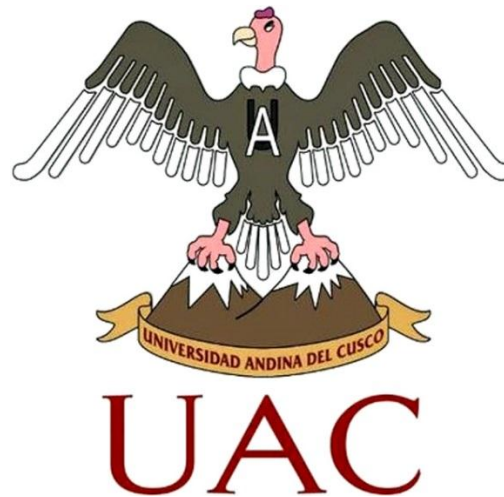




UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**“LAS MALAS PRAXIS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS
PROCESOS DE COMPRAS ESTATALES EN EL PERÚ”**

Presentado por:

Bach. Luz Marina Cruz Peralta

PARA OPTAR AL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA

Asesor:

Dr. José Hildebrando Díaz Torres

Cusco – Perú

2019



PRESENTACIÓN.

El presente tema de investigación “LAS MALAS PRAXIS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS PROCESOS DE COMPRAS ESTATALES EN EL PERÚ”; es un tema de boga en nuestra actualidad, ya que muy a menudo vemos como altos funcionarios públicos se ven involucrados en estos temas; como son los delitos de cohecho y el tráfico de influencias.

Por ello se debe tener bien claro que los procesos de contratación y las decisiones que se adopten, deben ser tomadas con toda celeridad mas no beneficiando o direccionando a algún proveedor o consultor, las base y los términos de referencia, deben realizarse de acuerdo a lo que el área usuaria realmente requiera; garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.

Al respecto, cabe recalcar que, la ley de Contrataciones del Estado, fue modificada por el Decreto Legislativo N° 1341 que ente en vigencia desde el 03 de abril del 2017.

Donde esta a su vez, toma mayor relevancia, es en la integridad de la conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, sin embargo, a pesar de ser modificada dicha Ley vemos que en la práctica sucede todo lo contrario.

El trabajo de investigación busca analizar el know How de la OSCE, hacer algo de manera eficiente, llevar a cabo este proceso de manera transparente.



DEDICATORIA:

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional. A mis padres Félix Cruz Gonzales y María Virginia Peralta de Cruz, por su apoyo incondicional y por demostrarme siempre su cariño. A mi hija Lucero Marivi Loayza Cruz por ser mi motivo, mi fuerza y mi razón de ser. A mi sobrina Dannely Díaz Cruz, por ser el angelito que siempre me protege, y aunque nos faltaron muchas cosas por vivir juntas, sé que este momento hubiera sido tan especial para ti, como lo es para mí.

Bach. Luz Marina Cruz Peralta.



AGRADECIMIENTO:

*En primer lugar, expresar mi agradecimiento a mi asesor de tesis, así mismo a mis docentes, que coadyuvaron con mi educación y el desarrollo de la misma; el camino ha sido arduo, pero con vuestro apoyo, me encuentro hoy aquí,
Muchas gracias a mis padres e hija, por ser el eje de mi vida,*

Bach. Luz Marina Cruz Peralta.



CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	ii
DEDICATORIA:.....	iii
AGRADECIMIENTO:.....	iv
CONTENIDO.....	v
RESUMEN.....	x
ABSTRACT.....	xii
LISTADO DE ABREVIATURA.....	xiii

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática.....	1
1.2 Formulación del problema.....	3
1.2.1 Problemas generales.....	3
1.3 Objetivos.....	3
1.4 Justificación de la investigación.....	3
1.5 Limitaciones de la investigación.....	4
1.6 Viabilidad de la investigación.....	4

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación.....	5
2.2 Bases Teóricas.....	12
2.3 Definiciones de términos básicos.....	14
2.3.1 La Administración Pública.....	16
2.3.1.1 Etimología.....	17
2.3.1.2 Evolución.....	17
2.3.1.3 Diferencias:.....	18
2.3.1.4 Similitudes:.....	18
2.3.1.5 Elementos de la Administración Pública:.....	19
2.3.1.6 Características de la Administración Pública.....	19
2.3.2 Derecho Penal de la Administración Pública:.....	20
2.3.3 Gestión Pública. -.....	21



2.3.3.1	La Administración Pública Como Gestor.	22
2.3.3.2	Las Funciones Generales de la Gestión, según Allison, son:	22
2.3.3.3	Gestión de los elementos externos,	22
2.3.4	La Nueva Gestión Pública.	23
2.3.4.1	Sus Principales Postulados son:.....	23
2.3.5	El Gasto Público.	24
2.3.5.1	¿Qué fines persigue el gasto público?	26
2.3.5.2	¿De qué manera influye el gasto público en la economía de un país? 26	
2.3.5.3	Finalidad y Principios.....	27
2.3.6	Entidades deben maximizar el uso de los recursos públicos.	27
2.3.7	Falta de claridad en las bases afecta el fin perseguido por una compra pública.	28
2.3.8	Los principios para controlar la discrecionalidad de la administración.	29
2.3.9	Falta de claridad en las bases afectan al principio de transparencia.	29
2.3.10	Falta de claridad en las bases afecta el principio de transparencia.	30
2.3.11	Base que contengan disposiciones ambiguas o imprecisiones vulneran los principios de libre concurrencia y transparencia que rigen las contrataciones del Estado.	30
2.3.12	La aplicación de principios limita la discrecionalidad del comité de selección 31	
2.3.13	No permitir la subsanación de documentación afecta el principio de concurrencia.....	32
2.3.14	Aplicación de principios en el procedimiento de selección.....	32
2.3.15	Vulneración de principios vician las actuaciones realizadas basadas en los procedimientos de selección.	33
2.3.16	Exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea deben promover la libre competencia.	34
2.3.17	Principios encausan y delimitan la actuación de la administración y de los administrados.....	34
2.3.18	Principio de transparencia implica que la contratación debe realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas.	35
2.3.19	Especificaciones técnicas que se establecen en función al requerimiento efectuado por el área usuaria deben guardar correspondencia con el principio de vigencia tecnológica.....	35



2.3.20	La formulación de las especificaciones técnicas deberá permitir la concurrencia de proveedores en el mercado.....	36
2.3.21	Autoridad Responsable del Proceso de Contratación.....	37
2.3.22	Impedimentos:	39
2.3.23	No existe la posibilidad que puede extenderse en impedimento por afinidad a los parientes el conviviente.....	39
2.3.24	Oferta debe contener como mínimo la declaración jurada de no tener impedimento para postular en el proceso de selección ni para contratar con el estado. 40	
2.3.25	Constituye infracción que el proveedor suscriba un contrato si tiene impedimentos para celebrarlo.....	40
2.3.26	La normativa establece supuestos que limitan a una persona natural o jurídica a ser participante a efectos de garantizar la libre concurrencia y competencia... 41	
2.3.27	Impedimentos para participar en procedimientos de selección salvaguardan los principios de libre competencia, imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario.....	42
2.3.28	Se encuentran impedidas de participar en procedimientos de selección las personas que son continuación, derivación, sucesión, o testamento de una persona impedida.....	42
2.3.29	Restricciones a la libre participación de postores en los procesos de selección	43
2.3.30	Impedimento para ser participante, postor y/o contratista cuando un postor sancionado integra una persona jurídica vinculada.	44
2.3.31	Impedimentos para ser participantes, postor o contratista solo pueden ser establecidos mediante ley o norma con rango de ley.	45
2.3.32	Titulares de instituciones o de organismos públicos del poder ejecutivo no pueden contratar con el estado.....	45
2.3.33	Es nulo en contrato perfeccionado contravención con lo indicado en el anterior artículo 11 de la ley.....	46
2.3.34	Ex funcionarios no pueden contratar hasta doce meses después sí que por la función desempeñada hubiera tenido poder de decisión sobre el proceso de contratación.....	47



2.3.35	Personas que formen parte de las fuerzas armadas que se encuentren en situación de actividad están impedidas de ser participantes, postoras y/o contratistas.	48
2.3.36	Empleado público, se encontraría impedido de contratar siempre que no esté incurso en alguna excepción a dicho impedimento.	48
2.3.37	Interpretación del literal k) del artículo 11 de la ley de contrataciones del estado.	49
2.3.38	Resolución del Contrato	51
2.3.38.1	Casos en los que la entidad puede resolver el contrato.	51
2.3.38.2	No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora.	51
2.3.38.3	La parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando su decisión mediante carta notarial.	52
2.3.39	Contratista considera que el incumplimiento de sus obligaciones se encuentra justificado debe agotar los mecanismos de solución de controversias que la normativa prevé.	53
2.3.40	Penalidad por mora en la contratación por paquete para la elaboración de la ficha técnica o los estudios de pre inversión respectivos y del expediente técnico de obra.	54
2.3.41	Tribunal no puede acoger cuestionamientos distintos a los presentados en el recurso de apelación.	54
2.3.42	Competencia del Tribunal para resolver el recurso de apelación se da cuando el valor referencial sea superior a 50 UIT.	55
2.3.43	Actos no impugnables en el procedimiento de selección.	55
2.3.43.1	Procedencia del recurso de apelación.	55
2.3.43.2	Mediante el recurso de apelación se resuelven las discrepancias entre la entidad y los participantes en un proceso de selección.	56
2.3.43.3	Actos que no son impugnables.	57
2.3.43.4	Requisitos para el desistimiento del recurso de apelación.	57
2.3.43.5	Improcedencia de recursos de apelación por extemporaneidad.	57
2.3.44	Nulidad	58
2.3.44.1	Si las bases no precisan las especificaciones técnicas incurrir en imprecisiones y deficiencias que vician su legalidad.	58



2.3.44.2	La anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la administración.....	59
2.3.44.3	Tribunal tiene la facultad de declarar la nulidad del procedimiento si advierte vicios trascendentes.	59
2.3.44.4	Supuestos en que el Tribunal puede declarar la nulidad.....	60
2.3.44.5	La nulidad es una herramienta lícita para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad.	60
2.3.44.6	Declaración de nulidad del contrato.	60
2.3.45	Registro Nacional de Proveedores.....	61
2.3.46	La Ética de la función Pública.	62
2.3.46.1	Los códigos de ética de la función pública.	64
2.3.46.2	La naturaleza de los códigos de ética.	64
2.3.46.4	El Bien Jurídico Protegido en los Delitos contra la Administración Pública.	69
2.3.46.5	Los Delitos contra la Administración Pública como Delitos Especiales	74
2.3.46.6	Delitos especiales: concepto simple vs. Concepto complejo.	75
2.6	Formulación de hipótesis.....	82
2.7	Categorías de estudio.....	82

CAPITULO III

MÉTODO

3.1	Tipo de Investigación.	83
3.2	Diseño de la Investigación. -	84
3.3	Población y muestra	84
3.4	Métodos, técnicas e instrumentos de colecta de datos.	84
3.5	Técnicas (estadísticas) de análisis de los datos colectados	84

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88
ANEXOS.....	91



RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo erradicar LAS MALAS PRAXIS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS PROCESOS DE COMPRAS ESTATALES EN EL PERÚ”, ya que de un tiempo a esta parte se aprecia que este tema resulta polémico, donde se ven direccionados muchos procesos de contrataciones con el Estado, donde se ven beneficiados muchos proveedores que otorgan un diezmo, con la finalidad de direccionar procesos y se les otorgue la buena pro, desmereciendo muchas veces a otros proveedores que realizan su procesos de acuerdo a Ley, actuando de buena fe. Para dicha investigación se utiliza las siguientes referencias como son: Ley de Contrataciones de Estado N° 30225 aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de marzo de 2019, realizándose así mismo la fe de erratas con Decreto Supremo N.º 082-2019-EF de conformidad con lo establecido en el inciso 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, por otro lado mencionar la Ley N°29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo promulgado el 20 de diciembre de 2007 y publicado en la página oficial del diario oficial *El Peruano* la misma que fue Actualizada a enero 2021.

El método utilizado es el Método: Hipotético Deductivo, la Técnica: la observación y la revisión bibliográfica, donde la observación como técnica que permita establecer una relación directa entre el investigador y el hecho social percibido a efectos de extraer los datos necesarios que luego serán procesados en el desarrollo de la investigación. Así mismo la revisión bibliográfica en una investigación de enfoque cualitativo es la parte medular de la investigación que sirve para revisar la información necesaria que sustenta el estudio y que conduzca al acopio de conocimientos referidos al estado del arte.

Instrumento: Resúmenes, marcadores, etc.



Las técnicas utilizadas fueron la recopilación documental y los instrumentos fueron la revisión documentaria y registro de observación.

Las conclusiones permiten evidenciar claramente la mala praxis en relación a las contrataciones con el estado, ello debido a los malos funcionarios, que lo único que ocasionan es una población que dejó de creer en sus autoridades, por tanta corrupción.



ABSTRACT

Of this research is to eradicate BAD PRAXIS IN THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THE PROCESSES OF STATE PURCHASES IN PERU ", since for a time now this part has been controversial, where many processes of **hiring with the State**, where many providers that grant a title are benefited, with the purpose of directing processes and granting them good treatment, often detracting from other suppliers who carry out their processes according to the Law, acting in good faith.

For this research, the following references are used, such as: State Contracting Law No. 30225, as amended by Legislative Decree No. 1341. Regulation of the State Procurement Law Supreme Decree 350-2015-EF, in accordance with the provisions of subsection 8) of Article 118 of the Political Constitution of Perú, Law No. 29158, Organic Law of the Executive Power.

The method used is the Method: Hypothetical Deductive, Technique: observation and bibliographic review, where observation as a technique that allows establishing a direct relationship between the researcher and the perceived social fact in order to extract the necessary data that will then be processed in the development of the investigation. Likewise, the bibliographic review in a qualitative research is the core part of the research that serves to review the necessary information that underpins the study and that leads to the collection of knowledge related to the state of the art.

Instrument: Abstracts, markers, etc.

The techniques used were the documentary collection and the instruments were the documentary review and observation record.

The conclusions allow to clearly demonstrate the malpractice in relation to the contractions with the state, this due to the bad officials, that the only thing they cause is a population that stopped believing in its authorities, for so much corruption.



LISTADO DE ABREVIATURA

OSCE	: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
RNP	: Registro Nacional de Proveedores
CCI	: Código de Cuenta Interbancaria
MOF	: Manual de Organización y Funciones
POI	: Plan Operativo Institucional
PAA	: Plan Anual de Adquisiciones
UIT	: Unidad de Impositiva Tributaria
NGP	: Nueva Gestión Publica



CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática.

Para efectos del desarrollo de la presente investigación y de manera resumida, se esgrimirá el concepto de que la administración pública es aquella función donde los servidores públicos desarrollan labores propias del rol prestacional que tiene el estado, para satisfacer las necesidades de la sociedad y el cumplimiento de los objetivos institucionales.

Sin embargo, durante los últimos tiempos somos testigos de cómo nuestro país viene atravesando por una crisis en la administración pública absolutamente preocupante y en apariencia se torna en irreversible, hecho que viene generando una convulsión social y desconfianza por parte de los ciudadanos hacia el rol del estado y fundamentalmente hacia la forma de conducir el país por parte de los funcionarios públicos.



El contexto actual obliga a citar el caso del poder judicial y la destitución de la totalidad de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, instituciones que se han visto afectadas por la corrupción, el cohecho y el tráfico de influencias.

Lo anterior permite reflexionar sobre esas sórdidas prácticas (habito al que se le denominará malas praxis) que lamentablemente se han institucionalizado en la Administración Pública, donde el mal uso de los recursos económicos, respaldado por el poder político que ostentan algunos malos servidores y que anteponen sus intereses personales a los institucionales con el único propósito de obtener ventajas económicas en provecho propio, hacen que la corrupción en la administración pública sea vista y reclamada por toda la ciudadanía como un asunto prioritario en la agenda de los gobernantes y que requiere atención urgente.

Por otra parte es importante señalar que un gran porcentaje de los recursos del presupuesto del Estado, son destinados a las compras estatales por lo que resulta imperativo que tanto la Administración Pública como la propia función pública, tengan una administración diáfana, alejada de cualquier intento de cohecho o soborno que hoy por hoy ha encontrado la “fórmula casi perfecta” en el famoso diezmo, dadiva que aparentemente sale de la utilidad o ganancia del contratista o proveedor, pero que sin embargo se ha convertido en el indicador sórdido para ganar una licitación pública, donde el favorecido es quien más porcentaje ofrece.

