Pública”, *Dominio de las Ciencias*, Número 3, 2017, pp. 105.

“La subasta inversa es una modalidad de selección introducida en la legislación peruana con el fin de modernizar la gestión del estado y hacer más eficientes y transparentes las compras estatales.”³⁹

La contratación basada en desempeño o performance based contracting es definida como “una descripción de las necesidades, lo que el comprador quiere comprar, a través de la cual el comprador y el vendedor se comunican. Las especificaciones deben ser lo suficientemente simples como para que las entiendan el proveedor o contratista y expresen correcta y claramente las necesidades de los compradores.”⁴⁰

Asimismo, en otras legislaciones como la ecuatoriana, existen procesos de normalización para la contratación de bienes y servicios los buscan una mayor eficiencia y control de las entidades públicas al momento de contratar. En el tenor de la norma ecuatoriana, “Son bienes normalizados y estandarizados los que estén incorporados en el catálogo del portal www.compraspublicas.gov.ec, cuyas características o especificaciones técnicas son homogéneas y comparables en igualdad de condiciones, de manera que, previo el cumplimiento de los requerimientos determinados en las bases, el parámetro de adjudicación será su precio.”⁴¹

Contrataciones públicas socialmente responsables o Socially Responsible Public Procurement (SRPP), “significa operaciones de adquisición que tienen en cuenta una o más de las siguientes consideraciones sociales: oportunidades de empleo, trabajo decente,

³⁹L. BOSSANO LOMELLINI, “La Subasta Inversa: Un Mecanismo de Contratación Pública eficiente y transparente”, *Derecho PUCP*, Vol. 66, 2011, pp. 277-285.

⁴⁰ B. ASFAW Y J. TELGEN, “The practice of performance-based contracting in developing countries public procurement: the case of Ethiopia”, *Journal of Public Procurement*, Número 17, Vol. 3. 2017, pp. 406.

⁴¹C. BALDEÓN, *La Normalización como Pilar Innovador de la Contratación Pública*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2014, p. 33.

cumplimiento de los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, teniendo en cuenta la sostenibilidad de los criterios de calidad, incluidos los problemas de comercio ético y un mayor cumplimiento voluntario de la responsabilidad social de las empresas (RSE), al tiempo que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TFUE) y las Directivas de contratación. El SRPP puede ser una herramienta poderosa para promover el desarrollo sostenible y para lograr los objetivos sociales de la UE (y de los Estados miembros). El SRPP cubre un amplio espectro de consideraciones sociales, que pueden ser tomadas en cuenta por las autoridades contratantes en la etapa apropiada del procedimiento de garantía. Las consideraciones sociales se pueden combinar con consideraciones verdes en un enfoque integrado de la sostenibilidad en la contratación pública”⁴²

⁴² EUROPEAN COMMISSION, *Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*, Europe Union, Luxemburg, 2010, p. 7.

CAPITULO V: TEST DE PONDERACIÓN ENTRE EL DINAMISMO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL DE LAS CONTRATACIONES ESTATALES

5.1. EL VALOR PÚBLICO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

“Se comprende así por qué el proceso de las contrataciones públicas afecta a todos, tanto cuando sus resultados son beneficiosos como cuando son negativos para la ciudadanía, ya que lo que se pone en juego aquí son las necesidades y los recursos de los que dispone la sociedad para su desarrollo y búsqueda del bienestar, lo cual configura el valor público.

A través del sistema de contrataciones públicas la Administración ejecuta gran parte de su presupuesto: esto implica considerar el movimiento de miles de millones de pesos que fluyen en cientos de miles de procesos de contrataciones en manos de miles de funcionarios públicos.

Las contrataciones son un punto de contacto entre la Administración Pública y el sector privado: en este contacto se dan intereses contrapuestos, ya que, mientras que el sector privado tiene como interés particular el económico, la Administración Pública tiene que satisfacer el interés general de la sociedad.

En el proceso de compra pública cuidar el dinero del comprador es central porque no es propiedad de quien lo gasta en ese momento: esta obviedad, muchas veces olvidada al momento del análisis de las contrataciones públicas, es un dato central, ya que determina el notable valor que tiene la capacitación e idoneidad de los funcionarios que trabajan en las áreas de compras.”⁴³

⁴³F. ARENOSO, *et alii*, *Manual de Transparencia y Control Social en las Contrataciones Públicas*, Fundación Poder Ciudadano, Buenos Aires, 2006, p. 30.

5.2. APLICACIÓN DEL TEST DE PONDERACIÓN ENTRE EL DINAMISMO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL DE LAS CONTRATACIONES ESTATALES

5.3.1. Modelo complejo de toma de decisiones de tipo ponderativo enfocado desde una perspectiva sincrónica

En esta sección de la investigación se procederá a aplicar un test de ponderación entre el dinamismo de las contrataciones públicas y el control de las contrataciones estatales, utilizando para ello el modelo complejo de toma de decisiones de tipo ponderativo enfocado desde una perspectiva sincrónica⁴⁴, ya que es una metodología jurídica innovadora y adecuada para el caso de estudio objeto de investigación, la cual permite optar entre dos opciones contradictorias, a través de un complejo proceso de toma de decisiones desde un enfoque racional, el cual incorpora metodologías o modelos de análisis crítico en base a ponderación, los cuales son:

i) Modelo basado en pesos de corte Alexyano

Es el modelo de ponderación más utilizado por la doctrina y jurisprudencia. Este modelo se basa en los clásicos sub test de idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, los cuales han sido utilizado localmente en algunas sentencias del Tribunal Constitucional que lo han requerido, como son la STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC⁴⁵ y la STC Exp. N° 00579-2008-AA⁴⁶.

Este modelo es importante para esta investigación, ya que es una pieza elemental recogida para aplicarla al conflicto de elegir entre compras públicas más dinámicas y compras públicas con más control. Cabe aclarar que este modelo es usado

⁴⁴J. SOTOMAYOR TRELLES, “El test de ponderación como un examen multicriterio: un análisis a partir de tres modelos ponderativos”, *Derecho & Sociedad*, N° 48, 2016, p. 73.

