

OPINIÓN N° 066-2019/DTN

Entidad: Ministerio de Cultura
Asunto: Fraccionamiento
Referencia: Oficio N° 000045-2019/OGA/SG/MC

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director General (e) de la Oficina General de Administración del Ministerio de Cultura, formula consultas sobre la figura del fraccionamiento.

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, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“Considerando que el artículo 40 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, precisa ciertos supuestos en los que no se incurre en fraccionamiento, pese a tratarse de la contratación de bienes o servicios idénticos a los contratados previamente, agradeceríamos que nos precise ¿Si la prohibición de fraccionamiento estaría reservada solo a las contrataciones de bienes y servicios idénticos? ¿De ser negativa su respuesta, qué otros elementos adicionales, la Entidad debería valorar o considerar para evitar incurrir en dicha prohibición?” (Sic).*

- 2.1.1. De manera previa, debe recalcar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer referencia a situaciones o casos concretos. Por lo tanto, el OSCE no puede determinar los elementos que debe considerar una Entidad para definir si determinadas prestaciones que pretende contratar, comparten una naturaleza y/o características que impliquen que estas sean objeto de una sola contratación o si por el contrario deban ser objeto de múltiples contrataciones; aspecto que debe ser analizado, evaluado y definido a partir de los elementos que conforman cada caso en concreto.
- 2.1.2. Preciado lo anterior, es necesario señalar que conforme a lo establecido en la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento, durante la fase de programación y formulación presupuestaria, las áreas usuarias de la Entidad deben definir con precisión sus requerimientos de bienes, servicios, consultorías y ejecución de obras a ser convocados durante el siguiente año fiscal, atendiendo al cumplimiento de sus funciones y el logro de las metas institucionales previstas; de esta forma, luego de efectuar el análisis de sus necesidades, estas deben ser remitidas 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.

La normativa de contrataciones del Estado recoge la tendencia logística del agrupamiento de los objetos contractuales, en virtud de la que se busca acumular adecuadamente los bienes, servicios u obras esencialmente similares, esto, con la finalidad de incentivar la mejora de precios y calidades por la competencia y economía de escala, así como simplificar las relaciones contractuales celebradas por la Entidad, situación última que se ve reflejada cuando esta (la Entidad) se atiende con un solo proveedor.

En ese contexto, en el ámbito de las contrataciones del Estado, la división artificial de una contratación unitaria debidamente programada o programable configura el fraccionamiento indebido.

Sobre el particular, resulta pertinente citar a Morón Urbina, el que define al fraccionamiento como “(...) *una acción fraudulenta de un funcionario público consistente en el abierto desconocimiento de la unidad física o jurídica de una contratación, para en vez de esta necesaria unidad, aparentar una escasa cuantía en la adquisición y proceder así mediante procedimientos más expeditivos, menos concurrentes, competitivos y que garanticen unidad de trato a todos los potenciales postores*”¹. De igual forma, Mutis y Quintero indica 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*”².

¹ 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.

² 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.

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

Del dispositivo citado se aprecia que la normativa de contrataciones del Estado prohíbe que se divida —*de manera deliberada*—, la contratación de un mismo objeto contractual a efectos de evitar emplear el procedimiento de selección que corresponde según la necesidad anual o de dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimiento de selección —entre otras causales—, puesto que ello constituiría una situación de fraccionamiento, de acuerdo a lo previsto en la citada normativa.

2.1.3. En relación con lo señalado, la Opinión N° 023-2019/DTN (ver numeral 2.1.1) indica lo siguiente:

*“(...) 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”. (El resaltado es agregado).*

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

Por lo expuesto, y conforme lo indicado en reiteradas opiniones³, se advierte que la

³ Tales como la Opinión N° 023-2019/DTN, Opinión N° 014-2019/DTN, Opinión N° 014-2019/DTN, Opinión N° 014-2019/DTN, Opinión N° 193-2017/DTN, Opinión N° 150-2017/DTN, Opinión N° 059-

prohibición del fraccionamiento indebido, regulado en la normativa de contrataciones del Estado, se encuentra referida a la división deliberada —en múltiples contrataciones— de prestaciones (bienes, servicios en general, consultorías, ejecución de obras) que son **idénticas o similares** y cuya unidad esencial permite que estas puedan ser objeto de una sola contratación.