Es así que las compras estatales, que a pesar de las diferentes modificaciones legislativas y los esfuerzos desplegados tanto por organismos públicos y privados nacionales e internacionales, sigue siendo el “Talón de Aquiles” de los gobernantes de turno en los diferentes niveles. Pues vasta con mirar los casos emblemáticos del expresidente Toledo, el ex gobernador Jorge Acurio y los exalcaldes de Echarati (solo para



citar casos conocidos), cuyas coincidencias son que vienen enfrentando procesos judiciales, con un elemento común que aterriza en los procesos de compras estatales.

En este orden de ideas, surge la imperiosa demanda social para combatir las malas praxis asociadas a las contrataciones estatales, lo cual no sólo debe suponer incoar procesos de responsabilidad penal que busquen privaciones de la libertad de los involucrados, sino que también requiere formar el recurso humano, encargado de la administración pública competentes y comprometido con una visión de estado eficiente y responsable.

Por ello, se plantea las siguientes preguntas de investigación

1.2 Formulación del problema.

Por estas consideraciones, es que se formulan las siguientes interrogantes:

1.2.1 Problemas generales

¿A qué se deben las malas praxis en la Administración Pública?

¿Son eficientes los procesos de compras estatales en el Perú?

1.3 Objetivos.

Establecer a qué se deben las malas praxis en la Administración Pública

Determinar si son eficientes o no los procesos de compras estatales en el Perú

1.4 Justificación de la investigación

Conveniencia

El fundamento que justifica la realización del presente proyecto está referido a que desde hace mucho tiempo atrás la sociedad en general se encuentra ante un escenario de desconfianza por las compras estatales, hecho que desalienta la participación ciudadana en las cuestiones de gestión estatal y esto a su vez perjudica el desarrollo de un país.

Relevancia Social



Los resultados de la presente investigación podrán servir de referencia para comprender que las malas praxis en la gestión de los recursos no necesariamente se deben a debilidad normativa, sino fundamentalmente son los actores de la gestión pública, por lo que urge una reforma total a efectos de garantizar los procesos de selección y que los resultados merezcan la aprobación de la sociedad sin que ello provoque detrimento del interés.

Implicancias Prácticas

Dada la situación problemática planteada y la vinculación del tema de estudio con el interés nacional, en la práctica se pretende encontrar mecanismos eficientes en la administración de los recursos destinados a la compra de bienes, servicios y obras indispensables para el buen funcionamiento del Estado, cuyo procedimiento sea ajeno de cualquier irregularidad que tenga que ver con la economía del erario nacional y así se satisfaga la exigencia clamorosa de la ciudadanía en general.

1.5 Limitaciones de la investigación

Para la elaboración del presente proyecto se han previsto las condiciones técnicas, operativas y económicas que garanticen el cumplimiento de las metas y objetivos trazados en dicho documento, por lo que no existen limitaciones para su conclusión.

1.6 Viabilidad de la investigación

La presente investigación es viable en cuanto a la información requerida, a los aspectos logísticos, financieros, académicos etc., que se requerirán para su culminación.



CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación.

El tema de estudio ha sido ampliamente abordado por distintos profesionales, por lo que existe abundante literatura que sirve de antecedente para la elaboración del presente trabajo, sin embargo, se han escogido las investigaciones más relevantes, así se tiene como primer antecedente la tesis ubicada en el repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú, para optar el Grado de Magíster en Ciencia Política con Mención en Gerencia Pública.

Título: “Estructura de los mecanismos de corrupción en los procesos de adquisición de bienes en EDITORA PERÚ entre los años 2007 al 2010”

Autora: MARITZA ROSALES SOBERÓN (Maritza, 2015)



Principales Conclusiones:

1.- Un sector importante de la población percibe que el proceso de consolidación de la democracia, que viene acompañado de mayores libertades, un movimiento ciudadano más activo y más respeto a las leyes e instituciones públicas, parece albergar también más corrupción en el sector público. Por supuesto, la solución no es volver a instaurar regímenes autoritarios que han demostrado ser igual o más corruptos que los que respetan el Estado de Derecho, entre otras razones, porque concentran la capacidad de decisión en un solo grupo y sus actos de gobierno son menos transparentes.

2.-La corrupción en las contrataciones del Estado es un fenómeno complejo y, como tal, tiene explicaciones económicas, sociales, históricas, legales, administrativas, entre otras. Asumimos que un factor básico para la comisión de actos de corrupción es la débil formación en valores morales y cívicos de las personas involucradas, sean éstas funcionarios públicos o agentes privados. Cuando estos agentes - públicos y privados- tienen una buena formación ética y ciudadana, que los compromete con el bien común, es más difícil que participen en transacciones irregulares, que únicamente buscan beneficio de instrumentos que se renuevan en forma periódica, pero a menudo son incumplidos por servidores y funcionarios públicos y también por los representantes de intereses privados debido a que se mantienen las condiciones sociales, culturales, políticas, administrativas y judiciales que las toleran y hasta fomentan la corrupción. Esto nos lleva a afirmar que los cambios en el marco legal específico no son suficientes para frenar la corrupción.

3.- Entre los factores políticos y administrativos que explican la corrupción en el sector público se encuentra el alto poder discrecional de los funcionarios de la Alta Dirección y la circunstancia de que la mayoría de los trabajadores, en la práctica, son seleccionados teniendo como criterio de mayor peso el pertenecer o tener contactos en el partido o movimiento político que gobierna. Si cada Director o Jefe puede determinar



quién ingresa, permanece, asciende o sale del servicio público, sin más restricciones que su relación amical o la filiación partidaria de los trabajadores, no será difícil que éstos se muestren condescendientes con lo que sus superior jerárquico decida, aunque estas decisiones a veces contravengan principios éticos o normas legales, Un buen paso en la dirección correcta, es la Ley 29962, de 29 de noviembre de 2010, que amplía las facultades de la Contraloría General de la República en el proceso sancionador en materia de responsabilidad administrativa funcional a los servidores y funcionarios que resulte involucrados en hechos irregulares.

4.- Las resoluciones de sanción del OSCE a los postores denunciados por presentar documentación adulterada o falsa son inoportunas, porque las emiten después de dos años de haberse efectuada la denuncia. Lo que da pie a que estos malos postores sigan participando de las convocatorias de adquisiciones y contrataciones que hacen las instituciones del Estado. Causas de los actos de corrupción en los procesos de adquisición de bienes convocadas en Editora Perú durante el

período 2007 – 2010.

5.- Una de las formas como se estructuró la corrupción en las contrataciones de Editora Perú fue mediante la generación de redes informales, integradas por funcionarios de distinto nivel y jerarquía, pero que compartían responsabilidades formales en los procesos de compras de bienes y servicios para la empresa. Ellos se habrían puesto de acuerdo para favorecer a determinados proveedores, perjudicando a otros que no estaban dentro de su grupo de allegados, aunque 89 pudieran ofrecer los mismos productos a menor precio. Es evidente que esta práctica atenta contra principios de la ética de la función pública, como la justicia y la equidad, y principios específicos de la empresa, como neutralidad.



6.- Los procesos de adquisición de bienes y servicios en Editora Perú se rigen por las leyes y reglamentos de contrataciones del Estado que regulan las contrataciones en todo el sector público, y, además, por su propia normativa interna: manuales de organización y funciones, y manuales de procedimientos. Aquí también, no es, entonces, la ausencia de normas la explica la comisión de actos irregulares, sino otra serie de factores administrativos, políticos, económicos, sociales.

7.- Otra conclusión es que entre mayor sea el poder discrecional de los políticos y funcionarios, mayor será también el grado de vulnerabilidad ante la corrupción. Entre más amplio sea el espacio decisional de los funcionarios públicos librado a su antojo, voluntad y juicio, no reglamentado por restricciones legales y administrativas, mayor será también el grado de vulnerabilidad ante la corrupción, ya que es muy cierto, que el poder de decisión sobre el destino de importantes recursos y de jugosos contratos con el sector privado, concentrado en las manos de un reducido grupo de políticos y funcionarios de alto rango puede constituir un aliciente para las prácticas corruptas o, al menos una especie de tentación que lleve hacia ellas. Tipos de actos de corrupción que se ponen en práctica en los procesos de adquisición de bienes en Editora Perú durante el período 2007 – 2010.

8.- La Contraloría en su informe N^o 465 – 2011 CG/SP – EE ha identificado algunos casos irregulares en la administración de Editora es por eso que hemos analizado cinco casos ocurridos durante el periodo 2007 – 2010. Asimismo, la Contraloría estableció responsabilidades administrativas a un grupo de seis funcionarios por haber realizado actos no previstos en la normativa de la materia o dejado de cumplir funciones establecidas en el Reglamento y Manual de Organización y Funciones de la entidad. Aun cuando los casos fueron judicializados y archivados sin establecer delitos ni penas para los infractores, se puede entrever que si hubo actos de corrupción que pueden ser definidos como: fraude,



soborno, enriquecimiento ilícito, nepotismo, abuso de poder, tráfico de influencias, entre otras.

9.- La definición del tipo de corrupción como es el soborno es un asunto cultural ya que la conducta etiquetada como “corrupta” por algunos observadores, es considerada como una entrega aceptable de regalos o propinas dentro de un país, simplemente será legalizada y comunicada. Las definiciones de conducta aceptable pueden cambiar una vez que se informa a la gente de los costos que tiene el tolerar pagar sobornos a los funcionarios. Los expertos pueden aprender estudiando sistemas en los que “la contratación implícita” es la única forma de contratar que existe y que las relaciones interpersonales son fundamentales para la vida económica.

El segundo antecedente lo constituye la tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, bajo los siguientes datos:

Título: LEY DE CONTRATACIONES Y SUS EFECTOS EN EL DISTRITO DE JOSE CRESPO Y CASTILLO – LEONCIO PRADO – 2014.

Autor: Mg. RONALD CRIPPEN BOCANEGRA LAGUNA

Principales conclusiones:

1.- Se determinó que el control interno influye significativamente sobre los procesos de selección para ejecución de obras de la Municipalidad Distrital de José Crespo y Castillo –Leoncio Prado, toda vez que se obtuvo un 95.40% de porcentaje que representa el nivel de influencia de la variable X sobre la variable Y, relacionada con la adecuada aplicación del control interno que deben efectuar los funcionarios y/o servidores de la Entidad con la finalidad de llevar a cabo procesos de selección con criterios de objetividad y enmarcados en la normativa legal.

2.- Se estableció que el componente ambiente de control influye significativamente en los procesos de selección para ejecución de obras de la Municipalidad, por cuanto, se



obtuvo un porcentaje de 93% de nivel de influencia de la variable X sobre la variable Y, relacionada con la promoción de las buenas prácticas, valores, conductas y reglas apropiadas, que deben llevar a cabo los miembros de la entidad a fin de generar una cultura de control interno.

3.- Se determinó que el componente evaluación de riesgos influye significativamente en los procesos de selección para ejecución de obras de la Municipalidad, toda vez que se obtuvo un 96% de porcentaje que representa el nivel de influencia de la variable X sobre la variable Y, relacionada con el proceso de identificación y análisis de los riesgos a los que está expuesta la entidad que debe ser aplicado por los funcionarios y/o servidores de la entidad para el logro de sus objetivos y la elaboración de una respuesta apropiada a los mismos.

Se determinó que el componente actividades de control gerencial influye significativamente en los procesos de selección para ejecución de obras de la municipalidad, por cuanto, se obtuvo un 98% de nivel de influencia de la variable X sobre la variable Y, relacionada con el desarrollo de las políticas y procedimientos que deben ser establecidos por los funcionarios y/o servidores de la entidad con la finalidad de asegurar que se están llevando a cabo las acciones necesarias en la administración de los riesgos que afectan el logro de los objetivos de la entidad, contribuyendo a asegurar el cumplimiento de estos.

El tercer antecedente lo constituye la tesis para optar el grado académico de Magister en Gestión Pública, bajo los siguientes datos:

Título: ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA PROBLEMÁTICA DE LAS CONTRATACIONES ESTATALES EN EL MARCO DEL SISTEMA DE ABASTECIMIENTO PÚBLICO

Autores:



NG. TATIANA DOMINGUEZ PECHE

ING. NILTON JOHN DURAND MIRAVAL

Principales conclusiones:

1.- 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.

2.- En el contexto actual el proceso de contratación estatal ha adquirido importancia en las políticas económicas del país, prueba de ello la reciente modificación de su marco normativo obedece a un paquete reactivador de la economía nacional, dicho marco normativo tiene como principal arista la modificación de la metodología de desarrollo de los procesos de selección sin embargo el marco teórico y la investigación realizada demuestran que en la fase de programación y actos preparatorios 130, por tanto la solución y mejora de la eficiencia en esta fase mejorara la eficiencia a lo largo de todo el proceso; y que el aspecto humano (desarrollo de capacidades) el más relevante y en donde se debe enfocar los esfuerzos para mejorar la eficiencia del proceso de contratación estatal.

4.- La investigación permite al servidor público ubicar el proceso de contratación como parte de uno de los principales sistemas administrativos del Estado, en ese punto permite identificar al OEC de la Entidad como aquel que tiene que cumplir con todas las funciones que establece el sistema de abastecimiento público, esto sustenta la necesidad de empoderamiento para la aplicación de las mejoras necesarias. Asimismo, se ha identificado a los demás actores del proceso de contratación estatal, como la del área usuaria, cuya participación en la elaboración del requerimiento influye directamente en la eficiencia del proceso de contratación estatal.



La propuesta planteada por la investigación es un Plan de mejora de las capacidades de los actores relacionados al proceso de contratación estatal y que este se realice a nivel nacional a través del OSCE, para ello se han considerado, los actores interesados en este tipo de política (stakeholders) los criterios mínimos necesarios para una adecuada toma de decisiones y se han comparado el costo-beneficio de aplicar dicha alternativa, siendo necesario para ello la sensibilización de los principales funcionarios de las entidades con respecto al rol del OEC en el planeamiento estratégico institucional, la importancia que tiene la elaboración del requerimiento de las áreas usuarias siendo que esta no es una actividad “propia” de sus funciones. Esta propuesta permite aprovechar el Know How del OSCE para el desarrollo de capacidades, ampliar la oferta capacitadora y mejorar las distintas actividades del proceso de contratación que se realizan en otros sistemas administrativos del Estado.

2.2 Bases Teóricas.

La Administración Pública.

El término “Administración Pública” se identifica de modo tradicional con el Estado. De igual manera, en los diccionarios de términos jurídicos se menciona a la Administración Pública como “el Poder Ejecutivo en acción con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos”.

En esa misma línea BONNIN señala que “...la administración pública es la que tiene la gestión de los asuntos comunes respecto de la persona, de los bienes y de las acciones del ciudadano como miembro del Estado, y de su persona, sus bienes y sus acciones como incumbiendo al orden público” (ALVA MATTEUCI, 2009).

Gestión Pública.

La gestión pública es una especialidad que se enfoca en la correcta y eficiente administración de los recursos del Estado, a fin de satisfacer las necesidades de la



ciudadanía e impulsar el desarrollo del país (ESCUELA DE POST GRADO-TELESUP, 2017).

Gasto Público.

El gasto público es el total de gastos realizados por el sector público, tanto en la adquisición de bienes y servicios como en la prestación de subsidios y transferencias. En una economía de mercado, el destino primordial del gasto público es la satisfacción de las necesidades colectivas, mientras que los gastos públicos destinados a satisfacer el consumo público solo se producen para remediar las deficiencias del mercado. También tiene una importancia reseñable los gastos públicos de transferencia tendientes a lograr una redistribución de la renta y la riqueza (MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANAZAS, s.f.).

Malas Praxis en la Gestión Pública.

Por mala praxis se entiende aquel acto ilícito e inapropiado en el ejercicio de una profesión. En términos sencillos podríamos decir que se trata de algún tipo de error con unas determinadas consecuencias (DEFINICIONES ABC, 2007).

Eficiencia en la Gestión Pública.

La eficacia tiene que ver con resultados, está relacionada con lograr los objetivos. La eficiencia, en cambio, se enfoca a los recursos, a utilizarlos de la mejor manera posible.

El Estado en cambio, necesariamente debe ser antes eficaz que eficiente. Es decir, debe producir con su gestión un impacto positivo en la población a la que se dirige. El Estado no está para ganar dinero, sino para ser eficaz, para distribuir equitativamente, para proteger al más débil, para ser un árbitro justo en las lógicas diferencias que conviven en toda sociedad (ARNAO, 2011).



Las compras estatales en el Perú.

La definición tradicional de lo que es compras del Estado, indica que se trata de las compras de bienes, contrataciones de servicios y/o ejecuciones de obras, que las entidades del Estado realizan para el cumplimiento de sus funciones (CHALLAPA HUANCA, 2016).

El Presupuesto de la Nación.