⁴⁵ STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, del 17 de octubre de 2005, F.J. 40.

⁴⁶ STC Exp. N° 00579-2008-AA, del 05 de junio de 2008, F.J. 25

comúnmente para conflictos de derechos o principios, no obstante José Enrique Sotomayor Trelles, autor del modelo complejo de toma de decisiones de tipo ponderativo enfocado desde una perspectiva sincrónica, el cual usaremos en esta investigación, ha utilizado este modelo de ponderación basado en pesos orientado a resolver problemas de decisión multicriterio, permitiendo así poder optar entre dos opciones, no necesariamente derechos o principios, sino bastando que sean normas jurídicas que sean de tipo principios, o sea valores relevantes jurídicamente y cuyo contenido revista amplia importancia.

Es así, que Robert Alexy, autor de este modelo “afirma que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o **bienes colectivos** presentan la estructura de principios, que caracteriza como mandatos de optimización, es decir normas que requieren el máximo grado de realización en función a posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio”.⁴⁷ Es así, que el conflicto objeto de estudio, que es tener que optar entre compras más dinámicas o compras con más control y por lo tanto con menos riesgo de corrupción, se configura con una estructura de principio, ya que representa en el fondo un debate sobre el uso de bienes colectivos, que son los recursos públicos del erario estatal y los cuales están conformados por los tributos de los ciudadanos, explotación de los recursos del país y otros que se generen por motivo de la ciudadanía. Asimismo, busca optimización de este bien colectivo, que en nuestro caso conlleva a optar por una de las alternativas planteadas, en base a criterios fijados, los cuales se desarrollarán más adelante al momento de aplicar el modelo de ponderación elegido para este trabajo de investigación.

En específico, a efectos de seleccionar alternativas, el modelo de ponderación como problema de decisión multicriterio de Trelles coincide con nuestro objeto de estudio, ya que, entre otros, requiere que un problema del cual se deriva un conflicto tenga un carácter técnico, y que como en nuestro caso, puede generar

⁴⁷A. BURGA CORONEL, “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Gaceta Constitucional*, N° 47, 2011, p. 255.

conflicto entre la coherencia y legalidad de una norma, que en nuestro caso cabría analizar si es coherente una norma que, si bien dinamiza las compras públicas, también genera un efecto negativo de reducción del control sobre dichas compras públicas y por consiguiente un probable aumento de riesgos de corrupción en estas.

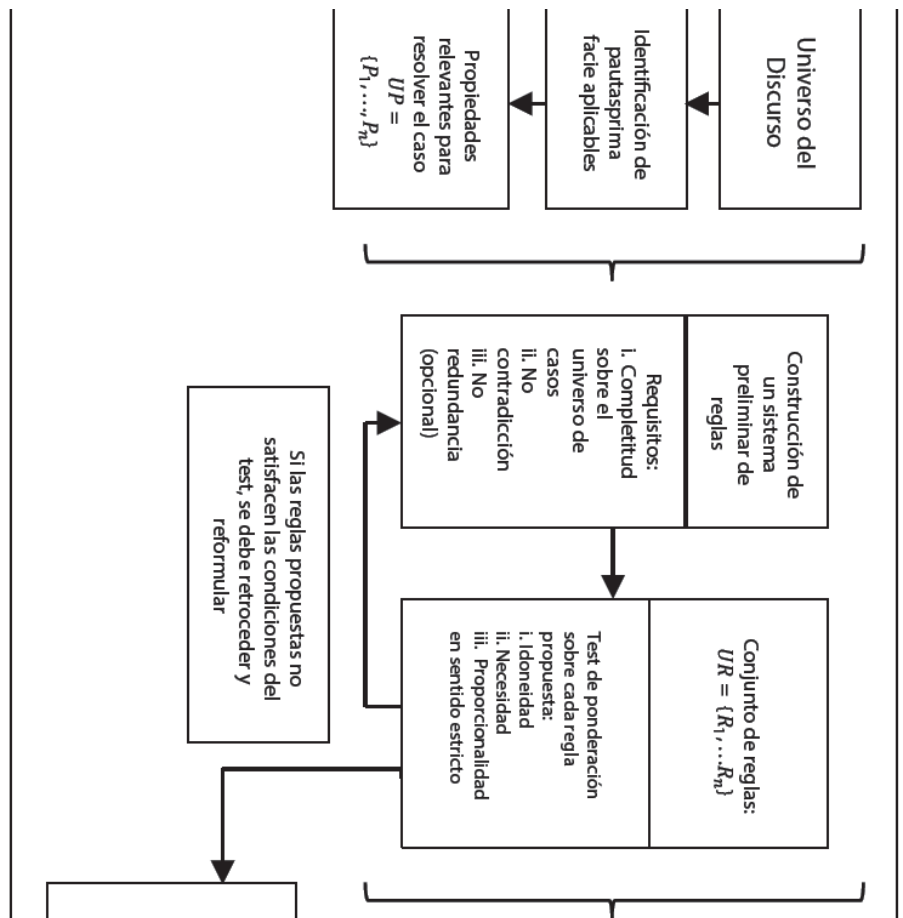
ii) Modelo basado en funciones de utilidad de acuerdo a Sartor

El aporte de este modelo para el caso concreto de estudio objeto de esta investigación, es que permite formular una serie de valoraciones a través de un criterio subjetivo de las partes, ello a efectos de una adecuada gestión del proceso de toma de decisiones, lo cual es conveniente para nuestra investigación, que evalúa un conflicto entre dos opciones. Cabe señalar que su uso está más generalizado en el ámbito privado, no obstante, para el modelo que aplicaremos recogemos la identificación de pautas prima facie aplicables, ya que es lo que José Enrique Sotomayor Trelles aplica al modelo de su autoría y el cual tomaremos para efectuar una ponderación.

iii) Modelo especificacionista de Moreso

Este modelo tiene como un aporte relevante para esta investigación la primera parte del modelo formulado por Trelles, el cual consiste en tener que fijar necesariamente un universo del discurso, el cual sirva de punto inicial para en base a este, definir un conjunto de propiedades relevantes y de reglas, las cuales viabilicen formas de resolución del conflicto que se plantea inicialmente.

