

OPINIÓN N° 023-2019/DTN

Entidad: Programa Nacional de Infraestructura Educativa
Asunto: Fraccionamiento
Referencia: Oficio N° 665-2019-MINEDU/VMGI-PRONIED

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Directora Ejecutiva del Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED, formula consultas referidas a la prohibición de fraccionamiento prevista en la normativa de contrataciones del Estado.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”) y la Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

De manera previa, corresponde señalar que con fecha 30 de enero de 2019, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1444 -*Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado*-, y el Decreto Supremo N° 344-2018-EF -*Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado*-, cuyas disposiciones rigen a partir de esa fecha salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria¹.

Por tanto, tomando en cuenta que las consultas formuladas refieren a disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, el análisis de la presente Opinión se efectuará bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado vigente.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿En el caso en que la Entidad Pública elabore “in house” el expediente técnico de obra, pero requiera, por complejidad, la contratación de algunos de

¹ De acuerdo a lo establecido en la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Legislativo N° 1444.

los estudios que conforman el expediente técnico de obra ¿se estaría incurriendo en fraccionamiento?”. (Sic).

2.1.1 En primer lugar, debe mencionarse que de acuerdo a lo establecido en la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento², durante la fase de programación y formulación presupuestaria, las áreas usuarias de la Entidad deben definir con precisión sus requerimientos de bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras a ser convocados durante el año fiscal siguiente, en atención al cumplimiento de sus funciones y el logro de sus metas previstas; así, una vez efectuado el análisis de sus necesidades, deberán agruparlas y remitirlas al Órgano Encargado de las Contrataciones para que *-previa coordinación-* sean consolidadas y valorizadas sobre la base de las prioridades institucionales y la disponibilidad presupuestal asignada a cada ejercicio fiscal.

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado recoge la tendencia logística del agrupamiento de los objetos contractuales, en virtud de la cual se busca acumular adecuadamente los bienes, servicios u obras esencialmente similares, con la finalidad de incentivar la mejora de precios y calidades por la competencia y economía de escala, así como simplificar las relaciones contractuales, hecho este último que se ve reflejado cuando la Entidad se atiende con un solo proveedor.

En esa línea, en el ámbito de las contrataciones del Estado, el desconocimiento de esa unidad esencial de los bienes, servicios y obras configura el fraccionamiento indebido, que es la división artificial de una contratación unitaria debidamente programada o programable.

A mayor abundamiento, en la doctrina el fraccionamiento es definido como “(...) *una acción fraudulenta de un funcionario público consistente en el abierto desconocimiento de la unidad física o jurídica de una contratación, para en vez de esta necesaria unidad, aparentar una escasa cuantía en la adquisición y proceder así mediante procedimientos más expeditivos, menos concurrentes, competitivos y que garanticen unidad de trato a todos los potenciales postores*”³. En este mismo sentido, Mutis y Quintero señalan que “(...) *hay fraccionamiento cuando de manera artificiosa se deshace la unidad natural del objeto contractual, con el propósito de contratar directamente aquello que en principio debió ser licitado o públicamente concursado*”⁴.

En relación con lo señalado, el artículo 20 de la Ley establece que, “*Se encuentra prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual, de dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección, de evadir la aplicación de la presente Ley y su reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT*”

² Dicha disposición resulta aplicable en tanto se implemente el Sistema Nacional de Abastecimiento, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1439.

³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *El fraccionamiento ilícito en la contratación administrativa*. En *Advocatus*, Revista de Derecho de la Universidad de Lima. Número, 2002-II. Pág. 333.

⁴ MUTIS VENEGAS, Andrés; y QUINTERO MUÑERA, Andrés; *La Contratación Estatal: análisis y perspectivas*. Pontificia Universidad Javeriana Colombia 2000, p. 176. Citado por Morón Urbina. *Ibidem*. Pág. 333.

y/o evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.”

De acuerdo a la disposición citada, la normativa de contrataciones del Estado prohíbe que se divida *-deliberadamente-* la contratación **de un mismo objeto contractual** a efectos de evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual o de dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección –entre otras causales-, pues ello constituye un fraccionamiento según lo dispuesto por la citada normativa.