El presupuesto nacional se refiere a los gastos e ingresos estimados que tiene el Estado, relativos a un año calendario en particular. Tiene entre sus múltiples propósitos realizar una evaluación del total de los ingresos y los gastos del Estado. Busca establecer un razonable equilibrio entre los gastos y los ingresos, haciendo posible una evaluación de los efectos que ellos producirán sobre la economía (GIORDANI, 2004).

2.3 Definiciones de términos básicos.

Tipos de Procesos de Compra.

El proceso de compra son las fases por las que pasa una persona desde que se da cuenta que tiene una necesidad hasta que adquiere un producto o servicio para resolverla (SANTOS, 2018).

Organismo Supervisor de las Compras Estatales

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) es la entidad encargada de velar por el cumplimiento de las normas en las adquisiciones públicas del Estado Peruano. Tiene competencia en el ámbito nacional, y supervisa los procesos de contratación de bienes, servicios y obras que realizan las entidades estatales.

Es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personalidad jurídica de derecho público y constituye un pliego presupuestal (MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS, s.f.).



Comité Especial

La norma señala que el Comité Especial deberá estar integrado por 3 miembros, uno (1) de ellos debe pertenecer al órgano encargado de las contrataciones y por lo menos uno (1) debe tener conocimiento técnico en el objeto de la contratación. Si el procedimiento es ejecución de obras, consultoría en general y consultoría de obras, de los tres (3) miembros, por lo menos dos (2) deben tener conocimiento técnico en el objeto de la contratación (MUNICIPIOALDIA.COM, s.f.).

Control Interno

Es el conjunto de acciones, actividades, planes, políticas, normas, registros, procedimientos y métodos, incluido el entorno y actitudes que desarrollan autoridades y su personal a cargo, con el objetivo de prevenir posibles riesgos que afectan a una entidad pública (LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, s.f.).

Ley de Contrataciones Públicas

Por Sistemas de Contratación se hace referencia a las distintas modalidades en que la Entidad puede ejecutar su obligación principal: el pago. La Ley de Contrataciones del Estado ha previsto los siguientes tipos: Suma Alzada; Precios Unitarios; Modalidad Mixta, Tarifas y Porcentajes.

Para todo involucrado en las Contrataciones del Estado es de suma importancia conocer estas modalidades de pago previstas por la Ley. Para los funcionarios y servidores porque no pueden aprobar el Expediente de Contratación ni elaborar las bases sin definir qué Sistema de Contratación se empleará. Para los postores porque de la definición del Sistema depende el modo de formulación de la oferta: si las bases indican Precios Unitarios, la oferta debe formularse en Precios Unitarios, si dice Suma Alzada deberán hacer lo propio (Incispp, 2017).



Reglamento de la Ley de Contrataciones

La presente Ley tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos (Ley de Contrataciones del Estado LEY N° 30225, 2015).

2.3.1 La Administración Pública.

La Administración Pública es aquella función del Estado que consiste en una actividad concreta, continua, práctica y espontánea de carácter subordinado a los poderes del Estado y que tienen por objeto satisfacer en forma directa e inmediata las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado dentro el orden jurídico establecido y con arreglo a este (MACHICADO, 2012).

En los términos de la clásica definición de Charles- Jean Bonnin, formulada a inicios del siglo XIX, la Administración Pública es la que tiene la gestión de los asuntos respecto a las personas, de los bienes y de las acciones del ciudadano como miembro del Estado, y de su persona, sus bienes y sus acciones como incumbiendo al orden público (PEREZ, 2014).

La palabra “administrar” proviene del latín ad-ministrare, ad (ir, hacia) y ministrare (servir, cuidar) y tiene relación con la actividad de los ministros romanos en la antigüedad. No obstante, el concepto de Administración Pública puede ser entendido desde dos puntos de vista. Desde un punto de vista formal, se entiende a la entidad que administra, o sea al organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales. Desde un punto de vista material,



se entiende más bien la actividad administrativa, o sea la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia, tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión.

Administración Pública es un término de límites imprecisos que comprende el conjunto de organizaciones públicas que realizan la función administrativa y de gestión del Estado y de otros entes públicos con personalidad jurídica, ya sean de ámbito regional o local. Por su función, la Administración Pública pone en contacto directo a la ciudadanía con el poder político, satisfaciendo los intereses públicos de forma inmediata, por contraste con los poderes legislativo y judicial, que lo hacen de forma mediata. También se puede entender como la disciplina encargada del manejo científico de los recursos y de la dirección del trabajo humano enfocada a la satisfacción del interés público, entendiendo este último como las expectativas de la colectividad.

Otra acepción que se le puede dar a la Administración Pública es el de ciencia de gobierno desarrollada principalmente por el Organismo Ejecutivo sin perjuicio de las funciones relacionadas al legislativo y judicial (LOPEZ, 2011).

2.3.1.1 Etimología.

“Administración” deriva del latín “ad” y “ministratio”, ‘servir’.

Adolfo Posada dice que administrar es la gestión ordenada de negocios e intereses de una persona individual o colectiva, para acomodarse a las exigencias de la realidad.

2.3.1.2 Evolución

La administración tiene origen en el hecho intuitivo del hombre para satisfacer las más premiosas necesidades de supervivencia. Cuando dos hombres se pusieron de acuerdo para mover una piedra, en ese momento nació la administración.

Los acontecimientos trascendentales en su desarrollo fueron:



La Revolución Industrial, que cambia los sistemas de administración de bienes y de personas.

El Liberalismo con su dejar pasar y dejar hacer y con su política de abstencionismo de la actividad administrativa del Estado.

En el Estado del Bienestar es donde la administración se desarrolla aún más.

2.3.1.3 Diferencias:

La Administración Pública

- Tiene base social.
- Su fin es el servicio y la utilidad públicos.
- Pertenece al campo del Derecho Público.
- Las decisiones la toman un conjunto de personas.
- La estructura es compleja.
- Los programas destinados a los administrados tienen que cumplirse, aún coercitivamente.
- No hay incentivo pecuniario

La Administración Privada:

- Tiene base en el individualismo.
- Su fin es el lucro.
- Su régimen jurídico está en el Derecho Privado.
- Generalmente las decisiones lo toman una sola persona, el Gerente.
- Su estructura es más sencilla.
- Los programas diseñados pueden cumplirlo o no, los destinatarios.
- Existen incentivos y motivaciones monetarias o jerárquicas (ascensos)

2.3.1.4 Similitudes:

- Emergen de un mismo tronco.



- Utilizan los mismos principios científicos que les otorga la Ciencia de la Administración.
- Ambas son ramas especializadas de la Ciencia de la Administración (MACHICADO, 2012).

2.3.1.5 Elementos de la Administración Pública:

Los elementos de la administración pública son los recursos y pasos que conllevan al Estado a generar el bienestar común de las personas.

- 1) **Órgano Administrativo:** la administración pública está compuesta por organismos que son el medio por el cual se manifiesta la personalidad del Estado y las metas que desea alcanzar.
- 2) **Actividad Administrativa:** se lleva a cabo cuando la administración cumple con el deber de suministrar los servicios públicos para alcanzar su finalidad.
- 3) **Finalidad:** el Estado tiene como finalidad garantizar y proporcionar el bienestar común de los ciudadanos como parte de sus obligaciones y responsabilidades ante la población.
- 4) **El medio:** es el servicio público utilizado en la administración pública para lograr el bienestar común.

2.3.1.6 Características de la Administración Pública

Estas son algunas de las características generales más destacables de la administración pública.

- La administración pública busca satisfacer las necesidades de las personas a través de bienes y servicios adecuados.
- La normativa jurídica es la base donde se fundamenta la administración pública.



- Su estructura es compleja ya que puede abarcar gran cantidad de direcciones administrativas en los organismos públicos.
- Tiene la potestad de asignar los recursos para llevar a cabo proyectos de fines sociales, económicos, políticos y culturales.
- Garantiza los derechos de los ciudadanos.
- Las decisiones se toman en equipo y no por una sola persona.
- Los atributos de la administración pública se las da el Estado.
- En ocasiones puede ser una administración burocrática (ADMINISTRACION PUBLICA, 2018).

2.3.2 Derecho Penal de la Administración Pública:

Concepto y Significado. -

En la denominación de esta disciplina se contienen dos elementos heterogéneos que a simple vista pueden parecer incluso contradictorios: «Derecho penal» y «Administración pública». Esa denominación reúne bajo un mismo tenor dos materias que tienen, cada una de ellas, un ámbito concreto y autónomo, dos disciplinas que tienen diversos «campos de juego», dos ámbitos que son, al menos, conceptualmente diferenciados: uno de ellos, el Derecho penal, es un sector del ordenamiento jurídico, una especie del género Derecho; otro, la Administración Pública, alude a un concepto en principio más amplio: a aquella organización que gestiona servicios públicos en el seno de una esfera política determinada.

Entonces ¿qué sentido tiene unir dos miembros tan diferentes bajo un mismo «manto conceptual»? O formulándose de otra manera: ¿Qué vincula al Derecho Penal con la Administración pública?

Si analizamos ambos conceptos con más detenimiento veremos que:



El profesor de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla – España. Magister en Derecho por la Universidad de Sevilla. Magister Iuris Comparativi por la Universidad de Bonn (Alemania).

Introducción al Derecho Penal de la Administración Pública Por: Miguel Polaino-Orts.

Entre ellos existen algunos puntos de conexión:

- Por un lado, pareciera que el Derecho Penal, como instrumento al servicio de la Administración de Justicia, también formaría parte de la Administración Pública. Desde este punto de vista, la

Administración de Justicia penal sería un sector de la Administración Pública, un fragmento de ella.

- Por otro lado, tanto el Derecho Penal como la Administración Pública tienen otro común denominador: ambas materias se incluyen en lo que suele llamarse Derecho Público (POLAINO, s.f.).

2.3.3 Gestión Pública. -

Podríamos resumir que la nueva gestión pública persigue la creación de una administración eficiente y eficaz, es decir, una administración que satisfaga las necesidades reales de los ciudadanos al menor coste posible, favoreciendo para ello la introducción de mecanismos de competencia que permitan la elección de los usuarios y a su vez promuevan el desarrollo de servicios de mayor calidad. Todo ello rodeado de sistemas de control que otorguen una plena transparencia de los procesos, planes y resultados, para que, por un lado, perfeccionen el sistema de elección, y, por otro, favorezcan la participación ciudadana (GARCÍA SANCHEZ, 2007).



2.3.3.1 La Administración Pública Como Gestor.

Así mismo, el sector público actúa también como gestor en tanto que no se limita a administrar ciertos recursos, sino que adopta las decisiones necesarias para obtener los mismos y trata de coordinar y motivar a las personas necesarias para lograr tales fines. En definitiva, el sector público, como gestor, adopta las medidas oportunas para adquirir los recursos necesarios para satisfacer las necesidades de los ciudadanos otorga relevancia al factor humano ya que resulta siendo un importante factor para la consecución de los mismos.

2.3.3.2 Las Funciones Generales de la Gestión, según Allison, son:

Estrategia, es decir la determinación de los fines que el sector público se plantea alcanzar, así como la determinación de sus prioridades y de los procedimientos operativos correspondientes para la consecución de sus objetivos.

Gestión de los elementos internos, es necesario estructurar el sistema, establecer los procedimientos que se emplearán para la organización, determinar el destino de los recursos humanos, para facilitar su optimización, y articular los mecanismos que permitan controlar la actuación de los funcionarios.

2.3.3.3 Gestión de los elementos externos,

Para esto se requiere un trato y comunicación fluida con otras organizaciones, con los administrados y con la prensa.

Tradicionalmente la gestión pública se ha caracterizado por las siguientes notas:

- Continuidad y regularidad para proporcionar seguridad a los ciudadanos de modo que los servicios públicos no se vean afectados por los cambios políticos.
- Neutralidad, se trata de procurar el mismo trato a todos los administrados y de no interferir en sus decisiones individuales. Es coherente con la idea del Estado mínimo de los clásicos.



- Gestión estable y rutinaria, la estructura de la administración se caracteriza por su escasa complejidad y más escasos cambios, estas características garantizan la rutina.

La articulación interna del sistema se basa en el modelo de Weber: división de competencias, fuerte reglaje, normas procedimentales estrictas, principio de legalidad y personal funcional organizado jerárquicamente.

Estos son los elementos que conforman el modelo clásico el cual ha sido superado actualmente dados los inconvenientes que plantea: excesiva rigidez y falta de adaptabilidad, impersonalidad, segmentación competencial, fragmentación e inoperatividad.

2.3.4 La Nueva Gestión Pública.

La NGP surge a finales de los años ochenta e inicios de los noventa. Las ideas principales de este nuevo sistema se centran en intentar acercar la producción pública a los procedimientos de producción privada, pero sin trasladar directamente sus métodos, como propone el gerencialismo, sino adecuando estos métodos a la producción pública dadas las peculiaridades que esta plantea.

La NGP pretende aumentar el funcionamiento productivo de las organizaciones públicas para lo cual pretende mejorar la gestión de recursos humanos y hacer un mayor uso del sector público para promover un sistema más eficiente, competitivo, seguro y abierto que permita la privatización de bienes y servicios y para dismantelar monopolios y otras protecciones de los productos.

2.3.4.1 Sus Principales Postulados son:

Descentralización y especialización, es lo que se denomina “disgregación del sector público” permite reducir el tamaño de las organizaciones. A este instrumento responde, la política de privatización y el contracting out o contratación externa de servicios. De este modo el sector público no produce directamente bienes y servicios, sino que garantiza la



provisión de los mismos a través del sector privado, el cual se muestra más eficiente respecto de los procesos productivos. La descentralización permite dotar a las organizaciones de poderes de decisión en el ámbito de su especialidad de modo que se evita la lentitud e ineficacia burocráticas que quedan excluidas del control parlamentario y además implica una reducción del tamaño de las mismas lo que las hace más asequibles para los ciudadanos y más eficaces ya que su cercanía a los ciudadanos hace que sean más sensibles a las necesidades de estos y les atiendan más adecuadamente.

Incorporación de las técnicas de evaluación como norma, mediante la incorporación de indicadores adecuados, estas técnicas permiten conocer el grado en el que se han alcanzado los objetivos propuestos y permiten orientar la acción pública hacia la maximización del bienestar colectivo. Se trata de compatibilizar la economía con la eficacia y la eficiencia (DERECHO UNED, s.f.).

2.3.5 El Gasto Público.

Los Gastos Públicos son el conjunto de erogaciones que por concepto de gasto corriente, gasto de capital y servicio de deuda, realizan las Entidades con cargo a los créditos presupuestarios aprobados en los presupuestos respectivos, para ser orientados a la atención de la prestación de los servicios públicos y las acciones desarrolladas por las Entidades de conformidad con sus funciones y objetivos institucionales (IBARRA MARES, 2009).

El gasto público es la cantidad de recursos financieros, materiales y humanos que el sector público representado por el gobierno emplea para el cumplimiento de sus funciones, entre las que se encuentran de manera primordial la de satisfacer los servicios públicos de la sociedad. Así mismo el gasto público es un instrumento importante de la política económica de cualquier país pues por medio de este, el gobierno influye en los niveles de consumo, inversión, empleo, etc. Así, el gasto público es considerado la devolución a la



sociedad de algunos recursos económicos que el gobierno captó vía ingresos públicos, por medio de su sistema tributario principalmente.

La forma de estructurar el gasto público es de gran importancia para la economía en general, pues siendo un instrumento poderoso que afecta la economía, su manejo causa u origina diversos fenómenos que algunas veces son positivos y otras veces son negativos para un país e incluso otros países que estén fuertemente correlacionados económicamente. Del análisis de la estructuración y aplicación del gasto público se pueden predecir ciertos comportamientos de la economía, así como los fines que persigue el sector público.

A lo largo de la historia de los estados modernos, el entendimiento de las funciones del gobierno para intervenir en la economía a través del gasto público ha tendido a incrementarse o decrementarse paralelamente de acuerdo al pensamiento ideológico del gobierno en turno y/o de la influencia de las grandes potencias económicas que confluyen en sus respectivas economías. En nuestro siglo, el sector público aparte de realizar las funciones tradicionales de gobierno que eran salvaguardar a sus ciudadanos a través del orden interno y externo, y administrar la justicia; ha asumido otras funciones mucho más amplias valiéndose para ello del gasto público. En estas actividades el sector público ha venido utilizando al gasto para tratar de dar más empleo, estimular la actividad económica, crear la infraestructura productiva del país, dar vivienda a los trabajadores, elevar el nivel educativo proporcionando educación gratuita, proporcionar servicios de salud, etc.

El gasto público es la suma de todos los gastos realizados por instituciones, organismos y entidades públicas que forman parte de la economía de un país.

El gasto público comprende los gastos y las compras realizadas en un periodo de tiempo, normalmente un año y los realizan el Estado, los organismos autónomos, las corporaciones locales, las empresas públicas y los organismos de la Seguridad Social con



el objetivo de cubrir las necesidades de carácter público que puedan surgir en una sociedad de mercado.