A continuación, se adjunta el cuadro resumen del modelo complejo de toma de decisiones de tipo ponderativo enfocado desde una perspectiva sincrónica, el cual como se mencionó, será aplicado al conflicto que surge de tener que elegir entre compras públicas más dinámicas o compras públicas con más control:



Elaborado por: José Enrique Sotomayor Trelles.

Fuente: Artículo de investigación: “El test de ponderación como un examen multicriterio: un análisis a partir de tres modelos ponderativos”

a. Nuevo Caso C1

Sería la problemática existente de entre que se debe preferir, si un mayor dinamismo en las compras públicas o un mayor control para evitar la corrupción en estas compras públicas.

b. Universo del discurso

Se limita solamente a la problemática entre el aparente conflicto existente entre el dinamismo de las contrataciones públicas y el control de las compras estatales.

c. Identificación de pautas prima facie aplicables

- i) La Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, al entrar en vigencia aumento de 03 a 08 UIT el monto de compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, ello con el fin principal de generar un mayor dinamismo en las compras públicas, ello expresado en la compras de más bienes y de forma más eficiente y rápida, debido a que estas compras menores o iguales a 08 UIT, al tener una naturaleza civil, no están sujetas a los controles que impone la Ley de Contrataciones con el Estado y por lo tanto es viable su dinamización al tener menos controles que observar y dar una mayor libertad a las entidades del sector público al momento de contratar bienes y servicios.
- ii) Ya que las compras menores o iguales a 08 UIT son en buena cuenta contratos civiles y no están sujetos a una regulación amplia como es la de la Ley de Contrataciones con el Estado y solo son supervisadas por el OSCE, pero no en la profundidad y alcance suficientes, estas han perdido muchos mecanismos de control que están diseñados para evitar la corrupción en la contratación pública, y ya que las compras menores o iguales a 08 UIT son una parte importante del total de compra de bienes y servicios que adquieren las entidades públicas, es mucho más fácil que sean objeto de actos de corrupción.
- iii) Por lo tanto, si se quiere que las compras menores o iguales a 08 UIT sean más dinámicas y con ello generen un uso más eficiente de los recursos de las entidades públicas, necesariamente se les tuvo que excluir del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, yendo esto en detrimento del control de las contrataciones públicas y su rol de mitigar los riesgos de corrupción en estas debido a la ausencia de un control amplio que brinda la ley. Igualmente, si la intención hubiese sido hacer primar el control de las contrataciones públicas y por lo tanto resguardar de forma más efectiva los recursos que utilizan las entidades públicas para adquirir bienes o servicios, no sería conveniente excluir una parte de las

contrataciones públicas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, pues ello generaría la pérdida de control de estas adquisiciones excluidas.

iv) En ese sentido, se puede colegir que tienen una **relación inversa, ya que, si se da primacía a una, se genera un detrimento en la otra,** lo cual puede ejemplificarse con las siguientes afirmaciones:

- “Si se busca compras públicas más dinámicas y para ello se les excluye del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, entonces estas compras públicas tendrán un menor control y por lo tanto son más susceptibles a actos de corrupción”.
- “Si se busca compras públicas con un mejor control y por lo tanto mejores mecanismos para mitigar riesgos de corrupción, no será posible su dinamización a través de la exclusión de la aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado a una parte de estas, pues el fin de esta ley es regular y controlar ampliamente los recursos públicos y su utilización por parte de las entidades públicas, de modo tal que este sea transparente y sobre todo carente de corrupción”.

d. Propiedades relevantes para resolver el caso y reglas aplicables

Las principales propiedades relevantes, que asimismo son las reglas aplicables a ambas opciones y que se tomaran en cuenta de manera subjetiva para resolver el caso concreto de conflicto entre dinamismo de las contrataciones públicas y control de compras estatales, son las siguientes:

- Cuál es la opción **más eficiente**, desde los siguientes enfoques: i) económicamente, ii) Cumplimiento del fin de dar valor público a los recursos del Estado.

- Cuál es la opción **menos lesiva** a los intereses del Estado.

e. Test de ponderación

Existen diversas formas de realizar un adecuado test de ponderación, por ejemplo, estos pueden ser enfocados “sui generis”⁴⁸ a través de un test integral y concreto de proporcionalidad, amoldándose a casos concretos, como la aplicación de excepciones de inconstitucionalidad, o pueden aplicarse “versiones como la de Europa Continental, la alemana o la producto de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁹”.

Para efectos de esta investigación, tomaremos una aplicación del test de ponderación desde un enfoque local de aplicación del test de proporcionalidad, específicamente siguiendo el modelo de aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional 00579-2008-AA⁵⁰, ya que en la parte específica de análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, al momento de determinar o asignar los diferentes grados de importancia o más conocidos como pesos para resolver el conflicto jurídico, se utiliza una escala de característica triple o tríadica en palabras del Tribunal, la cual al hacer un análisis de las intensidades, las clasifica en leve, mediano o grave, siendo el valor agregado la posibilidad de indicar grados de realización o satisfacción, al momento de optar por una opción y descartar la otra.

i. Análisis de Idoneidad

⁴⁸Y. CAROLINA OCHOA SUAREZ, *Aplicación del test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucionalidad: mecanismo para garantizar derechos fundamentales*, Universidad de Santo Tomas, Bogotá, 2017, p. 245.

⁴⁹I. COVARRUBIAS CUEVAS, “¿Emplea el tribunal constitucional el test de proporcionalidad?”, *Estudios Constitucionales*, N° 1, 2014, p. 168.

⁵⁰STC Exp. N° 00579-2008-AA, del 05 de junio de 2008, F.J. 25.

En este punto se debe analizar si el aumento de 03 a 08 UIT de monto de compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de contrataciones con el Estado se constituye como un medio adecuado para conseguir el objetivo de dinamizar las compras públicas pese a que presenta un efecto negativo y restrictivo, ya que, al estar este monto de compras públicas al margen de la aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, tiene un menor control y por lo tanto son más susceptibles a la corrupción.