En virtud de lo expuesto, puede advertirse que el fraccionamiento se configura cuando las prestaciones contratadas de manera independiente **poseen características y/o condiciones que resulten idénticas o similares; es decir, representan un mismo objeto contractual.**

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que **toda contratación parte de una necesidad o un conjunto de necesidades que se pretenden satisfacer**, las cuales se formalizan mediante un requerimiento y, según sea el caso, pueden ser agrupadas y consolidadas a través de un mismo objeto contractual; en esa medida, la regulación sobre fraccionamiento busca impedir que dicho objeto sea dividido arbitrariamente en múltiples contrataciones, desnaturalizando así la necesidad que se requiere satisfacer y menoscabando la eficiencia que debe revestir el proceso de abastecimiento.

2.1.2 Efectuada estas precisiones, corresponde mencionar que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que de manera previa a la ejecución de una obra, la Entidad debe contar con un expediente técnico de obra aprobado.

Al respecto, el Anexo Único del Reglamento, “Anexo de Definiciones”, define al Expediente Técnico de Obra como: *“El conjunto de documentos que comprende memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.”* (El subrayado es agregado).

Como se puede apreciar, el expediente técnico de obra está conformado por un conjunto de documentos de ingeniería que definen, principalmente, las características, alcance y la forma de ejecución de una obra, así como las condiciones del terreno en la que esta se ejecutará.

En relación con lo anterior, debe indicarse que, en base a lo señalado en el literal a) del numeral 34.2 del artículo 34 del Reglamento⁵, la elaboración del expediente técnico de obra puede recaer: (i) en la misma Entidad, cuando esta cuente con los

⁵ “El valor referencial se determina conforme a lo siguiente:

- a) *En la contratación para la ejecución de obras, corresponde al monto del presupuesto de obra establecido en el expediente técnico de obra aprobado por la Entidad. Para obtener dicho monto, **la dependencia de la Entidad o el consultor de obra que tiene a su cargo la elaboración del expediente técnico** realiza las indagaciones de mercado necesarias que le permitan contar con el análisis de precios unitarios actualizado por cada partida y subpartida, teniendo en cuenta los insumos requeridos, las cantidades, precios o tarifas; además de los gastos generales variables y fijos, así como la utilidad.”* (El subrayado es agregado).

recursos y el personal apropiado para realizar dicha función; o (ii) en un consultor de obra, en caso la Entidad no se encuentre en la capacidad de elaborarlo por cuenta propia, supuesto en el cual, contrata a un tercero que elabore toda la documentación y/o estudios que conforman dicho expediente.

De esta manera, la normativa permite que aquellas Entidades que cuenten con los recursos y el personal necesario, elaboren por cuenta propia los expedientes técnicos de las obras que van a ejecutar, prescindiendo así de la necesidad de contratar un consultor para dicho fin; sin embargo, puede suceder que dada la naturaleza, especialidad, envergadura y/o complejidad que revisten determinadas obras, la Entidad requiera la contratación de ciertos estudios técnicos que sirvan como insumo para elaborar dicho expediente.

- 2.1.3 En ese sentido, la presente consulta busca definir si la contratación de dichos estudios, necesarios para que la Entidad elabore el expediente técnico de obra, configura un supuesto de fraccionamiento indebido, tomando en cuenta lo señalado en el numeral 40.2 del artículo 40 del Reglamento, el cual dispone que “La contratación independiente de cada uno de los documentos que conforman el expediente técnico constituye un fraccionamiento” (El subrayado es agregado).

Antes de analizar dicho punto resulta importante mencionar que la finalidad que persigue la normativa de contratación pública no es otra 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 manera tal que sus necesidades sean satisfechas de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en la Ley⁶.

Uno de estos principios es el de “Eficacia y Eficiencia”, por el cual, el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos.

En esa medida, las disposiciones que regulan el procedimiento de contratación deben ser aplicadas y/o interpretadas de forma tal que se prioricen los fines, metas y objetivos de la Entidad por encima de la realización de formalidades no esenciales.

Bajo esa óptica, debe entenderse que la finalidad que persigue la prohibición de fraccionamiento contemplada en el artículo 40 del Reglamento es evitar que se desnaturalice la contratación unitaria del expediente técnico de obra, dado que dividir dicho objeto, contratando por separado cada uno de sus elementos, impediría determinar con exactitud quien asume la responsabilidad por alguna deficiencia, omisión y/o incongruencia que se pueda presentar, poniendo en riesgo la calidad y coherencia que debe tener dicho documento.