2.3.5.1 ¿Qué fines persigue el gasto público?

El gasto público es utilizado para dotar de servicios básicos a la sociedad y persigue los siguientes fines:

- Prestación de servicios públicos de carácter judicial, administrativos, de seguridad, etc.
- Aumentar el grado de desarrollo o crecimiento económico.
- Contribuir a un reparto equitativo de la renta y la riqueza del país.
- Mantener estable el nivel general de precios y conseguir una situación de pleno empleo.

2.3.5.2 ¿De qué manera influye el gasto público en la economía de un país?

El gasto público permite dar respuesta a las necesidades de la sociedad e influye en diferentes aspectos de la economía, en unos de forma positiva y en otras de forma negativa.

Empleo: El gasto público puede afectar positivamente a la creación de empleo de una sociedad, dependiendo de lo que el Estado decida gastar para esa partida. Si bien es cierto, que la producción de un país se ve afectada por el gasto público, lo que influye indirectamente en la creación de empleo.

Hay que tener en cuenta que en muchas regiones pequeñas el único empleador es el Estado y esto es posible gracias al gasto público.

- 1) **Ahorro:** El gasto público se sustenta en gran medida por los impuestos que pagan los contribuyentes de una sociedad, lo que puede influir negativamente en su capacidad de ahorro, que disminuye en relación al aumento de impuestos.
- 2) **Inversión:** La inversión está directamente relacionada con el ahorro. Si la capacidad de ahorro disminuye también lo harán las posibilidades de inversión.



- 3) **Inflación:** Un incremento del gasto público provoca un aumento del precio de bienes y servicios, lo que provoca inflación, es decir, al producirse un aumento en la demanda de bienes y servicios y no haber oferta suficiente para cubrirla, deriva en un aumento de los precios (My tripleA, s.f.)

2.3.5.3 Finalidad y Principios

Finalidad de la contratación pública es que las entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones.

La finalidad de la normativa en materia de contratación pública, no es otra que las entidades de la administración pública adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles; ello en un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores, como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos; siendo responsabilidad del Comité Especial efectuar una eficiente evaluación de las propuestas.

Luego de realizada la nueva integración de bases, el Comité Especial deberá tener en consideración los aspectos, referidos a la evaluación y calificación, que han sido cuestionados por las partes, estando obligado a que sus decisiones se encuentran en el marco de la normativa de contratación pública. En tal sentido, el Comité Especial deberá tener en cuenta que para la evaluación de la experiencia de consorcios, en el caso de los factores de evaluación, debe necesariamente seguirse el procedimiento previsto en la Directiva N^a 016-2012-OSCE/CD, para lo cual deberá aplicar la fórmula aplicada en la página web de la OSCE, cuya finalidad es precisamente el facilitar dicha evaluación (Resolución N^o0041-2016-TCE-S2. Considerando 39) (CAPCHA, 2018).

2.3.6 Entidades deben maximizar el uso de los recursos públicos.

La finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra cosa que las entidades adquieran bienes, servicios y obras, maximizando el valor de los recursos



públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en la Ley.

Bajo esta premisa, las exigencias de orden formal y sustancial de la normativa prevean o cuya aplicación surja a partir de su interpretación, deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado. (Resolución N° 2724-2016-TCE-S4. Considerando 4) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.7 Falta de claridad en las bases afecta el fin perseguido por una compra pública.

Si las bases del procedimiento de selección no están claras o generan incongruencias o contravienen normas legales, se quiebra el fin perseguido con una compra pública, y ante la falta de claridad de estas, el potencial proveedor vea, restringida su posibilidad de participar, o si decide hacerlo, no tendrá claro que bien debe ofertar, la misma que atentaría contra los principios de libertad de competencia, igualdad de trato y competencia, así como de transparencia.

Las bases del procedimiento de selección deben ser claras, de acuerdo a las normas de contratación pública y a los principios, como el principio de transparencia que abona en favor del desarrollo del procedimiento de selección en base a criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores; así como el principio de igualdad de trato, el cual exige que todos los postores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas, y en consecuencia el trato discriminatorio manifiesto o encubrimiento, salvo que se cuente con una justificación objetiva o razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia



efectiva. (Resolución N°2954-2016-TCE-S3. Fundamentos 33 y34) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.8 Los principios para controlar la discrecionalidad de la administración.

El procedimiento administrativo en general, y los procedimientos de selección en particular, se rigen por principios, los cuales constituyen elementos que el legislador a considerado básicos para controlar la libertad o discrecionalidad de la administración en la interpretación de las normas existentes, a través de la utilización de la técnica de integración jurídica. (Resolución N° 1633.2017-TCE-S4. Considerando 27) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.9 Falta de claridad en las bases afectan al principio de transparencia.

Existen deficiencias en las bases Integradas del procedimiento de selección, esto es, en el extremo que contravienen el contenido de los principios, previsto en el literal C) del artículo 2 de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, en virtud del cual las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que este se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad (el énfasis es nuestro), así como lo dispuesto en el artículo 52 del Reglamento, y por Directiva N°001-2016-OSCE/CD.

Si las bases integradas del procedimiento de selección no están claras o generan incongruencias o contravienen normas legales, se quiebre al fin perseguido con una compra pública, y ante la falta de claridad de estas, los potenciales proveedores verán restringida su posibilidad de participar, o si deciden hacerlo, no tendrán claro que documentos deben presentar para la admisión, evaluación y calificación de las ofertas o el alcance de estas, situación que, como se ha indicado anteriormente atenta contra los



principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y transparencia. (Resolución N° 0246-2017-TCE-S2. Considerandos 15y 17) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.10 Falta de claridad en las bases afecta el principio de transparencia.

Efectivamente se transgrede lo dispuesto en el Art. 16 de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, así como el Art. 8 del Reglamento, que dispone que las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico, según corresponda, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y no tienen por efecto la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo.

Si las especificaciones técnicas no se encuentran precisas se afecta gravemente la transparencia del procedimiento de selección, así mismo las bases deben encontrarse de manera clara y objetiva el detalle de las especificaciones técnicas de los bienes que se requieren, lo que afecta la libre concurrencia, igualdad de trato y competencia, incluso es esta situación es la que precisamente genera la controversia. (Resolución N° 2954-2016-TCE-S3. Fundamento 31) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.11 Base que contengan disposiciones ambiguas o imprecisiones vulneran los principios de libre concurrencia y transparencia que rigen las contrataciones del Estado.

Si bien las entidades se encuentran facultadas a requerir que los postores presenten determinada documentación a efectos de verificar que el producto ofertado cumpla con las especificaciones técnicas establecidas por su representada; debe tenerse presente que, lo requerido y establecido en las bases del procedimiento de selección, debe ser claro y preciso, de modo tal que no genere confusión ni para los postores ni para el comité de



selección o el órgano encargado de las contrataciones, estableciéndose reglas claras y específicas para la evaluación y calificación de la ofertas; ello toda vez que, en el supuesto que las bases contengan disposiciones ambiguas o imprecisiones, se estarían vulnerando los principios de libre concurrencia y transparencia que rigen las Contrataciones del Estado y en consecuencia consagrado en los literales a) y c) del artículo 2 de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado respectivamente.

La ambigüedad e imprecisión de las bases, conllevan a que los postores y el comité de selección cuenten con interpretaciones distintas respecto de la documentación que debía presentarse para la administración de la oferta y de lo que dicha documentación debía acreditar; en ese sentido nos encontraríamos ante una deficiencia en las bases del procedimiento de selección que transgrede los principios de libre concurrencia, igual de trato, transparencia, eficiencia y eficacia. (Resolución N°3000-2016-TCE-S3. Considerandos 17 y 18 (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.12 La aplicación de principios limita la discrecionalidad del comité de selección.

Al menester destacar que el procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador a considerado básicos, por un lado para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver, aquellos aspectos no regulados; así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Garantizan ello, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley 8Resolucion N° 0318-2017-TCE-s1. Considerando 24) (CAPCHA,Olivia, 2018).



2.3.13 No permitir la subsanación de documentación afecta el principio de concurrencia.

Muchas veces el criterio adoptado por el comité de selección, para deshabilitar la oferta del impugnante no se encuentra conforme a las bases ni a la normativa de contrataciones del Estado vigente; así mismo, conlleva, además, a una clara afectación del interés público que subyace a todo procedimiento de contratación estatal, pues termina afectando la esencia del proceso competitivo que es precisamente permitir que la entidad se beneficie de la mejor oferta (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.14 Aplicación de principios en el procedimiento de selección.

El procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos; por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas y complementarias. Abonan en este sentido, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

En este orden, resulta importante mencionar que por el principio de transparencia, las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad; este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico; mientras que, en virtud del principio de libertad de concurrencia, las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias ; así



como el principio de competencia, los procesos de contratación incluyen disposiciones que permitan establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la oferta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación.(Resolución N° 2724-2016-TCE-S4) Considerando2) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.15 Vulneración de principios vician las actuaciones realizadas basadas en los procedimientos de selección.

Los procedimientos de selección se rigen por una serie de principios, entre ellos, el principio de legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N°27444, por el cual las autoridades administrativas deben actuar con respecto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas.

Además de acuerdo al principio de eficacia y eficiencia previsto en el literal f) del artículo 2 de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, el proceso de contratación debe garantizar la efectiva satisfacción del interés público. En el caso del requisito de calificación relativo al “Equipamiento”, la normativa antes referida procura salvaguardar esa efectiva satisfacción, exigiendo la presentación de documentos que acrediten contar con el mismo, objetivo que no se considera garantizado con una mera declaración jurada. De ahí que las bases estándar han establecido la forma en que se debe acreditar el referido requisito de calificación.

En este contexto, la vulneración de los principios bajo comentario, al afectar derechos fundamentales que los administrados gozan dentro de todo procedimiento, vivan la actuación administrativa de la autoridad que actúa, decide o resuelve dentro de esta circunstancia (Resolución N° 2724-2016-TCE-S4. Considerando18, 19 y 20) (CAPCHA, Olivia, 2018).



2.3.16 Exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea deben promover la libre competencia.

Se enfatiza que las bases constituyen las reglas definitivas del proceso de selección y es en función de ellas que debe efectuarse la calificación y evaluación de las propuestas, quedando tanto las Entidades los postores sujetos a sus disposiciones.

Bajo esta premisa, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación, deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre al óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado (Resolución N° 0199-2016-TCE- S3. Considerando 2) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.17 Principios encausan y delimitan la actuación de la administración y de los administrados.

El procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Abonan en este sentido, entre otros, los Principios de Moralidad, Eficiencia, Transparencia, Trato Justo e igualitario y de Economía, recogidos en el Artículo 4 de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado. (Resolución N°0199-2016-TCE-S3. Considerando 3) (CAPCHA, Olivia, 2018).



2.3.18 Principio de transparencia implica que la contratación debe realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas.

En este orden, resulta importante mencionar que, por el Principio de Transparencia, toda la contratación debe realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores; mientras que, en virtud del Principio de Libre Concurrencia y Competencia, en las contrataciones públicas deben incluirse regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.

Finalmente, en virtud del Principio de Moralidad todos los actos derivados de los procesos de contratación tienen como premisa las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad, determinando su transgresión la no admisión de la propuesta técnica del postor, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que corresponde asumir por dicha situación. (Resolución N°0199-2016-TCE-S3. Considerando 3) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.19 Especificaciones técnicas que se establecen en función al requerimiento efectuado por el área usuaria deben guardar correspondencia con el principio de vigencia tecnológica.

Entre los principios rectores que rigen las contrataciones del Estado, se tiene el de Vigencia Tecnológica, en virtud del cual los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

En vista de ello, las especificaciones técnicas que se establecen en función al requerimiento efectuado por el área usuaria deben guardar correspondencia con dicho



principio a efectos de asegurar que los bienes, servicios y obras cumplan las condiciones de calidad vigentes, ya que de lo contrario se ocasionaría perjuicio al Estado, no solo porque implicaría la ineficiencia erogación de fondos públicos, sino también porque las necesidades públicas no serían satisfechas en las mejores condiciones de calidad.

En ese escenario, recuérdese que si bien el cuarto párrafo del artículo 8 del Reglamento establece la posibilidad de que el requerimiento incluya disposiciones previstas en normas técnicas que sirvan para asegurar el requerimiento de los requisitos funcionales o técnicos; dicha facultad debe ser ejercida en concordancia con el Principio de Vigencia Tecnológica. En otras palabras, si la finalidad es asegurar el cumplimiento de requisitos funcionales o técnicos se encuentren sujetos a condiciones de calidad vigentes.

Nótese que el Principio de Vigencia Tecnológica se encuentra estrechamente vinculado al Principio de Eficacia y Eficiencia, dado que para que el proceso de contratación contribuya al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad y la consecuente satisfacción del interés público, es necesario que los bienes, servicios y obras objeto de dichos procesos, reúnan las condiciones de calidad vigentes. (Resolución N^a 2981-2016-TCE-S4. Considerando 11) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.20 La formulación de las especificaciones técnicas deberá permitir la concurrencia de proveedores en el mercado.

El área usuaria debe requerir los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que se debe ser contratado.

Además, se dispone, que la formulación de las especificaciones técnicas deberá permitir la concurrencia de la pluralidad de proveedores en el mercado para la convocatoria del respectivo proceso de selección, evitando incluir requisitos innecesarios



cuyo cumplimiento solo favorezca a determinados postores. (Resolución N°0106-2017-TCE-S3. Considerando 18) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.21 Autoridad Responsable del Proceso de Contratación

Artículo 6. Organización de los Procesos de Contratación

Los procesos de contratación son organizados por la Entidad, como destinatario de los fondos públicos asignados a la contratación.

Mediante convenio una Entidad puede encargar a otra Entidad las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección.

Artículo 8. Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones

Se encuentran encargados de los procesos de contratación de la Entidad:

- a) El Titular de la Entidad que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.
- b) El Área Usuaria que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o, que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, previas a su conformidad.
- c) El Órgano encargado de las contrataciones que es aquel órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos.



Adicionalmente, la Entidad puede conformar comités de selección, que son órganos colegiados encargados de seleccionar al proveedor que brinde los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación. Su composición y funciones se determinan en el reglamento.

El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la declaración de nulidad de oficio, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra, la aprobación de las contrataciones directas salvo aquellas que disponga el reglamento de acuerdo a la naturaleza de la contratación, y los otros supuestos que se establezcan en el reglamento.

El reglamento establece las acciones que las Entidades deben adoptar en su Reglamento de Organización y Funciones u otros instrumentos de organización y/o gestión.

Artículo 9. Responsabilidad

Todas aquellas personas que intervengan en los procesos de contratación por o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule con esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de efectuar contrataciones de manera eficiente, maximizando los recursos públicos invertidos y bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley y su reglamento y los principios, sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que se otorgan.

De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que los vincule con la Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

Artículo 10. Supervisión de la Entidad



La Entidad en todos sus niveles debe supervisar, directamente o a través de terceros, todo el proceso de contratación. El hecho de que la Entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.

2.3.22 Impedimentos:

De acuerdo a la norma están impedidos de Contratar con le Estado las siguientes personas:

Los alcaldes de las municipalidades, hasta doce meses de haber dejado su cargo, están impedidos de ser participantes, postores y /o contratistas en las contraprestaciones que se llevan a cabo en el ámbito de su jurisdicción; asimismo, tienen el mismo impedimento el conviviente, así como las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes, dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria. Debe tenerse presente que, el impedimento se encuentra circunscrito al ámbito de su jurisdicción y tiene por objeto restringir la intervención de las personas mencionadas en las contrataciones que se lleve a cabo en esta jurisdicción y evitar conflictos de interés que perjudiquen la transparencia y, última instancia, la idoneidad de las contrataciones. (Resolución N°1820-2017-TCE-S2. Considerando 5) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.23 No existe la posibilidad que puede extenderse en impedimento por afinidad a los parientes el conviviente.

En esta línea tenemos que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 237 del Código Civil, el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro; en ese sentido, tal como el propio Código lo señala expresamente, el matrimonio es la única figura jurídica que produce parentesco por afinidad con los parientes del conyugue. Por lo tanto, si bien se reconoce jurídicamente la



condición de conviviente de una persona, el citado código no reconoce expresamente que dicha situación también produzca parentesco por afinidad para los parientes del conviviente, como si ocurre para los parientes del conyugue.

En esa medida, legalmente no existe la posibilidad que puede extenderse en impedimento por afinidad a los parientes el conviviente. (Resolución N°1820-2017-TCE-S2. Considerando5) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.24 Oferta debe contener como mínimo la declaración jurada de no tener impedimento para postular en el proceso de selección ni para contratar con el estado.