Dada la necesidad de dinamizar la economía a través de la dinamización de las compras públicas, lo cual ha sido expresado en la exposición de motivos de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, y bajo el hecho fáctico de que no se han realizado estudios que cuantifiquen el aumento de corrupción como impacto negativo de este aumento en el monto de compras públicas al margen de la Ley de Contrataciones y su efecto restrictivo al control de dichas compras, se puede concluir que este aumento de 03 a 08 UIT en copras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado que busca una dinamización en la contratación estatal si pasa un juicio de idoneidad, pues si puede considerarse como un medio para cumplir sus fines u objetivos, ya que compras públicas menos reguladas y que tienen una naturaleza civil, son de ejecución más rápida y eficiente y si le permiten a las Entidades Públicas comprar más y más rápido, y por lo tanto dinámicamente, pese a que como ya señalamos, la consecuencia es un menor control y por lo tanto mayor riesgo de producción de actos de corrupción.

ii. Análisis de Necesidad

En este punto se pretende ver si la medida adoptada por el legislador al ampliar de 03 a 08 UIT el monto fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado era la medida más efectiva para dinamizar las compras estatales y si no existía un medio alternativo que fuera igual de

efectivo, ello tomando en cuenta que con este aumento del monto de compras al margen de la ley, los controles a dichas contrataciones han sido ampliamente disminuidos al darles una naturaleza civil, y por lo tanto existe un mayor riesgo de que se presente corrupción en dichas compras.

Teniendo en consideración todos los factores disponibles para el análisis y en el entendido que es cierto que la ley de contrataciones con el Estado, al contemplar un mayor rigurosidad, requisitos y controles para las adquisiciones estatales, genera compras más complejas y por lo tanto más lentas, no se verifica la existencia de una opción alternativa más ventajosa que la de aumentar las compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado de 03 a 08 UIT para dinamizarlas al desregularlas y librarlas de toda la burocracia, controles y trámites que las vuelven más lentas.

Podría haber otras opciones como crear un régimen especial para compras por montos menores o ampliar los ya existentes como la contratación directa, así como tomar medidas para que absolutamente todas las compras públicas se encuentren en el presupuesto anual de la entidad pública, no obstante, el seguir bajo la aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, pese que alguna de las etapas del proceso de contratación se obvие, como el caso del procedimiento de selección en las compras directas, igualmente generará un mayor tiempo de trámite de la compra, más aún en consideración que nuestro sistema de contratación pública aún es incipiente y tiene muchas falencias en su funcionamiento.

Es así, que, pese a los efectos negativos relativos al aumento de riesgo de corrupción, la medida de aumentar de 03 a 08 UIT los montos de compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, si pasa un juicio de necesidad, al no haber una medida igual o más efectiva que esta para cumplir el fin de dinamización de las compras públicas.

iii. Análisis de Ponderación

En este punto corresponde analizar la relevancia, materialidad o importancia de ambas opciones que están en conflicto, la misma que debe hacerse a la luz de la conocida ley de ponderación, la cual adaptada al caso concreto se entiende de la siguiente forma:

“Cuanto mayor sea la afectación al control de contrataciones públicas y el consecuente aumento del riesgo de corrupción de las compras públicas, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos del aumento de 03 a 08 UIT de compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, el cual es la dinamización de las compras públicas”

El primer paso es dejar en claro que ambas opciones tienen similar jerarquía, ya que representan bienes abstractos con contenido económico. Por un lado, la dinamización de las compras estatales a través del aumento de 03 a 08 UIT como monto fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado representa la intención del legislador de generar beneficios económicos al país a través de más compras estatales y de una forma más rápida que permita ejecutar adecuadamente mayor cantidad del presupuesto asignado a las entidades públicas.

Por otro lado, el control de las compras públicas para minimizar los riesgos de corrupción tiene como principal fin el buscar cautelar los recursos públicos y que estos se utilicen adecuadamente, lo cual también tiene un trasfondo económico.

A efectos de realizar este análisis, es imprescindible establecer y luego comparar las intensidades, niveles o grados de afectación del aumento de 03 a 08 UIT como monto de compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, cuyo fin principal es la dinamización de las compras públicas, con las intensidades, niveles o grados de afectación del

control de las contrataciones públicas, el cual es disminuido por el aumento de 03 a 08 UIT como monto de compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, por lo tanto generando mayor riesgo de corrupción.

Los niveles, grados o intensidades de intervención de una opción en la otra opción contradictoria, en el caso concreto el aumento de 03 a 08 UIT de compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado para dinamizar la contratación pública y su nivel de intervención en el control de las contrataciones públicas y su rol anticorrupción, para propósitos de este análisis, serán clasificados en a través de una escala triple o tríadica, la cual establecerá valores en los siguientes rangos:

- Leve.
- Medio.
- Gravé.

Con su símil, orientado a medir los grados de realización en:

- Débil.
- Medio.
- Elevado

El objetivo de aumentar de 03 a 08 UIT las compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, tiene como principal fin o lo que es lo mismo, tiene como grado de satisfacción o realización, el de dinamizar las compras públicas.

Como primer objeto de análisis, se tiene que “No hay en el sustento de la norma una respuesta a esta elemental pregunta (la cantidad del presupuesto total del Estado que se encontrará al margen de las garantías y seguridades de la Ley como consecuencia del incremento del umbral de contrataciones

fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado), de modo que no sabemos cuál será el impacto real de esta decisión en la ejecución real del gasto público. Sin este dato esencial no se puede afirmar a ciencia cierta que vale la pena «*dinamizar la gestión de las contrataciones estatales*» en desmedro de las mínimas exigencias de control de dichas contrataciones.”⁵¹

Siendo ello así, a la fecha tampoco se hacen públicas estadísticas que permitan conocer la cantidad total y monto total de contrataciones públicas menores o iguales a 08 UIT al margen de la Ley de Contrataciones con el Estado, pese a que estas son informadas a través del SEACE y están sujetas a supervisión por parte del OSCE. El motivo de esta falta de información es que al fin y al cabo son contratos civiles entre partes, siendo una la entidad pública y la otra el proveedor.