⁶ Los actos y decisiones que adopten las Entidades o, específicamente, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones durante el desarrollo del proceso de contratación deben sustentarse en los principios que rigen las contrataciones con el Estado, los mismos que, conforme al artículo 2 de la Ley, sirven de criterio interpretativo e integrador para poder aplicar adecuadamente dicha normativa y/o solucionar vacíos.

- 2.1.4 Asimismo, de acuerdo a lo señalado en el último párrafo del numeral 2.1.1 de la presente Opinión, de manera previa a la formulación del requerimiento, toda Entidad debe realizar un análisis de las necesidades que pretende satisfacer y, en virtud de ello, definir cuáles son aquellos bienes, servicios u obras a contratar.

De ese modo, según la evaluación efectuada por cada Entidad, deberá determinar si (i) necesita contratar los servicios de un consultor que se haga responsable de elaborar íntegramente todos aquellos documentos y estudios que conforman el expediente técnico de obra, o si (ii) únicamente requiere la contratación de ciertos estudios especializados que le sirvan como insumo para elaborar el expediente técnico de obra, en caso cuente con los recursos y el personal necesario para asumir tal responsabilidad y no se vea afectada la calidad y coherencia de dicho documento.

Este último supuesto no debe confundirse con la figura del fraccionamiento indebido, en tanto no se afecta la unidad o coherencia del expediente técnico de obra, sino que la contratación de tales estudios obedece a una necesidad concreta.

Por ende, no se considera como fraccionamiento, aquellos casos en los que una Entidad, de manera excepcional y previa sustentación, contrate ciertos estudios técnicos que dada su especialidad y/o complejidad no puede realizar por sí misma, a efectos de que estos le sirvan como insumo para elaborar el expediente técnico de obra a su cargo. Para tales efectos, la Entidad deberá contar con los recursos y el personal necesario para asumir dicha responsabilidad, asegurándose de que no se vea afectada la calidad y coherencia del expediente técnico de obra.

- 2.2 ***“De ser afirmativa la respuesta ¿Se incurriría en fraccionamiento en los casos en que se contraten locadores de servicios que por su especialidad elaboren componentes que forman parte del expediente técnico de la obra y que como parte de sus responsabilidades contractuales, visen o firmen documentos que obrarán en el expediente técnico de obra?” (Sic).***

- 2.2.1 Al respecto, corresponde mencionar que, de acuerdo a lo señalado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, motivo por el cual este Organismo Técnico Especializado no puede definir si ante determinado escenario concreto se configura un supuesto de fraccionamiento indebido, toda vez que ello excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, debe recalarse que para que una Entidad asuma la responsabilidad de elaborar un expediente técnico de obra, debe contar con los recursos y el personal apropiado, a efectos de garantizar la calidad y coherencia del mismo; ahora bien, ello no impide que de manera excepcional y previa sustentación, pueda contratar *–siempre y cuando las circunstancias lo ameriten–* ciertos estudios técnicos que dada su especialidad y/o complejidad no pueda realizar por sí misma, a efectos de que estos le sirvan como insumo para elaborar el expediente técnico de obra a su cargo.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La finalidad que persigue la prohibición de fraccionamiento contemplada en el numeral 40.2 del artículo 40 del Reglamento es evitar que se desnaturalice la contratación unitaria del expediente técnico de obra –*cuando la Entidad no cuente con los recursos ni personal para elaborarlo por cuenta propia*–, dado que dividir dicho objeto, contratando por separado cada uno de sus elementos, impediría determinar con exactitud quien asume la responsabilidad por alguna deficiencia, omisión y/o incongruencia, poniendo en riesgo la calidad y coherencia que debe presentar dicho documento.
- 3.2 No se considera fraccionamiento, aquellos casos en los que una Entidad, de manera excepcional y previa sustentación, contrate ciertos estudios técnicos que dada su especialidad y/o complejidad no puede realizar por sí misma, a efectos de que estos le sirvan como insumo para elaborar el expediente técnico de obra. En este supuesto, la Entidad deberá contar con los recursos y el personal necesario para asumir la responsabilidad de elaborar el expediente técnico de obra, asegurándose de que no se vea afectada la calidad y coherencia del mismo.

Jesús María, 6 de febrero de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.