El cumplimiento del requerimiento al que se hace alusión en la Ley modificada, se encuentra referido tanto a lo requerido por la Entidad como por lo previsto en la normativa de contrataciones públicas. En este último caso, en el literal a) del numeral 1 del artículo 31, concordado con lo previsto en el artículo 53 del Reglamento (así como la modificación del Reglamento), se señala que la oferta debe contener como mínimo, para la admisión de la misma, la declaración jurada de no tener impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.(Resolución N°1552-2017-TCE-s4. Considerandos 7 y 8) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.25 Constituye infracción que el proveedor suscriba un contrato si tiene impedimentos para celebrarlo.

En lo que concierne a esta infracción, el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece que se impondrá sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que contraten con el Estado estando impedidos para ello, de



acuerdo a lo establecido en el artículo 10 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

A partir de lo anterior, se tiene que la infracción prevista en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, contempla dos requisitos de necesaria verificación para la configuración de la causal: a) que se haya celebrado un contrato con una entidad del Estado; y b) que al momento de celebrarse y/o perfeccionarse dicho contrato, el postor se encuentre incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. (Resolución N°1633-2017-TCE-S4. Considerando 10 y11) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.26 La normativa establece supuestos que limitan a una persona natural o jurídica a ser participante a efectos de garantizar la libre competencia y competencia.

Resulta pertinente mencionar que el ordenamiento jurídico en materia de Contrataciones del Estado ha consagrado, como regla general, la posibilidad de toda persona natural o jurídica pueda participar en los procesos de contratación, en el marco de los principios de libertad de competencia y competencia previstos en la Ley; sin embargo, precisamente, a efectos de garantizar la libre competencia y competencia en los procedimientos de contratación que desarrollan las Entidades, la normativa establece ciertos supuestos que limitan a una persona natural o jurídica a ser participante, postor y/o contratista del Estado, debido a que su participación en los procedimientos de compra pueda afectar la transparencia, imparcialidad y libre competencia con el que se debe obrar en ellos, debido a la naturaleza de sus atribuciones o por la condición que ostentan. (Resolución N° 1633-2017-TCE- S4) (CAPCHA, Olivia, 2018).



2.3.27 Impedimentos para participar en procedimientos de selección salvaguardan los principios de libre competencia, imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario.

A efectos de garantizar la libre concurrencia y competencia en los procesos de contratación que desarrollan las Entidades, la normativa establece ciertos supuestos que limitan a una persona natural o jurídica a ser participante, postor y/o contratista del Estado, debido a que su participación en los procedimientos de compra puede afectar la transparencia, imparcialidad y libre competencia con que se debe obrar en ellos.

En adición a ello, es pertinente señalar que el artículo 248 del Reglamento, en concordancia con lo estipulado en el artículo 11 de la Ley N^a 30225, Ley de Contrataciones del Estado, regula un impedimento para ser postor y/o contratista del Estado, a efectos de salvaguardar el cumplimiento de los principios de libre competencia, imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario dentro de los procedimientos de selección que las Entidades llevan a cabo y que pueden generar situaciones de injerencia, ventajas, privilegios o conflictos de interés. (Resolución N^o2865-2016-TCE-S-2. Considerando 29) (CAPCHA, 2018).

2.3.28 Se encuentran impedidas de participar en procedimientos de selección las personas que son continuación, derivación, sucesión, o testafarro de una persona impedida.

En ese contexto, el literal c) del artículo 248 del Reglamento restringe la participación en los procedimientos de selección o en los contratos con el Estado de las personas naturales o jurídicas que son continuación, derivación, sucesión o testafarro de una persona impedida, considerando las personas que las representan, constituyen u otra circunstancia comprobable. El impedimento se verifica con independencia de la forma



jurídica que las personas hayan empleado para eludir la restricción que poseen, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares.

Como es de apreciar, el referido impedimento, entre otros supuestos, persigue evitar que a través de una reorganización societaria (fusión, escisión, entre otro supuesto), se concrete un fraude a la Ley y se consiga eludir los efectos jurídicos que contrae un impedimento para contratar con el Estado.

Por tanto, el impedimento para contratar con el Estado se genera en aquella persona jurídica resultante del proceso de reorganización societaria, pues es esta la que persigue viabilizar la continuidad en las operaciones de la empresa impedida. (Resolución N° 2865-2016-TCE-S2. Considerando 29) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.29 Restricciones a la libre participación de postores en los procesos de selección.

El artículo 10 de la Ley regula una serie de restricciones a la libre participación de postores en los procesos de selección, estableciendo “Impedimentos para ser postor y/o Contratista del Estado”. Así el literal k) establece que cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas: “Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos 12 meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentran sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al 5% del capital o patrimonio



social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente.” (Resolución N°0270-2016-TCE-S3. Considerando 10) (CAPCHA Olivia, 2018).

2.3.30 Impedimento para ser participante, postor y/o contratista cuando un postor sancionado integra una persona jurídica vinculada.

Según criterio adoptado por Acuerdo de Sala Plena N° 015/2013 del 02 de diciembre el 2013, se encuentra impedido de ser participante, postor y 7° contratista del Estado el postor, entendido como la “Persona Jurídica Vinculada”, cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales forman parte del “Proveedor Sancionado”. Es decir, en el momento en que participa en el proceso, es postor o suscribe un contrato con una Entidad, esta “Persona Jurídica Vinculada” y el “Proveedor Sancionado” comparten simultáneamente socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales.

De igual forma, el citado Acuerdo establece que cuando el vínculo entre la “Persona Jurídica Vinculada” y el “Proveedor Sancionado” se genera por la participación que tiene un socio, accionista, participacionista o titular en la “Persona Jurídica Vinculada” y que tiene o tuvo en el “Proveedor Sancionado”, se requiere que dicha participación sea superior al 5% del capital o patrimonio social en ambas. Dicha participación mínima no es exigible para el integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal de la “Persona Jurídica Vinculada”, que es o fue socio, accionista, participacionista o titular del “Proveedor Sancionado”, en este caso, la participación mínima solo es exigible respecto del “proveedor sancionado”. Resolución N°0270-2016-TCE-S3, Considerando 9) (CAPCHA, Olivia, 2018).



2.3.31 Impedimentos para ser participantes, postor o contratista solo pueden ser establecidos mediante ley o norma con rango de ley.

El artículo 10 de la Ley había establecido distintos alcances de los impedimentos para contratar con el Estado; existiendo impedimentos de carácter absoluto, los cuales no permiten participar en ningún proceso de contratación pública, mientras que otro es de naturaleza relativa, vinculada ya sea al ámbito regional, de una jurisdicción, de una entidad o de un proceso de contratación determinado.

Ahora bien, cabe indicar que los impedimentos para ser participantes, postor o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las entidades, solo pueden ser establecidos mediante Ley o Norma con Rango de Ley. Asimismo, dichos impedimentos deben ser interpretados en forma restrictiva, no pudiendo ser aplicados por analogías a supuestos que no se encuentran expresamente contemplados en la Ley; razón por la cual deberá verificarse en cada caso en particular, si existen elementos suficientes para determinar que alguno de los impedimentos taxativamente establecidos en el artículo 10 de la Ley N°30225, ley de contrataciones del Estado, le sea de alcance a aquel proveedor que desee participar en procesos de selección o contratar con el Estado; o si, de haberse materializado el perfeccionamiento contractual, si en dicha fecha, aquel se encontraba con impedimento vigente para el efecto. (Resolución N°2950-2016-TCE-S3. Considerando 4) (CAPCHA Olivia, 2018).

2.3.32 Titulares de instituciones o de organismos públicos del poder ejecutivo no pueden contratar con el estado.

No corresponde a este Organismo Supervisor indicar si determinado funcionario – como es el caso de Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros-, tiene la condición de Vice Ministro de Estado, pues ello excede las competencias establecidas en el artículo 52 de la Ley. Dicho análisis deberá ser realizado por la Entidad competente



recurriendo a la normativa que regula la organización del Estado y sus normas de organización interna.

El impedimento previsto en el literal d) del artículo 11 de la Ley, vigente hasta el 2 de abril del 2017, resultaba aplicable a los Titulares de instituciones o de organismos Públicos del Poder Ejecutivo; Directores, Gerentes y trabajadores de las empresas del Estado; y funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia y se encontraba circunscrito al ámbito de toda la Entidad, siempre y cuando dichas personas hayan contado con influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre el proceso de contratación, aspecto que correspondía ser analizado por la Entidad de cada caso concreto (Opinión N° 109-2017/DTN) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.33 Es nulo en contrato perfeccionado contravención con lo indicado en el anterior artículo 11 de la ley.

De conformidad con lo indicado en los literales a) y f) del anterior artículo 11 de la Ley, los cónyuges, convivientes y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los Ministros de Estado se encontraban impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas en cualquier proceso de contratación pública, incluyendo las contrataciones cuyos montos eran iguales o inferiores a (ocho IUT), desde que asumía el cargo de Ministro de Estado hasta los 12 meses posteriores a que deje dicho cargo. A efectos de determinar la fecha en que dicha autoridad asumía el cargo, debía recurrirse a la normativa de la materia.

Correspondía, a cada Entidad determinar si un proveedor se encontraba impedido de ser participante, postor y/o contratista en un proceso de contratación pública, debiendo precisarse que el impedimento se aplicaba a las contrataciones cuyos montos eran iguales e inferiores a (ocho IUT), bajo los supuestos descritos en el anterior artículo 11 de la Ley.



En caso la entidad hubiera determinado en la etapa de suscripción del contrato- que el proveedor se encontraba impedido de ser participante, postor y/o contratista, al configurarse alguno de los impedimentos previstos en el anterior artículo 11 de la Ley, debía abstenerse de emitir y notificar la orden de servicio.

En caso la Entidad hubiera perfeccionado una contratación en contravención con lo indicado en el anterior artículo 11 de la Ley, dicha situación traía como consecuencia la nulidad de contrato, tal y como lo disponía el anterior artículo 44 de la Ley (Opinión N° 2017/DTN) (CAPCHA Olivia, 2018).

2.3.34 Ex funcionarios no pueden contratar hasta doce meses después sí que por la función desempeñada hubiera tenido poder de decisión sobre el proceso de contratación.

La normativa de contrataciones del Estado regula los impedimentos señalados en los literales e) y f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, sin efectuar distinción alguna entre las distintas modalidades que se emplean para ocupar los puestos de la administración pública; por lo tanto, en la medida que una persona ostente la calidad de “servidor público”, esta se encuentra impedida para contratar con el Estado conforme a los criterios desarrollados en la opinión N°140-2017/DTN.

Considerando la naturaleza de las contrataciones reguladas por la normativa de contrataciones del Estado, las personas contratadas en virtud de un procedimiento de selección realizado bajo los alcances de la citada normativa o el amparo del literal a) del artículo de la Ley, no se encuentran- por ese solo hecho- comprendidas dentro de los impedimentos señalados en los literales e) y f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

Siempre que por la función desempeñada hubiera tenido o tenga influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación, o cuando su



participación le genere un conflicto de intereses (Opinión N°201-2017/DTN) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.35 Personas que formen parte de las fuerzas armadas que se encuentren en situación de actividad están impedidas de ser participantes, postoras y/o contratistas.

El personal de las Fuerzas Armadas que se encuentre en situación de “actividad” o “disponibilidad” con goce de haber, podría percibir, simultáneamente, dos retribuciones por parte del estado, cuando una de ellas provenga del ejercicio de la función docente, lo cual debe ser determinado por la propia entidad.

Las personas que formen parte de la Fuerzas Armadas que se encuentran en situación de “actividad” están impedidas de ser participantes, postoras y/o contratistas en las contrataciones que lleve a cabo la Entidad a la que pertenecen, siempre que en razón del cargo o función que desempeñen, cuenten con cierta influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre la contratación. (Opinión N°160-2016/DTN) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.36 Empleado público, se encontraría impedido de contratar siempre que no esté incurso en alguna excepción a dicho impedimento.

Un empleado público, cualquiera sea el régimen laboral bajo el cual este contratado, se encontraría (lo debe determinar la propia Entidad) impedido de ser participante, postor o contratista en las contrataciones llevadas a cabo por las Entidades en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, siempre que no esté incurso en alguna excepción a dicho impedimento, contemplada en alguna Ley o Norma de Rango de Ley (Opinión N°164-2016/DTN) 33



2.3.37 Interpretación del literal k) del artículo 11 de la ley de contrataciones del estado.

I. En aplicación del literal k) del artículo 11 de la Ley, se encuentra impedido de ser participante, postor y/o contratista del Estado:

1) La persona jurídica cuyos accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales: a) Integran el proveedor sancionado. b) Integraron el proveedor sancionado al momento de imponerse la sanción o en los 12 meses anteriores a ello.

En ambos casos, cuando el vínculo entre la persona jurídica vinculada y el proveedor sancionado se genere porque compartan o compartieron un socio, accionista, participacionista o titular, se requiere que la participación sea superior al 5% del capital o patrimonio social, en ambas personas jurídicas. En los demás casos se aplicarán las siguientes reglas:

- Dicha participación mínima solo será exigible respecto del “proveedor sancionado” si quien es o fue en el socio, accionista, participacionista o titular, es integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal de la persona jurídica vinculada.
- Dicha participación mínima solo será exigible respecto de la “Persona Jurídica Vinculada” si quien es en ella socio, accionista, participacionista o titular, es o fue integrante del órgano de administración, apoderado representante legal del “proveedor sancionado”.
- Dicha participación mínima no será exigible cuando el vínculo entre la “Persona Jurídica Vinculada” y el “Proveedor Sancionado” se genera por compartir o haber compartido apoderados, representantes legales o integrantes de los órganos de administración.



2) La persona jurídica integrada por una persona sancionada. En caso el proveedor sancionado integre la persona jurídica como socio, accionista, participacionista o titular se requiere que su participación sea superior al 5% del capital o patrimonio social.

3) La persona natural o jurídica que integra o integro, en los 12 meses anteriores a la imposición de la sanción, la persona jurídica sancionada. En caso la persona que integra o integro el proveedor sancionado lo hizo en calidad de socio, accionista, participacionista o titular del proveedor sancionado, se requiere su participación sea superior al 5% del capital o patrimonio social.

II. En aplicación al literal k) del artículo 11 de la Ley, no se encuentra impedido de ser participante, postor y/o contratista del Estado:

- 1) La persona jurídica que ya no cuenta con el integrante que la vinculaba con el proveedor sancionado.
- 2) La persona jurídica cuyo integrante dejó de formar parte del proveedor sancionado, más de 12 meses antes de la interposición de la sanción.
- 3) La persona natural o jurídica que ya no está integrada por un proveedor sancionado.
- 4) La persona natural o jurídica que dejó de integrar el proveedor sancionado, más de 12 meses antes de la imposición de la sanción.

III. Los impedimentos establecidos en el literal k) del artículo 11 de la Ley, surten efectos durante que el tiempo de la sanción de inhabilitación al “proveedor sancionado” se encuentre vigente.

IV. En los procedimientos administrativos sancionadores, el análisis de los impedimentos previstos en el literal k) del artículo 11 de la Ley debe realizarse verificando su configuración al momento de la participación de la persona natural o



jurídica en el procedimiento de selección y de ser el caso, en el perfeccionamiento del contrato. (Acuerdo 01-2016/TCE) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.38 Resolución del Contrato

2.3.38.1 Casos en los que la entidad puede resolver el contrato.

Para efectos del primer requisito, el artículo 36 de la Ley dispone que, cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva a la continuación del contrato, o por incumplimiento de sus obligaciones conforme a lo establecido en el Reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato siempre que se encuentre prevista la resolución en la normativa relacionada al objeto de la contratación.

A su vez, el artículo 135 del Reglamento señala que la Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley, en los casos que el contratista : 1) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese haber sido requerido para ello, 2) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora el monto máximo para otras penalidades en la ejecución de la prestación a su cargo; o 3) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. (Resolución N° 1632-2017-TCE-s4. Considerando 3) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.38.2 No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora.

El procedimiento de resolución contractual se encuentra previsto en el artículo 136 del Reglamento, en virtud del cual, en caso de incumplimiento contractual de una de las partes involucradas, la parte que resulte perjudicada requerirá a la otra notarialmente para que satisfaga sus obligaciones, otorgándole un plazo no mayor de 5 días, bajo



apercibimiento de resolver el contrato; además, dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o satisfacción de la adquisición o contratación, la Entidad podrá establecer plazos mayores; los cuales no superaran en ningún caso los 15 días, plazo este último que se otorgar necesariamente en obras. Adicionalmente, establece que si vencido dicho plazo el incumplimiento continuo, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando su decisión mediante carta notarial.