Podría esperarse, de acuerdo a las máximas de la experiencia, que este aumento de compras públicas al margen de la Ley de Contrataciones con el Estado haya cumplido su fin dinamizador de la contratación pública, no obstante, ya habiendo pasado casi cuatro años desde la entrada en vigencia de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, no ha habido ningún estudio ni diagnóstico que haga un seguimiento del cumplimiento de los fines de esta ley, entre los cuales se configura como el principal el fin dinamizador de la gestión de las contrataciones con el Estado. Cabe señalar, que, en mi experiencia dentro de la administración pública, en específico en el área de logística de la Sede Registral N° XII de SUNARP, he podido comprobar que la gran mayoría de compras son por montos menores a las 08 UIT.

⁵¹E. ORDOÑEZ AUGUSTO, “La falsa Reforma de la Normativa de Contrataciones con el Estado: Intuiciones, Incertidumbres y Vaguedades”, *Revista Derecho & Sociedad*, N°44, 2015, p.112.

Dado que no se tienen datos concretos del cumplimiento del fin dinamizador de las contrataciones públicas del aumento de 03 a 08 UIT de compras fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, el nivel de satisfacción o grado de realización del objetivo que tuvo el legislador al dar la ley, desde un criterio subjetivo, **puede ser calificado como débil.**

Respecto a la afectación que tiene el aumento de 03 a 08 UIT como monto fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, en el control de las contrataciones públicas, generando una disminución en este y un consecuente aumento de los riesgos de corrupción en dichas compras, el análisis debe enfocarse a determinar con algún grado de certeza dicha afectación.

En el capítulo IV de este trabajo se ha abordado el tema de la corrupción en compras públicas menores a 08 UIT y se ha determinado que los dos principales riesgos radican en el direccionamiento y sobrevalorización de las compras, ello producto de un menor rigor en la regulación de estas compras excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado. Asimismo, de acuerdo a mi experiencia en el sector público, he podido ver que año tras año se repiten los mismos proveedores y que también muchas veces algunos servicios prestados inexplicablemente suben de valor, cuando el servicio es el mismo, o sea, se sobre valorizan.

Es importante señalar que tampoco hay un criterio objetivo específico sobre la corrupción en las compras menores a 08 UIT, pues como se ha mencionado, no se hacen estudios sobre estas compras ya que en buena cuenta son contratos privados regulados por el código civil. No obstante, lo anterior, se tiene un dato general que evidencia que la corrupción no ha disminuido en el Perú con la derogación del Decreto Legislativo N° 1017 por la Ley N° 30225, vigente Ley de Contrataciones con el Estado, por el contrario, ha ido en aumento, como se señala en el siguiente cuadro:

Cifras sobre la corrupción en el Perú

Datos de enero del 2013 al 30 de setiembre del 2016

Niveles de gobierno	Informes de control PAS*	Funcionarios comprendidos	Procesados improcedentes	Procesados absueltos	Sancionados en 1ra instancia
Gobierno nacional	532	3,311	121	50	229
Gobierno regional	558	4,057	187	32	308
Gobierno local	846	5,549	208	85	893
TOTAL	1,936	12,917	516	167	1,430

*PAS: Procedimiento administrativo sancionador
FUENTE: Contraloría General de la República

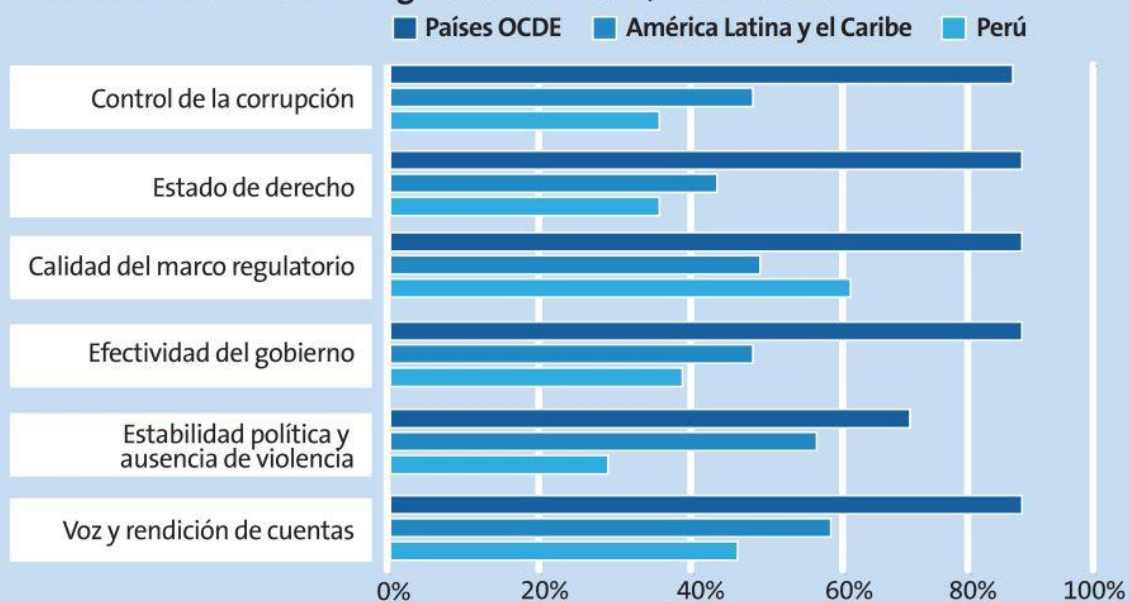
Procesos judiciales de enero a setiembre del 2016

Nivel de gobierno	Procesos iniciados	Funcionarios denunciados
Gobierno nacional	28	209
Gobierno regional	32	257
Gobierno local	77	526
TOTAL	137	992

S/419'113,710.38
PERJUICIO
ECONÓMICO

FUENTE: Contraloría General de la República

Indicadores mundiales de gobernanza 2014, Banco Mundial



FUENTE: Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú, 2016

Fuente: Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú, 2016.