Cabe precisar que, según el citado artículo, no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastara comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. (Resolución N° 1632-2017-TCE-S4. Considerando 4) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.38.3 La parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando su decisión mediante carta notarial.

Seguidamente, el procedimiento de resolución contractual se encuentra previsto en el artículo 136 del Reglamento, en virtud del cual, en caso de incumplimiento contractual de una de las partes involucradas, la parte que resulte perjudicada requerirá a la otra notarialmente para que satisfaga sus obligaciones, otorgándole un plazo no mayor de cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato; además, dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad podrá establecer plazos mayores, los cuales no superan en ningún caso los 15 días, plazo este último que se otorga necesariamente en obras. Adicionalmente, establece que si vencido dicho plazo el incumplimiento continuo, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando su decisión mediante carta notarial.



Cabe precisar que, según el citado artículo, no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastara comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. Resolución N° 1578-2017-TCE-S3. Considerando 2) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.39 Contratista considera que el incumplimiento de sus obligaciones se encuentra justificado debe agotar los mecanismos de solución de controversias que la normativa prevé.

Precisando lo anterior, es pertinente reiterar que cuando un contratista considera que el incumplimiento de sus obligaciones se encuentra justificado debido a que respondería a causas ajenas a la voluntad, debe impulsar y agotar los mecanismos de solución de controversias que la normativa prevé para resolver las desavenencias que generaron con la Entidad, dado que un actuar contrario a lo indicado (no iniciar un procedimiento arbitral), evidencia un consentimiento y conformidad con la decisión adoptada por la Entidad de resolver el contrato por incumplimiento de obligaciones. (Resolución N° 1577-2017-TCE-S3. Considerando 13)

Para que una de las partes resuelva el contrato por caso fortuito o fuerza mayor debe demostrar que el hecho además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible, determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva; cuando dicha parte no puede lo antes mencionado, no podrá resolver el contrato amparándose en la figura del caso fortuito o fuerza mayor. (Opinión N° 118-2017/DTN) (CAPCHA, Olivia, 2018).



2.3.40 Penalidad por mora en la contratación por paquete para la elaboración de la ficha técnica o los estudios de pre inversión respectivos y del expediente técnico de obra.

En la contratación por paquete para la elaboración de la ficha técnica o los estudios de pre inversión respectivos y el expediente técnico de obra, la única penalidad por mora se aplica cuando el contratista incurre en retraso injustificado en el cumplimiento de alguna de las referidas prestaciones y no cuando se aprecia un atraso en la prestación de los informes sobre los avances en la ejecución de estas, ello independientemente de que la prestación de los referidos informes cuente o no con plazos y montos propios.

En la contratación por paquete para la elaboración de la ficha técnica o los estudios de pre inversión respectivos y del expediente técnico de obra, la única penalidad por mora se aplica y calcula en función la prestación materia del retraso; así para el cálculo de la penalidad diría deben emplearse: i) el monto y plazo correspondiente a la elaboración de la ficha técnica o de los estudios de pre inversión; o ii) el monto y plazo de la elaboración del expediente técnico de obra, según corresponda.(Opinión N° 204-2017/DTN) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.41 Tribunal no puede acoger cuestionamientos distintos a los presentados en el recurso de apelación.

Al momento de analizar el recurso de apelación, se garantice el derecho al debido proceso de los intervinientes, de manera que las partes tengan la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción respecto de lo que ha sido materia de impugnación; pues lo contrario, es decir acoger cuestionamientos distintos a los presentados en el recurso de apelación, o en el escrito de absolución, implicaría colocar en una situación de indefensión a la otra parte, la cual, dado los plazos perentorios con que cuenta el Tribunal para resolver,



vería conculcado su derecho a ejercer una nueva defensa.(Resolución N°1492-2017-TCE-S2. Considerando 16) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.42 Competencia del Tribunal para resolver el recurso de apelación se da cuando el valor referencial sea superior a 50 UIT.

El artículo 95 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que el recurso de apelación es conocido y resuelto por el Tribunal, cuando se trata de procedimientos de selección cuyo valor referencial sea superior a 50 UIT, monto que, para 1 UIT, para este año, asciende a S/. 4.400.00 (cuatro mil cuatrocientos con 00/100 soles), así como de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Asimismo, en el citado artículo se señala que, en los procedimientos de selección, según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor referencial total de procedimiento original determina ante quien se presenta el recurso de apelación (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.43 Actos no impugnables en el procedimiento de selección.

El artículo 96 ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como; i) Las actuaciones materiales relativas a la programación de los procedimientos de selección en el SEACE, ii) Las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección, iii) Los documentos del proceso de selección y/o integración, iv) Las actuaciones materiales referidas al registro de participantes, y v) Las contrataciones directas. (Resolución N° 0294-2017-TCE-S2. Considerando19)

2.3.43.1 Procedencia del recurso de apelación.

En efecto, el numeral 3 del artículo 11 del Reglamento establece que se deberá declarar improcedente el recurso de apelación presentado ante la entidad o ante el Tribunal cuando sea interpuesto fuera del plazo indicado en el artículo 107 del Reglamento.



Al respecto, el artículo 107 del Reglamento prescribe en su primer párrafo, que la apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los 8 días hábiles siguientes de haberse otorgado la buena pro, para el caso de Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, y dentro de los 5 días hábiles, en el caso de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía. (Resolución N°0162-2016 TCE-S2. Considerando 1) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.43.2 Mediante el recurso de apelación se resuelven las discrepancias entre la entidad y los participantes en un proceso de selección.

El artículo 53 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un proceso de selección, solamente podrán dar lugar a la interposición del recurso de apelación, a través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados desde la convocatoria hasta antes de la celebración del contrato.

Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente; en el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la presentación planteada a través del recurso, es decir, en la procedencia inicia el análisis sustancial puesto que hace una confrontación entre determinados aspectos de la pretensión invocada y los supuestos establecidos en la normativa para que dicha pretensión sea evaluada por el órgano resolutorio. (Resolución N° 0106-2017-TCE-S3. Considerando 2) (CAPCHA,Olivia, 2018).



2.3.43.3 Actos que no son impugnables.

En el artículo 106 del Reglamento se ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables tales como: i) Las actuaciones materiales relativas a la programación de los procesos de selección en el SEACE, ii) Las actuaciones y actos preparatorios de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procesos de selección, iii) Las bases del proceso de selección y/o su integración, iv) Las actuaciones materiales referidas al registro de participantes , y v) Los actos que aprueban la exoneración del proceso de selección, así como las que generen para la suscripción del respectivo contrato. (Resolución N°0106-2017.TCE-S3. Considerando 4) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.43.4 Requisitos para el desistimiento del recurso de apelación.

Debe tenerse en cuenta que, conforme a lo establecido en el artículo 109 del Reglamento; el desistimiento es una forma de conclusión del procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado, resultando procedente durante la tramitación del recurso, mediante escrito con firma legalizada del apelante ante el Notario Público, o ante la Secretaria del Tribunal, siempre y cuando la respectiva solicitud de desistimiento haya sido formulada hasta antes de haberse declarado que el expediente está listo para ser resuelto y no comprometa el interés público. (Resolución N°2943-2016-TCE-S4 fundamentos 2y3) (CAPCHA, Olivia, 29018).

2.3.43.5 Improcedencia de recursos de apelación por extemporaneidad.

1. Respecto a los recursos de apelación formulados contra el otorgamiento de la buena pro:

- a) En el caso de la licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, selección de consultores individuales y comparación de precios, para contratar bienes, servicios en general y obras, el plazo para impugnar se debe computar a partir del día siguiente de la



notificación de la buena pro a través del SEACE, aun cuando esta pueda haberse efectuado en acto público.

- b) En el caso de concursos públicos para contratar consultorías en general y consultorías de obra, el computo del plazo para impugnar se considera a partir del día siguiente de efectuado el acto público en el que se otorgó la buena pro, independientemente de la fecha de publicación en el SEACE.
- c) En el caso de la adjudicación simplificada para la contratación de consultorías en general, el cómputo de plazo para impugnar se considera a partir del día siguiente efectuado el acto público en el que se otorgó la buena pro o de su notificación a través del SEACE, dependiendo de lo que haya establecido en las bases. (Acuerdo N° 03-2017/TCE) (CAPCHA, Olivia, 2018).

2.3.44 Nulidad

2.3.44.1 Si las bases no precisan las especificaciones técnicas incurren en imprecisiones y deficiencias que vician su legalidad.

El artículo 44 de la ley concordado con lo dispuesto en el numeral del artículo 106 del Reglamento, se dispone que el Tribunal , en los casos que conozca, declararla nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco (CAPCHA,Olivia, 2018).



2.3.44.2 La anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la administración.

La nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las entidades una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración. (Resolución N°2936-2016-TCE-S4 considerando 20) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.44.3 Tribunal tiene la facultad de declarar la nulidad del procedimiento si advierte vicios trascendentes.

El legislador establece los supuestos de “gravedad máxima a los que o alcanza la cobertura del interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional”. Ello obedece a que, en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y, por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurren las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar la nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto.

El artículo 44 de la Ley dispone que el Tribunal, en los casos que sean de su conocimiento, podrá declarar nulos los actos administrativos si advierte que los mismos han sido expedidos por un órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento.



Al amparo de lo establecido en el numeral 5 del artículo del Reglamento, al haberse verificado que los vicios en los que se ha incurrido afectan sustancialmente la validez del procedimiento de selección (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.44.4 Supuestos en que el Tribunal puede declarar la nulidad.

El artículo 56 de la Ley dispone que el Tribunal, en los casos que sea de su conocimiento, podrá declarar nulos los actos administrativos si advierte que los mismos han sido expedidos por un órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que retrotraerá el proceso. (Resolución N° 0041-2016-TCE – S2.considerando 36) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.44.5 La nulidad es una herramienta lícita para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad.

La nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las entidades una herramienta lícita para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración. (Resolución N°2724-2016-TCE-S4. Considerando 22) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.44.6 Declaración de nulidad del contrato.

La normativa de contrataciones del estado contempla la declaración de nulidad de contrato como una potestad y no como una obligación del Titular de la Entidad; por tanto, cuando se verifique la configuración de alguno de los supuestos regulados en el tercer



párrafo del artículo 44 de la Ley, el Titular de la Entidad debe realizar una evaluación del caso en concreto y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato.

Cuando el titular de la Entidad opte por declarar nulo el contrato debe cursar carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad. (Opinión N°136-2017/DTN) (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.45 Registro Nacional de Proveedores.

Para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado, se requiere estar inscrito en el RNP.

Cabe precisar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley, para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado, se requiere estar inscrito en el RNP. Concordante con ello, el artículo 238 del Reglamento señala que el Registro Nacional de Proveedores deben inscribirse todas las personas naturales o jurídicas que deseen participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado.

Por otra parte, el artículo 239 del Reglamento señala que el RNP asigna varias especialidades a los consultores de obras, habilitándolos para participar en procedimientos de selección y/o contratar con el Estado.

Adicionalmente el aludido artículo agrega que el RNP asigna categorías a los consultores de obra que les permiten participar en las contrataciones de consultoría de obra de su especialidad hasta por el monto que se determine en la Directiva que emite el OSCE y que las categorías que asigna el RNP son A, B, C y D; teniendo esta última el nivel más alto conforme a lo previsto en la Directiva correspondiente.

En esa línea, el numeral 2 de la Décima Disposición Complementaria y Transitoria del Reglamento, establece que a partir de su entrada en vigencia (junto con la Ley) a los Consultores de obra (personal natural) que cuenten con la especialidad “7-Obras menores”,



el RNP les otorga de oficio las especialidades contempladas en el artículo 239, de acuerdo a su profesión, en la Categoría A (CAPCHA,Olivia, 2018).

2.3.46 La Ética de la función Pública.

Una de las principales causas del fenómeno de la corrupción es la ausencia de valores o pautas éticas en la sociedad. Esta situación y la complejidad de las sociedades actuales explican la poca claridad para determinar lo correcto y lo incorrecto en el ejercicio de la función pública. Por este motivo el presente acápite analizara el papel que desempeña la ética en el correcto ejercicio de la función pública, en especial en la administración de justicia, para ello se toma como premisa que la ética, como modo debido de actuación humana, es un instrumento imprescindible para la lucha eficaz y multidisciplinar que requiere el fenómeno de la corrupción, esta lucha, como el reconocido, no se limita solo a la mera sanción penal o administrativa de prácticas corruptas.

La ética tiene como objetivos principalmente tres ámbitos:

1. Dilucidar el contenido propio de la moral, más allá de las otras clases de saberes (jurídico, político o religioso).
2. Otorgar un fundamento filosófico a la moral.
3. Intentar aplicar los principios éticos generales, alcanzados en contextos históricos y deliberativos, a los distintos ámbitos de la vida profesional o de las actividades humanas (ética aplicada o deontología).

Con respecto a esta última tarea, no es fácil la aplicación de los principios éticos en los distintos ámbitos de la actividad humana, puesto que, en las actuales sociedades posmodernas, el enfoque escéptico y relativista de las cosas complica el descubrimiento de los principios comunes para todos. No obstante, desde la comunicación racional y equitativa de los miembros de una determinada comunidad es posible dialogar y encontrar criterios comunes o principios de aplicación a los diversos ámbitos de la vida cotidiana. De



lo que se trata entonces, es de llevar a cabo una “ética aplicada” en determinado ámbito de las actividades y de las relaciones humanas. La ética aplicada a una determinada profesión se denomina deontología. En efecto, la deontología profesional resulta ser un sistema normativo (criterios, principio y pautas de conducta) destinado a orientar la conducta de personas dedicadas a una determinada profesión (médicos, economistas, empresarios, abogados, funcionarios públicos, etc.).

Efectivamente, la administración pública -considerada como organización- tiene su propia ética, que se encuentra plasmada en la normativa ético-jurídica correspondiente (Código de Ética de la Función Pública) y en la normativa de naturaleza administrativa que regula los procedimientos de actuación de los funcionarios.

La ética de la función pública cumple un papel muy importante en la lucha contra la corrupción estatal, ya que no es suficiente una política económica y/o legislativa (preventiva, represiva y de control) para combatirla, sino que se requiere la convicción y la necesidad práctica de una responsabilidad ética que sacuda los cimientos de la corrupción enquistada en el poder público.

Esta preocupación de trabajar en el plano ético para combatir la corrupción ha sido recogida expresamente por la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su artículo III numeral 3, establece que los estados parte, se comprometen a brindar instrucciones al personal de las entidades públicas que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades. En este sentido, el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dispone que cada Estado parte promoverá la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos, y procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento



de las funciones públicas. Precisamente, a partir de esta necesidad es que el Perú adopta un Código de Ética de la Función Pública, que se analiza a continuación.

2.3.46.1 Los códigos de ética de la función pública.

Un código de ética tiene la finalidad de dar a conocer a los miembros de una determinada organización humana el compromiso ético en el que están inmersos entre ellos, con la sociedad civil, y con el Estado. A diferencia de los ordinarios códigos normativos, más que ser un sistema jurídico cerrado y exhaustivo de conductas positivas y negativas, los códigos de ética contienen determinados principios que manifiestan unas reglas generales susceptibles de interpretación en el caso particular. Son la positivización de los valores éticos y definen el comportamiento considerado ético por los miembros de la organización.

Un código de ética, por tanto, es la máxima expresión de la cultura de una organización humana.

En especial, los códigos de ética de la función pública resultan útiles en un plano interno y en un plano externo. Así:

- En el plano interno, refuerzan los valores éticos personales de cada funcionario, sirviendo de referencia conductual para cada uno de ellos
- En el plano externo, reafirman la confianza de la sociedad en el buen desempeño de la función pública.

2.3.46.2 La naturaleza de los códigos de ética.

Ahora bien, un aspecto que debe considerarse es la naturaleza de las normas contenidas en un código de ética. ¿Son normas ético-jurídicas o normas meramente éticas? Si estas son exigibles bajo sanción por parte de algún órgano disciplinario se llaman ético-jurídicas, mientras que, si no lo son, se designan como meramente éticas. Esto sin perjuicio de que, en ciertos casos especiales, los códigos de ética tengan naturaleza mixta, debido a



que comparten elementos de las normas ético-jurídicas y de las meramente éticas. Este el caso, por ejemplo, del Código de Ética del Poder Judicial peruano.

Desde nuestro punto de vista, aquello que determina la naturaleza de estas normas son dos elementos:

1. **La instancia que elabora las normas o las aprueba:** si el código ha sido creado por el legislador, hay indicio de que sus normas son de naturaleza jurídica coercibles. Por el contrario, si este ha sido creado por un acto administrativo interno de una institución del Estado, hay indicio de que sus normas son meramente orientativas.