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (ODCDE)

Asimismo, la percepción de la corrupción en el país no ha disminuido, pues de acuerdo a la encuesta nacional de Proética, encargada a Ipsos Perú, “el 71% de los peruanos cree que la corrupción aumento en los último cinco años”⁵².

También se puede citar el Reporte de las Corrupción en el Perú N°: El Sistema Anticorrupción Peruano: Diagnóstico y Desafíos, elaborado por la Defensoría del Pueblo, el cual señala dentro de sus conclusiones, que “la adquisición de bienes y servicios es el hecho más denunciado ante la Contraloría”⁵³, ello según el siguiente cuadro:



Es así que hay diversos pronunciamientos que señalan que la corrupción ha aumentado de manera general, lo cual no nos permite establecer una relación totalmente confiable de si parte de este aumento en la corrupción es debido al aumento de 03 a 08 UIT como monto de compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de contrataciones con el Estado y su

⁵²PROÉTICA, *Decima encuesta nacional sobre percepciones de corrupción*, setiembre 2017. Disponible en: <https://www.dropbox.com/s/you9pcx6m6n77006/Pro%C3%A9tica%20X%20Encuesta%20Nacional%20sobre%20Corrupci%C3%B3n.pptx?dl=0>.

⁵³La corrupción en cifras: Denuncias atendidas y promovidas por la Contraloría en materia anticorrupción. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/blog/la-corrupcion-en-cifras-denuncias-atendidas-y-promovidas-por-la-contraloria-en-materia-anticorrupcion/>. Consultado: 02/12/2018.

consecuente aumento del riesgo de actos de corrupción en estas compras al estar menor reguladas.

Es necesario señalar que, dentro de mi experiencia en el sector público, he podido ver que efectivamente en las compras por montos menores a 08 UIT se dan actos de direccionamiento (solicitudes expresas para que gane un determinado proveedor) y contratación reiterada de los mismos proveedores por un mismo servicio año a año, cuyo monto aumento pese a que el servicio prestado es el mismo.

Dicho lo anterior, a efectos de asignar un grado de afectación del aumento de compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado con el fin de dinamizar las compras públicas en el control de las compras públicas, generando dicha afectación un aumento del riesgo de corrupción en dichas compras, se tiene que, a criterio subjetivo, se le puede asignar un **grado de afectación medio**, pues si hay un criterio que pese a no ser específico, indica que la corrupción va en aumento en el país, la explicación a ello puede ser diversa, pero sin lugar a dudas la falta de control es una de ellas, ya que en el contexto actual, no es posible en el corto plazo cambiar aspectos subjetivos del sistema de contratación pública peruano.

En resumen, se ha determinado en base a la información disponible y a un juicio razonado subjetivo lo siguiente:

- i) El grado de realización de los fines u objetivos del aumento de 03 a 08 UIT como compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, que es principalmente la dinamización de las contrataciones públicas, es calificado como débil.

ii) El grado de afectación que el aumento de 03 a 08 UIT como compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado tiene en el control de las compras públicas de dichos montos y el consecuente aumento de riesgo de corrupción es calificado como medio.

Es así que se ha determinado que la dinamización de las compras públicas tiene un grado de realización bajo, y que tiene una afectación media en el control de las contrataciones estatales, por lo tanto, no ha pasado el test de proporcionalidad y se debería considerar, al menos liminarmente, **optar por contrataciones públicas quizás menos dinámicas, pero con mayor control y consecuentemente menor riesgo de corrupción.**

Finalmente se debe ver si esta conclusión y la opción elegida (contrataciones públicas quizás menos dinámicas, pero con mayor control y consecuentemente menor riesgo de corrupción) cumple con ser la más eficiente y la menos lesiva, ello de acuerdo a las reglas planteadas en el punto d) **Propiedades relevantes para resolver el caso y reglas aplicables**, ubicado en la página 49.

- **Más eficiente**, desde los siguientes enfoques: i) económicamente: se podría inferir que sí, ya que, si hay menos riesgos de corrupción por un mayor control, es menos probable que se produzcan actos de corrupción, los cuales generan amplias pérdidas de recursos públicas que son destinados a interés privados y no a los intereses públicos, ii) Cumplimiento del fin de dar valor público a los recursos del Estado: podría considerarse que sí, ya que menos recursos públicas perdidos por actos de corrupción significan mayor presupuesto para utilizar en la satisfacción de los intereses públicos y consecuente generación de valor público.
- Cuál es la opción **menos lesiva** a los intereses del Estado: evitar la corrupción a través del control siempre será menos lesivo que exponerse

a ella a través de la generación de mayores riesgos de corrupción por motivo de la desregulación, salvo que, en el futuro, lo contrario pueda probarse a través de un estudio cuantitativo que demuestre lo contrario.

Dado que se han cumplido los pasos necesarios de esta metodología, se puede concluir que la opción elegida es hacer primar el control de las compras estatales frente a la dinamización de las contrataciones públicas.

CONCLUSIONES

PRIMERA: De acuerdo a una interpretación de la Ley de Contrataciones con el Estado, el común acuerdo de la doctrina y pronunciamientos expresos de las entidades técnicas especializadas, se puede concluir que las compras públicas menores o iguales a 08 UIT, al encontrarse excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, por defecto y de manera supletoria, se encuentran reguladas por el Código Civil Peruano, y en consecuencia tienen el comportamiento de un contrato privado, con la particularidad que una de las partes es una entidad pública. Cabe señalar, que no obstante lo anterior, este tipo de compras son alcanzadas por algunas partes de la Ley de Contrataciones con el Estado, en específico en los siguientes puntos: i) Conservan su sujeción a la supervisión por parte de la OSCE, ii) Les alcanzan los impedimentos señalados por la ley para ser postores, participantes y/o contratista y iii) Se encuentran sujetas al régimen de infracciones y sanciones, en los casos que correspondas.

SEGUNDA: El aumento del monto de compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado de 03 a 08 UIT fue motivado principalmente por los siguientes fines que buscaba esta reforma: i) Aumentar la eficiencia de las Compras Públicas, ii) Que las entidades públicas realicen una gestión por resultados, iii) Dinamizar la gestión de las contrataciones públicas, iv) Dar capacidad a las Entidades Públicas de asumir gastos urgentes y v) Ayudar a las entidades públicas a utilizar todo su presupuesto. Es necesario señalar que, de acuerdo a la investigación efectuada, no existen estudios efectuados por el gobierno o por otra entidad que evidencias los resultados producto de esta reforma, por lo tanto, no es posible medir con fiabilidad si verdaderos impactos o consecución de sus fines.

TERCERA: En las contrataciones menores o iguales a 08 UIT, se han podido identificar principalmente dos tipos de riesgo de corrupción: i) Riesgo de Direccionamiento y ii) Riesgo de Cotizaciones sobre valorizadas, ello producto de un bajo de nivel control, que en compras que pasan todo un proceso de selección, es más complicado de realizar, más no imposible. Ante ello, se han planteado las siguientes medidas para mitigar estos riesgos de corrupción: i) Mayor implementación de las nuevas tecnologías de la información para el

control de las contrataciones públicas, ii) Mejora en la regulación de las contrataciones públicas, iii) Mejores estrategias de control de las compras públicas, iv) Mecanismos de resolución de conflictos en contratación pública más eficientes e v) Implementación de mecanismos de contratación pública modernos.

CUARTA: Se aplicó el test de ponderación entre el dinamismo de la contratación pública y el control de las contrataciones estatales, utilizando para ello el modelo complejo de toma de decisiones de tipo ponderativo enfocado desde una perspectiva sincrónica, lo nos ha permitido determinar que la dinamización de las compras públicas tiene un grado de realización bajo, y que tiene una afectación media en el control de las contrataciones estatales, por lo tanto, no ha pasado el test de proporcionalidad y se debería considerar, al menos liminarmente, optar por contrataciones públicas quizás menos dinámicas, pero con mayor control y consecuentemente menor riesgo de corrupción.

En ese sentido, sería recomendable que la tendencia de aumentar el monto de compras públicas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado sea seriamente evaluada, pues no se ha comprobado que cumpla sus fines dinamizadores de las compras públicas y de la economía y, por el contrario, es más probable que genera más riesgo de corrupción.

QUINTA: Se puede concluir que antes de generar políticas públicas que busquen dinamización y eficiencia en las compras públicas y menor regulación en las contrataciones con el Estado, es necesaria una reforma y ordenamiento completo del sistema de contrataciones con el Estado, enfocándolo a hacer primar como eje central de su adecuado funcionamiento del sistema a la persona, quedando en segundo plano las mejoras legislativas y de control que, si bien ayudan, por si solas no consiguen evitar riesgos de corrupción. Cabe aclarar que implementar medidas de dinamización sin antes tener un sistema de contrataciones públicas ordenado y fuerte, posiblemente contribuya más a generar riesgos de corrupción al haber compras menos reguladas y por lo tanto más vulnerables a actos de corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

A. BURGA CORONEL, “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Gaceta Constitucional*, N° 47, 2011, p. 255.

A. MAZZITELLI, *et alii*, *Transparencia, Objetividad y Competencia en las Contrataciones Públicas: Evaluación legal en el Gobierno Federal, en el Distrito Federal y en el Estado de Puebla sobre el cumplimiento del Artículo 9° de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, México D.F., 2013, p. 33.

A. RUIZ SÁNCHEZ, *et alii*, “Consideraciones en Torno a la Responsabilidad de los Participantes, Postores y Contratista en Contrataciones con el Estado”, *Derecho & Sociedad*, N° 44, 2015, p. 389.

B. ASFAW Y J. TELGEN, “The practice of performance-based contracting in developing countries public procurement: the case of Ethiopia”, *Journal of Public Procurement*, Número 17, Vol. 3. 2017, pp. 406.

B. REZZOAGLI, “Contratos Públicos y Mercado Global: Un abordaje desde el derecho administrativo del siglo XXI”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 6, N° 1, p. 30.

C. BALDEÓN, *La Normalización como Pilar Innovador de la Contratación Pública*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2014, p. 33.

C. CASTRO, *Corrupción y Delitos contra la Administración Pública: Especial Referencia a los Delitos Cometidos en la Contratación*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 21.

C. CASTRO, L. GARCÍA Y J. MARTÍNEZ, *La Contratación Estatal: Teoría General*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 18.

C. ADRIANZÉN, Decano de la Facultad de Economía de la UPC, entrevista, *Gestión*, 14 de noviembre de 2013. Disponible en: <<https://gestion.pe/economia/carlos-adrianzen-presupuesto-publico-ejecutar-llega-sector-privado-mejor-gastado-52864>>.

C. RIVERA, video de capacitación OSCE, 06 de abril de 2016, Perú. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=_Q2QSbu9r0s&t=607s.

Congreso de la República del Perú, Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones con el Estado, Perú, entrado en vigencia desde 01 de febrero de 2009.

Congreso de la República del Perú, Decreto Legislativo N°1444, Perú, entrado en vigencia desde 16 de setiembre del 2018.

Congreso de la República del Perú, Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, Perú, entrado en vigencia desde el 09 de enero de 2016.

Congreso de la República del Perú, Reglamento de las contrataciones con el Estado, Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Perú, entrado en vigencia desde el 09 de enero de 2016.

D. CRESSEY, “The prison: Studies in Institutional Organization and Change”, *American Journal of Sociology*, Vol. 67, N° 5, 1962.

E. ORDOÑEZ AUGUSTO, “La falsa Reforma de la Normativa de Contrataciones con el Estado: Intuiciones, Incertidumbres y Vaguedades”, *Revista Derecho & Sociedad*, N°44, 2015, p.112.

EUROPEAN COMMISSION, *Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*, Europe Union, Luxemburg, 2010, p. 7.

F. ARENOSO, *et alii*, *Manual de Transparencia y Control Social en las Contrataciones Públicas*, Fundación Poder Ciudadano, Buenos Aires, 2006, p. 30.