2.3.46.3 Las potestades de los órganos creados para su seguimiento: si el código tiene un órgano o tribunal administrativo de supervisión (consultivo o sancionador), estas normas serán, posiblemente, de carácter jurídico. Si no existe dicho órgano, estas serán, posiblemente, normas meramente éticas.

El Código de Ética de la Función Pública en el Perú.

El Código de Ética de la Función Pública en el Perú fue aprobado mediante la Ley 27815- Ley del Código de Ética de la Función Pública, reglamentada en el Decreto Supremo N° 033-2005-PCM. El artículo 6° del código reconoce una serie de principios éticos esenciales, de observancia obligatoria por parte de todos los funcionarios públicos (o servidores públicos). Estos principios rectores de la función pública cumplen un papel fundamental en la orientación del debido ejercicio del cargo público, puesto que ellos serán la base normativa para construir toda la estructura que regule el debido desempeño de la función pública. Estos principios son:

- a) Respeto: el funcionario debe adecuar su conducta hacia el respeto de la Constitución y las leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de



toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos se respeten los derechos a la defensa y el debido procedimiento.

- b) Probidad: el funcionario debe actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal.
- c) Eficiencia: el funcionario debe brindar calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente.
- d) Idoneidad: el servidor debe estar apto técnica, legal y moralmente para ejercer la función pública. El funcionario debe propender a una formación sólida acorde con la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones.
- e) Veracidad: el funcionario debe expresarse con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y debe contribuir al esclarecimiento de hechos que se relacionen con el desempeño de su cargo.
- f) Lealtad y obediencia: el funcionario actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes legítimas que le imparta el superior jerárquico competente.
- g) Justicia y equidad: el funcionario debe tener buena disposición para cumplir cabalmente con cada una de sus funciones, otorgando a cada uno lo que es debido y actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con los ciudadanos, con sus superiores y con sus subordinados.
- h) Lealtad al Estado de Derecho: el funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. El funcionario se encuentra prohibido de



ocupar cargo de confianza en régimen de facto bajo sanción de cese automático de la función pública.

Por otro lado, el artículo 7° del código establece una serie de deberes de la función pública de observancia obligatoria por parte del servidor público. Dichos deberes, se entiende, dimanar de la observancia de los principios básicos ético-jurídicos establecidos en el artículo 6° del código. Así, los deberes ético-jurídicos de la función pública son los siguientes:

- a) Neutralidad: el funcionario debe actuar con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones, demostrando independencia respecto de sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones.
- b) Transparencia: el funcionario debe desempeñar su labor con transparencia. En principio, todos los actos funcionariales se consideran públicos y son accesibles al conocimiento de todo ciudadano.
- c) Discreción: el servidor debe guardar reserva respecto de hechos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su cargo y que estén exceptuados de las normas que regulan el acceso y la transparencia de la información pública.
- d) Ejercicio adecuado del cargo: el funcionario en el ejercicio de su cargo no debe ejercer ningún tipo de represalia o coacción contra otros servidores públicos u otras personas.
- e) Uso adecuado de los bienes del Estado: el funcionario debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el cumplimiento de su función de manera racional. El funcionario debe utilizar los bienes del Estado para fines exclusivamente públicos.



- f) Responsabilidad: todo servidor público debe desarrollar sus funciones a cabalidad y en forma integral. En situaciones extraordinarias, el funcionario puede realizar tareas que no sean propias de su cargo, siempre que estas resulten necesarias para mitigar, neutralizar o superar las dificultades que se enfrenten.

Asimismo, en el artículo 8° del mencionado código se establecen una serie de prohibiciones ético-jurídicas de la función pública, extraídas de los deberes y principios plasmados en el artículo 6° y 7° del código. Dichas prohibiciones son:

- a) Mantener intereses en conflicto: el funcionario no debe mantener relaciones o aceptar situaciones que puedan generar conflicto entre sus intereses personales, laborales o económicos y el cumplimiento de su función pública.
- b) Obtener ventajas indebidas: el funcionario no debe obtener o procurar beneficios indebidos, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia. • Realizar actividades de proselitismo político: el funcionario no debe realizar actividades de proselitismo político aprovechándose de su cargo público.
- c) Hacer mal uso de información privilegiada: el funcionario no debe participar en operaciones financieras donde utilice información privilegiada de la entidad a la que pertenece o que pudiera tener acceso a ella por razón de su cargo.
- d) Presionar, amenazar y/o acosar: el funcionario no debe ejercer presiones, amenazas o acoso sexual contra otros funcionarios públicos que pudieran vulnerar la dignidad de las personas o inducir a la realización de acciones dolosas.

Una analizadas estas disposiciones, queda entonces referirse a la naturaleza normativa de este código. Es evidente que el mismo tiene carácter ético-jurídico y no meramente ético, debido a lo siguiente:



- a) El código fue creado mediante una norma de rango legal emitida por el Congreso de la República.
- b) El artículo 15° de dicha ley establece que la Comisión Permanente o Especial de Procedimientos Administrativos Disciplinarios -o el órgano que haga sus veces- de cada entidad estatal es la encargada de investigar, procesar y sancionar a los funcionarios que cometan alguna infracción contenida en el código.
- c) Los artículos 10°, 11° y 12° del código, así como el Título IV de su reglamento, regulan las sanciones y el procedimiento disciplinario a seguir en caso de violación de alguno de los principios, deberes o prohibiciones señalados.

2.52 Parte general de los delitos contra la administración pública

El presente capítulo analiza algunos elementos generales que deben ser comprendidos para un adecuado estudio sobre las consecuencias penales por comisión de delitos contra la administración pública. Estos elementos son: el bien jurídico protegido, la titularidad del bien, el carácter especial de estos delitos, el problema con los delitos de encuentro, la autoría y participación, y el título de imputación de la intervención del particular.

2.3.46.4 El Bien Jurídico Protegido en los Delitos contra la Administración Pública.

En doctrina penal existen diversas posiciones en torno a cuál sería el bien jurídico general protegido por los delitos contra la administración pública. Antes de hacer una pequeña reseña de cada postura y explicar cuál es considerada como la más adecuada, conviene adelantar que en este acápite no serán analizados los bienes jurídicos que, de manera específica, protege cada tipo penal, sino que se abordará el bien jurídico protegido,



de manera general, en todos los tipos penales de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Así, es posible identificar las siguientes posturas:

- a) La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público. Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto del bien jurídico, ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública.
- b) Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social. En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas (REAÑO, 2009).
- c) El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública). Esta postura predomina, actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia.

En el presente texto adoptaremos la postura de acuerdo con la cual el bien jurídico de relevancia penal en los delitos del Título XVIII Código Penal (en adelante, CP) es el “Correcto y Regular Funcionamiento de la Administración Pública”. Sin embargo, este concepto es difuso y amplio, por lo que requiere ser analizado con mayor profundidad.

Así, debemos entender a la administración pública como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado constitucional y de Derecho pueda cumplir con su rol prestacional. Según esta perspectiva de bien jurídico, no se protege a la Administración en sí misma, como un conjunto de órganos o instituciones, sino que se protege a la Administración Pública en sentido funcional, es decir, respecto de los objetivos constitucionales que a través de ella se persiguen. Con esta definición, debería descartarse al patrimonio o a la “Gestión Eficaz”, como bienes jurídicos



protegidos, pues, por un lado, el patrimonio del Estado se protege como el de cualquier otro ciudadano, y, por otro lado, el Derecho Penal atiende a la eficiencia en la administración de los recursos del Estado, antes que a su simple eficacia.

En este sentido, la Administración y la Función Pública de un Estado pensada y concebida para todos, no pueden beneficiar a ningún sector o persona particular. Por el contrario, la función pública debe guiarse por criterios objetivos, legales y prestacionales propios de una gestión democrática. De este modo, una correcta gestión pública se desprende de los principios y valores propios de la Constitución de una sociedad, la misma que debe apuntar a un sistema social equitativo, justo y democrático. En esta línea, el bien jurídico “Correcto y Regular Funcionamiento de la Administración Pública” debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales.

Ejemplo:

Si un fiscal acepta dinero por parte del abogado para archivar un caso contra un imputado, se estaría cometiendo un delito de cohecho y, con ello, vulnerando, en primer lugar, el correcto funcionamiento de la administración pública. EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SERÍA EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO GENERAL. En segundo lugar, este delito supondría la vulneración del derecho al debido proceso de la parte civil, así como el principio de imparcialidad, lo que afecta el derecho a la igualdad de armas al momento de defender la parte civil su posición dentro del proceso. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD E IGUALDAD DE ARMAS SERÍAN LOS PRINCIPIOS DEL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, ESPECÍFICAMENTE AFECTADOS.



El bien jurídico es el desempeño correcto de los deberes y funciones que los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega con la finalidad de administrar al Estado (MEINI, 2008).

El bien jurídico “Correcto Funcionamiento de la Administración Pública” es supraindividual, es decir:

- a) Su titularidad es compartida por la sociedad en su conjunto.
- b) Es indisponible por un sujeto privado. Por esta razón, será ineficaz el consentimiento respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión (VASQUES, 2001).

Esta posición ha sido recogida por el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia sobre prescripción de la acción penal:

JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 2010 (Fundamento 14)

“(…) no todos los delitos comprendidos allí [capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales] tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo con el correcto funcionamiento de la administración pública (…)”

Titularidad del Bien

En relación con la titularidad del bien jurídico afectado por los delitos de corrupción, existen dos grandes posturas:

- a) El titular del bien es el Estado. Esta es la posición dominante- y, en este sentido, el sujeto pasivo específico sería la entidad estatal afectada en el caso concreto.



b) Los titulares son los ciudadanos. Esto en la medida en que los delitos contra la administración pública generan un daño, y afectan los derechos de los administrados y de la colectividad en general (ASUA, 1997). Una postura contenida en esta tesis es la que considera que la conducta penalmente relevante de un delito contra la administración pública genera, al menos, un peligro para la vigencia de un derecho subjetivo.

Sin embargo, los autores de este Manual difieren de ella, ya que los delitos contra la administración pública no son los únicos que, en el fondo, lesionan o ponen en peligro un derecho subjetivo. Estos lesionan de manera inmediata su correcto funcionamiento y, solo de forma mediata, ponen en peligro la vigencia, el acceso a servicios públicos o la realización de ciertos derechos fundamentales. Además, no debe confundirse la finalidad político-criminal (que sería en última instancia la lesión a los derechos fundamentales de los ciudadanos) con el objeto jurídico de protección del delito. Por este motivo, el bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública no es el derecho fundamental específico lesionado.

Así, la lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la administración pública –a través de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos específicos de cada tipo penal- hace, a su vez, peligrar la función prestacional del Estado.

Con respecto de la afectación de la función prestacional del Estado por parte de los delitos contra la administración pública, el Tribunal Constitucional Peruano, mediante sentencia recaída en el expediente N°00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012 señala que:

“Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”,



subyace el principio de “Buena Administración” (Cfr. Exps. Ns 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC). A su vez, conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N° 008-2005-AI, fundamento N° 14). 18. (...) de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad. (...) De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública -que se derivan de la citada disposición constitucional- la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores”.

2.3.46.5 Los Delitos contra la Administración Pública como Delitos Especiales

Como se ha visto, el elemento del tipo “funcionario público” es central en los delitos contra la administración pública que, especialmente, son objeto de este manual: cohechos, peculados, colusiones, negociaciones incompatibles, abuso de autoridad, malversaciones, tráfico de influencias especial y enriquecimiento ilícito. En tal sentido, el legislador ha decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público. Esta característica es la que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales. En esta medida, el presente acápite analiza el concepto de delito especial, el fundamento de los delitos especiales, y las clases de delitos especiales; todo ello en correspondencia con los delitos de corrupción.



2.3.46.6 Delitos especiales: concepto simple vs. Concepto complejo.

Es posible identificar dos enfoques en la doctrina y jurisprudencia sobre el contenido del concepto delito especial:

- a) **Delito especial en sentido simple:** según este enfoque, son delitos especiales aquellos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal (GOMEZ, LOS DELITOS ESPECIALES, 2006).
- b) **Delito especial en sentido complejo:** este enfoque va más allá de la decisión formal del legislador de delimitar el número de autores a través del tipo penal, y busca encontrar el fundamento en el que descansa la restricción del círculo de autores. En otras palabras, a diferencia del concepto en sentido simple, hace referencia a la razón por la que el legislador decidió que solo determinados sujetos cualificados puedan ser autores del delito especial (GOMEZ, LOS DELITOS ESPECIALES, 2006).

De una primera mirada, parecería sensato afirmar que los delitos contra la administración pública son delitos especiales en sentido simple, toda vez que delimitan el círculo de autores y con ello, como se ha detallado en apartados anteriores, se protege eficientemente el correcto funcionamiento de la administración pública.

Un amplio sector de la doctrina nacional utiliza este concepto simple de los delitos especiales (PARIONA, 2011), criterio que también ha sido asumido por Corte Suprema de la República cuando señala que “la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal”.

Así, no se puede negar que el concepto simple de delito especial brinda una herramienta útil para analizar estos delitos, ya que distingue su único rasgo común; la idoneidad para ser cometidos por cualquier sujeto.



Sin embargo, también es necesario analizar los delitos especiales en sentido complejo, pues no debe olvidarse que un concepto formal sin fundamentación carece de sentido. Formulado con otras palabras, el concepto simple es solo la puerta de entrada a la problemática de los delitos especiales cuya comprensión obliga a conocer el motivo de la delimitación del círculo de autores (es decir, incorporar el concepto complejo). La determinación de este fundamento debe permitir responder algunos aspectos problemáticos que plantean los delitos especiales que serán, posteriormente, analizados.

¿Cuál es el fundamento de la restricción legal del círculo de autores en los delitos especiales? Esta pregunta exige recordar que existe una gran variedad de delitos que pueden ser incluidos en la nomenclatura de delitos especiales. ¿Tienen todos ellos el mismo fundamento material? Parece claro que no, que hay distintas clases de delitos que presentan diversos motivos y razones por los que el legislador decidió acotar el número de autores a un grupo con cualidades especiales. En este contexto, existen diversas clases de delitos especiales en sentido complejo que responden a fundamentos materiales distintos. Este Manual se limita al de los delitos funcionariales especiales. Pese a ello, antes de abordar la clasificación de los delitos especiales en sentido complejo, es necesario hacer un breve reencuentro de las principales posturas sobre el fundamento de estos delitos. Así quedarán expuestas las dos teorías que mayor acogida han tenido por la doctrina y que, además, han sido asumidas por la Corte Suprema de la República y por las cortes superiores de Justicia: a) la infracción de deber y b) el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

a) Delitos especiales como delitos de infracción de deber.

Una primera postura, la teoría de la infracción de deber, fue planteada como un criterio de la autoría alternativo al llamado dominio del hecho (ROXIN, AUTORIA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL, 2000). Así, el fundamento de la autoría



en algunos delitos ya no descansaría en el dominio fáctico del suceso, sino en la titularidad de un deber extra penal que es infringido. En este sentido, los criterios de dominio del hecho e infracción de deber son completamente independientes entre sí, y su diferenciación vendría impuesta por la ley (ROXIN, AUTORIA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL, 2000).

Tomando en cuenta lo anterior, será autor de delitos especiales en sentido complejo quien infringe un deber previo al plano de la norma penal contenido casi siempre en normativa extra penal o infracción del deber y no quien tenga el control del suceso fáctico o dominio del hecho (ROXIN, Claus, 2000).

Ejemplo:

El autor del delito de cohecho pasivo será el funcionario público que infrinja su especial deber de fidelidad y lealtad a la función pública, previstos en el Código de Ética de la Función Pública y normativizados a través del artículo 393° del Código Penal.

Por el contrario, será participe de estos delitos todo interviniente que no tenga este deber extra penal, aunque tenga dominio del suceso fáctico.

Cabe señalar que, para esta posición, planteada por el profesor Roxin, todos los delitos especiales se caracterizan porque el autor es quien tiene una posición de deber extrapenal, motivo por el cual se utiliza el concepto “delitos de infracción de deber” en lugar de delitos especiales en sentido complejo (ROXIN, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, 1997).

JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario N 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria. Antecedente 1.



“Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros - denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos”.

2.4 El Problema de los Delitos de Encuentro.

El problema de los delitos de encuentro es dogmático respecto de la punibilidad o impunidad de un sujeto que colabora o contribuye con la conducta del autor (funcionario público). La solución a la problemática de los delitos de encuentro debe responder a las siguientes preguntas. ¿Debe ser penalmente responsable el sujeto que se limita a hacer lo que el tiempo penal presupone? ¿Pueden responder como cómplices o instigadores los intervinientes necesarios, aplicando las reglas generales de la participación criminal?

A efectos de hacer mas comprensible la problemática, primero es conveniente efectuar un acercamiento general de los delitos de intervención necesaria para, posteriormente, confluir en la problemática específica de los delitos de encuentro.

2.4.1 Los Delitos de Intervención Necesaria.

Se llaman delitos de intervención necesaria, de participación necesaria o plurisubjetivos a aquellos que para la configuración de su tipo penal requiere, imprescindiblemente, la intervención de más de una persona. Es decir, este tipo penal solo describe la conducta del autor, si no también la conducta de otra persona.

2.4.2 Los Delitos de Convergencia y los Delitos de Encuentro.



Los delitos de intervención necesaria han sido clasificados por la Doctrina Penal en dos clases de delitos:

- 1) Lo Delitos de Convergencia. - son aquellos donde las actividades de los intervinientes descritos en el tipo penal se dirigen conjuntamente al mismo objetivo. Es decir, el tipo penal exige la concurrencia de varias personas para el menoscabo del bien jurídico, pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección.

Ejemplo:

El delito de Asociación Ilícita para Delinquir (artículo 317^a CP) que sanciona la que forma parte de una organización, de dos o más personas, destinadas a cometer delitos.

- 2) Los delitos de encuentro. - Son aquellos donde las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero lo hacen desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las conductas acaban por encontrarse. Es decir, si bien las acciones de los intervinientes se dirigen a la misma finalidad común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria. Es muy importante diferenciar los delitos de encuentro en que tipo penal esta configurado para proteger a la tercera persona que concurre con el autor en el hecho prohibido (por ejemplo en el delito de violación sexual de menor), de aquellos delitos d encuentro en que tipo penal no esta configurado para proteger a la tercera persona concurrente (por ejemplo el delito de colusión) en el primer caso , es muy claro que el tercero es una víctima del delito y no responde por delito alguno, mientras que en el segundo caso, respondería como cómplice, de acuerdo a las investigaciones según a las reglas de la parte general.



2.5 Las Consecuencias jurídicas de los delitos contra la Administración Pública.

2.5.1 Los Tipos de Pena.

La pena consiste en “La privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la Ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal”. En ese sentido la pena es una sanción legal y una consecuencia jurídica del delito.

2.5.2 Clasificación.

- a) Por su naturaleza o por razón del derecho afectado: las penas pueden ser penas privativas de libertad, no privativas de libertad (o de restricción o de otros derechos) y las pecuniarias.
- b) Por su autonomía: las penas pueden ser principales o accesorias.

Penas Principales.

Son aquellas que están previstas de modo específico para el concreto delito previsto en la Parte Especial del Código Penal (sea en el propio tipo penal sea al final de un capítulo de la parte especial). En razón de ello, el juez tiene la obligación de imponerla de modo directo como sanción del delito.

Ejemplo de Pena Principal.

Un sujeto A le ofrece dinero a un juez a cambio de que este lo favorezca en un proceso civil que es de su conocimiento.

“Artículo 398.- cohecho Activo Especifico: el que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio de un Magistrado, fiscal, Perito, Arbitro, miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, **será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho**



años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del CP”

Penas Accesorias.

Son aquellas que no pueden ser directamente impuestas, toda vez que no estas previstas de forma expresa para el delito específico en la Parte Especial del CP. En ese sentido, el juez deberá a los criterios de la Parte General (Art. 39 CP) para aplicar de forma indirecta, estas medidas. En otras palabras, la pena accesoria no esta prescrita obligatoriamente en el precepto de la parte especial, si no que esta es aplicada por decisión judicial según los criterios de la parte general. Ahora bien, esto solo podrá hacerse cuando el ministerio Publico solicite la aplicación de dicha pena, ya que de lo contrario supondría una vulneración al principio acusatorio.

Ejemplo de Pena Accesoria.

Un presidente de la Republica X, abusando de su poder como funcionario público, ordena dirige el asesinato de diversos ciudadanos acusados de terrorista.

“Artículo 108.- Homicidio Calificado – Asesinato.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes (...)

Con gran crueldad o alevosía”

Artículo 39.- La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal”.



En este supuesto, la pena privativa de libertad es la principal y la inhabilitación la accesoria (MONTROYA VIVIANCO, 2015).

2.6 Formulación de hipótesis.

Dada la naturaleza de ser una investigación cualitativa de diagnóstico y el nivel descriptivo de la presente investigación, esta no contiene hipótesis.

2.7 Categorías de estudio

CATEGORÍAS DE ESTUDIO	
La administración pública	Aproximación teórica
Gestión pública	Aproximación teórica
Gasto público	Aproximación teórica
Malas praxis en la gestión pública	Aproximación teórica
Eficiencia en la gestión pública	Aproximación teórica



CAPITULO III

MÉTODO

3.1 Tipo de Investigación.

Investigación de Tipo Básica

La presente investigación será de Tipo Básica, conocida también como investigación científica o investigación pura, ya que está orientada al logro de objetivos, hasta ahora desconocidos.

Nivel

Descriptivo exploratorio.

Será descriptivo ya que se describirán las categorías que conforman el problema tal cual han sido observadas, para luego de ello demostrar verificar el logro de los objetivos propuestos.

Al mismo tiempo se empleará el nivel descriptivo, para pretender explicar cómo es la realidad de la Municipalidad Provincial de Canchis. La descripción científica es muy



importante porque constituye la primera aproximación sistemática al conocimiento de la realidad.¹

3.2 Diseño de la Investigación. -

No Experimental, de corte transversal.²

3.3 Población y muestra

No aplica este criterio ya que el desarrollo de la tesis se hará mediante el uso del enfoque cualitativo

3.4 Métodos, técnicas e instrumentos de colecta de datos.

Método: Hipotético Deductivo

Técnica: la observación y la revisión bibliográfica

La observación como técnica que permita establecer una relación directa entre el investigador y el hecho social percibido a efectos de extraer los datos necesarios que luego serán procesados en el desarrollo de la investigación.

La revisión bibliográfica en una investigación de enfoque cualitativo es la parte medular de la investigación que sirve para revisar la información necesaria que sustenta el estudio y que conduzca al acopio de conocimientos referidos al estado del arte.

Instrumento: Resúmenes, marcadores, etc.

3.5 Técnicas (estadísticas) de análisis de los datos colectados

No se procesará ningún dato estadístico en atención al enfoque de la investigación.

¹ <http://www.unmsm.edu.pe/educacion/postgrado/descargas/metodologia.pdf>

² <http://www.unmsm.edu.pe/educacion/postgrado/descargas/metodologia.pdf>



CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA. -

Las malas praxis en la administración pública, se debe principalmente a diversas causas, entre las que se puede reconocer los aspectos formales como la falta de un ordenamiento jurídico adecuado a la realidad nacional, lo que provoca la inoperancia de las instituciones públicas, confundiéndose su gestión, muchas veces con lo privado.

La otra causa identificada está asociada con los aspectos culturales, es decir, con aquello de lo cual estamos siendo testigos, que es la falta de probidad por parte de los funcionarios públicos durante sus actos de administración pública, tal es el caso de la Municipalidad Provincial de Canchis. Esto se puede corroborar con algunos estudios sociológicos obrantes en el marco teórico de la presente investigación, los mismos que dan cuenta, de



que por ejemplo la corrupción se da debido a la escasa vigencia de la idea de nación y la ausencia de una solidaridad amplia fundada en el bienestar común.

En la presente investigación son estas razones abstractas que traducidas en los casos concretos dan lugar a las malas praxis por parte de los funcionarios públicos.

Prueba de ello, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Cusco, dispuso doce meses de prisión preventiva de la libertad para el Alcalde de la Provincia de Canchis Jorge Quispe Callo, acusado de liderar la organización criminal “Los Curacas de Sur”, hecho que arrastra también a funcionarios públicos, como empresarios (proveedores); sobre los presuntos delitos de cohechos pasivo propio, cohecho activo genérico, colusión agravada y colusión simple en agravio de la Municipalidad Provincial de Canchis.

SEGUNDA. -

De acuerdo al desarrollo de la presente investigación se puede advertir, que los procesos de compras estatales en el Perú, son ineficientes, toda vez que por ejemplo el actual sistema de compras estatales, a pesar de todos los intentos de modificarlo, no permite la participación de potenciales postores en los diferentes concursos públicos, debido a las excesivas exigencias consideradas en las bases, y que por el contrario esta deficiencia es muy bien aprovechada por las personas (naturales o jurídicas) que se dedican exclusivamente a contratar con el estado, quienes conocen todos los mecanismos y argucias para poder asarse de la buena pro y desplazar a otros postores sin experiencia en el rubro.

Este hecho sumado a los concionantes culturales, son los que nos permiten colegir la conclusión de la ineficiencia de las compras estatales.



RECOMENDACIONES:

PRIMERA

Dentro de un proyecto tan coyuntural en estos días, siempre se desea que haya la mejora continua del mismo, en bienestar del Estado; ya que se puede observar claramente la falta de identidad con la nación y lo único que persiguen muchos funcionarios públicos es lucrar, dejando de lado los valores y la Ética profesional.

SEGUNDA

Otra recomendación sería directamente con las instituciones del estado, donde uno de los requisitos para obtener la buena pro es acreditar la experiencia del postor, que en definitiva eso le será favorable para el que ya lleva tiempo en este rubro; pero eh ahí la pregunta, ¿y dónde quedan los proveedores que recientemente incursionan en este rubro? Lo más importante a evaluarse, debería ser, la calidad del servicio o bien mueble a adquirir, si realmente cumple con el TDR y el requerimiento realizado por el área usuaria.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADMINISTRACION PUBLICA. (22 de Marzo de 2018). *significados.com*. Obtenido de significados.com: <https://www.significados.com/administracion-publica/>
- ALVA MATTEUCI, J. M. (17 de Abril de 2009). *blogdemarioalva*. Obtenido de blogdemarioalva: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/0/2009/04/17/el-concepto-de-administracion-publica-en-la-legislacion-peruana/0>
- ARNAO, R. (Marzo de 2011). *ucss.edu*. Obtenido de ucss.edu: <http://cidir.ucss.edu.pe/pdf/eficiencia-gestion-publica-el-caso-de-la-gestion-de-inversion-en-el-peru.pdf>
- ASUA, A. (1997). *LA TUTELA PENAL DEL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN*. VILVAO: INST. VASCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
- Augusto, M. O. (2012). El Derecho de las personas mayores a gozar de pensiones no contributivas en el Perú. Lima, Perú: Repositorio UNMSM.
- Campos Gonzales, B., & Escobar Fuentes, D. (2014). *Jubilacion - Retiro laboral*. Santiago, Chile.
- CAPCHA Olivia. (2018). *LAS CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL OSCE* (Vol. SEGUNDO). (M. HIDALGO, Ed.) LIMA, LIMA, PERÚ: EL BÚHO E.I.R.L.
- Cardona Rubert, M. B. (2003). *LAS RELACIONES LABORALES Y EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS INFORMÁTICAS* . 171.
- CHALLAPA HUANCA, D. (05 de Marzo de 2016). *scribd*. Obtenido de scribd: <https://es.scribd.com/document/109875316/Compras-Estado-Comentario>
- Código Civil, A. 9. (1984). *Código Civil Peruano*.
- Cubas Rodríguez, S., & Ventura Fernández, L. (2017). LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. *Revista Electrónica de los Estudiantes de Derecho*, 129 - 133.
- DEFINICIONES ABC. (2007). *definicionabc*. Obtenido de definicionabc: <https://www.definicionabc.com/derecho/mala-praxis.php>
- DERECHO UNED. (s.f.). *DERECHO UNED*. Obtenido de DERECHO UNED: <http://derecho.isipedia.com/optativas/gestion-publica/01-concepto-y-evolucion-de-la-gestion-publica-la-nueva-gestion-publica>
- ESCUELA DE POST GRADO-TELESUP. (18 de Diciembre de 2017). *paeposgrado*. Obtenido de paeposgrado: <https://paeposgrado.edu.pe/gestion-publica-eficacia-y-eficiencia-para-funcionarios-y-lideres-sociales/>



GARCIA SANCHEZ, I. M. (Mayo de 2007). *Secretaría General de Presupuestos y Gastos*. Obtenido de Secretaría General de Presupuestos y Gastos:
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B1168625381F1AE705257B CA00165978/\\$FILE/47_GarciaSanchez.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B1168625381F1AE705257B CA00165978/$FILE/47_GarciaSanchez.pdf)

GIORDANI, J. (25 de Octubre de 2004). *voltairenet*. Obtenido de voltairenet:
<http://www.voltairenet.org/article122555.html>

GOMEZ, V. (2006). *LOS DELITOS ESPECIALES*. BUENOS AIRES: EUROS EDITORES.

IBARRA MARES, A. (Diciembre de 2009). *eumed*. Obtenido de eumed:
<http://www.eumed.net/libros-gratis/2010a/665/CONCEPTO%20DE%20GASTO%20PUBLICO.htm>

Incispp. (11 de ABRIL de 2017). *Incispp.edu*. Obtenido de Incispp.edu:
<http://incispp.edu.pe/blog/sistemas-de-contratacion-peru/>

INEI. (2017). *Censo*.

Infobae. (21 de Abril de 2018). El futuro del trabajo: cómo las máquinas reemplazarán a los humanos.

Koval, S. (2011). Convergencias Tecnológicas en el area de la integracion Hombre-Maquina. *Razon y Palabra*.

LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. (s.f.). *contraloria.gob*. Obtenido de contraloria.gob:
https://apps.contraloria.gob.pe/packanticorrupcion/control_interno.html

Ley de Contrataciones del Estado LEY N° 30225. (01 de ENERO de 2015). *congreso.gob*. Obtenido de congreso.gob:
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/44BEA7868EA7E14905257E2F005EF81E/\\$FILE/Ley_30225.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/44BEA7868EA7E14905257E2F005EF81E/$FILE/Ley_30225.pdf)

LOPEZ, B. (22 de Junio de 2011). *plazapublica*. Obtenido de plazapublica:
<https://www.plazapublica.com.gt/content/el-concepto-de-administracion-publica>

MACHICADO, J. (Marzo de 2012). *APUNTES JURIDICOS*. Obtenido de APUNTES JURIDICOS:
<https://jorgemachicado.blogspot.com/2012/03/adpu.html>

Maritza, S. R. (2015). Estructura de los mecanismos de corrupcion en los procesos de adquisicion de bienes en editora Perú entre los años 2007 al 2019. Lima, Perú.

MEINI, I. (2008). *DELITOS CONTRA LA ADMINISRACIÓN PÚBLICA*. GUATEMALA.

MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANAZAS. (s.f.). *mef.gob*. Obtenido de mef.gob:
<https://www.mef.gob.pe/es/presupuesto-publico-sp-18162/29-conceptos-basicos/76-gastos-publicos>

MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS. (s.f.). *osce*. Obtenido de osce:
<http://www.osce.gob.pe/opcion.asp?ids=1&ido=2>



MONTOYA VIVIANCO, Y. (2015). *MANUAL SOBRE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*. LIMA- PERÚ: OPEN SOCIETY FOUNDATIONS.

MUNICIPIOALDIA.COM. (s.f.). *municipioaldia*. Obtenido de municipioaldia: https://municipioaldia.com/consultas-frecuentes/consulta_frecuente_9009815/

My tripleA. (s.f.). *mytriplea*. Obtenido de mytriplea: <https://www.mytriplea.com/diccionario-financiero/gasto-publico/>

PARIONA, R. (2011). *LA TEORIA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER* (Vol. TOMO 19). LIMA: GACETA JURIDICA.

PEREZ, A. M. (21 de Julio de 2014). *gestiopolis*. Obtenido de gestiopolis: <https://www.gestiopolis.com/la-administracion-publica-su-relacion-con-el-estado/>

POLAINO, M. (s.f.). *revistas.pucp*. Obtenido de revistas.pucp: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/13062/13674>

Pow Sang, C. P. (2014). El mercado de trabajo.

REAÑO, J. (2009). *FORMAS DE INTERVENCION EN LOS DELITOS DE PECULADO Y TRAFICOS DE INFLUENCIAS*. LIMA: JURISTAS EDITORES.

Rouse, M. (2000). La Inteligencia Artificial. *Techtarget*.

ROXIN, C. (1997). *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL*. MADRID: CIVITAS.

ROXIN, C. (2000). *AUTORIA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL*. BARCELONA: MARCIAL PONS.

SANTOS, F. (13 de Junio de 2018). *nboundcycle*. Obtenido de nboundcycle: <https://www.inboundcycle.com/proceso-de-compra-que-es-y-como-funciona>

VASQUES, F. (2001). EL CONCENTIMIENTO DEL OFENDIDO EN LOS DELITOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *CIENCIA PENAL Y CRIMINOLOGÍA*.



ANEXOS