G. ROZENWURCEL, *et alii*, *Compras Públicas en América Latina y el Caribe: Diagnóstico y Desafíos*, Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires, 2012, p. 74.

G. SUAREZ BELTRAN, *et alii*, *Manual de contratación pública electrónica para América Latina: Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2007, p. 28.

GERENCIA DE ESTUDIOS Y GESTIÓN PÚBLICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013*, Contraloría General de la República, Lima, 2015, p. 7.

I. COVARRUBIAS CUEVAS, “¿Emplea el tribunal constitucional el test de proporcionalidad?”, *Estudios Constitucionales*, N° 1, 2014, p. 168.

I. NIELSEN-JONES, *et alii*, *Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en México*, OCDE, México D.F., 2012, p. 24.

J. ARRÍEN SOMARRIBA, “Análisis, Interrogantes y Recomendaciones sobre la Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público de Nicaragua”, *Revista de Derecho*, Vol. 17, 2014, p. 80.

J. BOURN, *ET alii*, *Getting Value for Money from Procurement: How Auditors can help*, National Audit Office of Britain, London, 2001, p. 4.

J. CLARO, *Las Compras y Contrataciones del Estado en Centroamérica y República Dominicana*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington D.C., 2007, p. 4.

J. CRIADO, *et alii*, *¿Pueden las TIC cambiar la transparencia, lucha contra la corrupción y rendición de cuentas en los gobiernos latinoamericanos? Un enfoque comparado sobre*

los países centroamericanos, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2010, p. 2048.

J. MORENO MOLINA, “Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina, *Derecho & Sociedad*, N° 44, 2015, p. 56.

J. MORENO MOLINA, *et alii*, *El Derecho de la Unión Europea en Materia de Contratos Públicos*, OSCE, Lima, 2015.

J. OCAÑA IBARRA, *Análisis Crítico de la Ley de Contratación*. Universidad de Nariño, San Juan del Pasto, Colombia, 2014, p. 20.

J. SOTOMAYOR TRELLES, “El test de ponderación como un examen multicriterio: un análisis a partir de tres modelos ponderativos”, *Derecho & Sociedad*, N° 48, 2016, p. 47.

L. BOSSANO LOMELLINI, “La Subasta Inversa: Un Mecanismo de Contratación Pública eficiente y transparente”, *Derecho PUCP*, Vol. 66, 2011, pp. 277-285.

La corrupción en cifras: Denuncias atendidas y promovidas por la Contraloría en materia anticorrupción. Disponible en: <<http://www.defensoria.gob.pe/blog/la-corrupcion-en-cifras-denuncias-atendidas-y-promovidas-por-la-contraloria-en-materia-anticorrupcion/>>.

Consultado: 02/12/2018.

M. CASTILLO FREYRE, *El Arbitraje en la Contratación Pública*, Palestra, Lima, 2009, p. 17.

M. ZAPATA, *et alii*, *La Tecnología al servicio del combate contra la corrupción: El ejemplo de Bolivia*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), La Paz, 2015, p. 12.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS Y ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO, *Diagnóstico del Sistema de Adquisiciones Públicas del Perú*, MEF y OSCE, Lima, 2016, p. 5.

P. ARCIDIACONO, *et alii*, *Contrataciones públicas vulnerables*, Fundación Poder Ciudadano, Buenos Aires, 2006, p. 71.

PROÉTICA, *Decima encuesta nacional sobre percepciones de corrupción*, setiembre 2017. Disponible en: <https://www.dropbox.com/s/9pcx6m6n77006/Pro%20A9tica%20X%20Encuesta%20Nacional%20sobre%20Corrupci%C3%B3n.pptx?dl=0>.

R. BLAUG, *Capturing the public value of heritage: the proceedings of the London Conference*, English Heritage, Swindon, 2006, p. 23.

R. MUÑOZ, A. PALMA, Y C. ZAMBRANO, “Plan Operativo Anual en los Procesos de Contratación Pública”, *Dominio de las Ciencias*, Número 3, 2017, pp. 105.

Resolución de Contraloría N° 473-2014-CG, El Peruano de 23 de octubre de 2014, p. 7.

S. HERNÁNDEZ DIEZ, “Apuntes Sobre la Reforma en Materia de Contratación Pública”, *Derecho & Sociedad*, N° 44, 2015, pp. 100.

Seminario Zavala, Patricia, Opinión N°047-2018/DTN, Disponible en: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2018/047-18%20-%20CONSORCIO%20DE%20MEDIOS%20LOCALES.doc> Consulta 21 de setiembre del 2017.

Seminario Zavala, Patricia, Opinión N°230-2017/DTN, Disponible en: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2017/230-17%20-

[%20SERV.ADM.TRIB.TRUJILLO%20-%20SATT.docx](#)> Consulta 21 de setiembre del 2017.

Seminario Zavala, Patricia, Opinión N°230-2017/DTN, Disponible en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2017/075-17%20-%20OSINERGMIN%20-%20NULIDAD%20OF.CONTRATOS%20MONTON%20IGUAL%20O%20INFERIOR%20A%208%20UIT.docx> Consulta 21 de setiembre del 2017.

STC Exp. N° 00579-2008-AA, del 05 de junio de 2008, F.J. 25.

STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, del 17 de octubre de 2005, F.J. 40.

T. DOMINGUEZ PECHE, *et alii*, *Análisis Descriptivo de la Problemática de las Contrataciones Estatales en el Marco del Sistema de Abastecimiento Público*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2015, 129.

W. PEDRESCHI GARCÉS, “Aproximaciones al Régimen de Contratación Directa en la Nueva Ley de Contrataciones Del Estado”, *Derecho & Sociedad*, N° 44, 2015, pp. 164.

Y. CAROLINA OCHOA SUAREZ, *Aplicación del test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucionalidad: mecanismo para garantizar derechos fundamentales*, Universidad de Santo Tomas, Bogotá, 2017, p. 245.

ANEXOS

a. Plan de tesis aprobado.