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

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

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

- 2.2. ***“Considerando la premisa de la Opinión N° 23-2019/DTN, es decir, que 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, así como que no existe intención o acción deliberada, por parte de la Entidad, de quebrar de manera artificiosa la unidad de contratación ¿Para el mejor cumplimiento de los fines, metas y objetivos de una Entidad Pública, orientados a una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos, y atendiendo a la necesidad real de servicios que tiene, en el supuesto que dicha Entidad requiera contratar diversos servicios, cuyas pretensiones son idénticas y/o similares, y que comparten una misma finalidad, pero requieren ser prestados necesariamente por distintas personas naturales, contratadas de forma individual, debido a la naturaleza de los mismos (por ejemplo, artísticos) se estaría incurriendo en la prohibición de fraccionamiento a la que se refiere el artículo 20 de la Ley de Contrataciones del***

Estado? O ¿Es posible contratar dichos servicios en forma individual, de manera excepcional y previa sustentación, en la medida que no sería posible agruparlos en un mismo servicios y al constituir cada uno una unidad natural de contratación?” (Sic).

- 2.2.1. Al respecto, como se ha señalado al absolver la consulta anterior, la Opinión N° 023-2019/DTN indica que la prohibición de fraccionamiento —que se realiza a nivel de ley— que regula la normativa de contrataciones del Estado, se encuentra referida a la división deliberada de prestaciones que resultan ser idénticas o similares y que debido a esa unidad esencial (determinada de forma sustentada por la Entidad) que comparten deben ser objeto de una misma contratación.
- 2.2.2. Sin perjuicio de ello, debe recalcar que cada Entidad debe evaluar —considerando sus funciones, fines y metas institucionales— y definir, en una decisión de gestión de su absoluta responsabilidad, si las prestaciones que pretende contratar deben ser realizadas a través de un solo contrato o de diversos contratos, situación que debe ser *—como toda decisión de gestión adoptada por las Entidades—* debidamente sustentada y fundamentada.

En esa medida, es responsabilidad de cada Entidad evaluar si las prestaciones a ser contratadas comparten un único objeto contractual, correspondiendo realizar una única contratación; si por el contrario, la Entidad determina que dicha unidad no existe, corresponderá que se realice una contratación diferente por cada prestación que requiera contratarse.

- 2.3. ***“Bajo las mismas premisas anteriores, “¿En el supuesto que una Entidad Pública, para el mejor cumplimiento de sus fines, metas y objetivos públicos, requiera contratar diversos servicios, cuyas pretensiones no son idénticas ni similares en los términos de la Opinión N° 014-2019/DTN, pero sus objetivos comparten una misma finalidad, y requieren ser prestados por diversas personas naturales contratadas de forma individual, se estaría incurriendo en la prohibición de fraccionamiento a la que se refiere el artículo 20 de la Ley de Contrataciones del Estado?”*** (Sic).

- 2.3.1. De manera previa, conforme a lo indicado en los antecedentes de la presente Opinión, este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse sobre asuntos concretos o particulares, puesto que ello excedería la competencia contenida en el literal n) del artículo 52 de la Ley. En esa medida, el OSCE no puede determinar, en vía de consulta, si determinadas prestaciones deben ser consideradas idénticas o similares y, por lo tanto, su contratación a través de múltiples contrataciones constituiría una situación de fraccionamiento indebido, aspecto que corresponde ser analizado y definido por cada Entidad, a partir de los elementos particulares de cada caso.
- 2.3.2. Por otra parte, es necesario reiterar que, como se indicó al absolver las consultas anteriores, la prohibición de fraccionamiento regulada en la normativa de contrataciones del Estado se encuentra referida a la división de aquellas contrataciones de prestaciones idénticas o similares que comparten un mismo objeto contractual y su provisión merezca una única contratación.

Sobre el particular, la Opinión N° 014-2019/DTN, brindó algunos alcances sobre lo que se entiende por prestaciones idénticas o similares en los siguientes términos:

“Precisando lo anterior, resulta necesario indicar que se consideran bienes, servicios u obras “idénticos” a aquellos que comparten las mismas características, es decir, son iguales en todos sus aspectos⁴; y, por tanto, sujetos de ser contratados bajo las mismas condiciones.

Por su parte, se entenderá como bienes, servicios u obras “similares” a aquellos que guarden semejanza o parecido, es decir, que compartan ciertas características esenciales, referidas a su naturaleza, uso, función, entre otras; siendo susceptibles de contratarse en forma conjunta”.

Asimismo, la mencionada Opinión precisó lo siguiente:

“(…) sobre la base de cada caso concreto, es responsabilidad de la Entidad determinar si los bienes, servicios u obras requeridos representan un mismo objeto contractual, a efectos de contratarlos mediante un único procedimiento de selección, evitando, de esta manera, un fraccionamiento indebido; o si, por el contrario, existen elementos distintivos que hacen singular cada bien, a efectos de programarlos y contratarlos en procedimientos de selección independientes, supuesto en el cual no se configuraría el fraccionamiento”. (El resaltado es agregado).

En tal sentido, en una decisión de gestión —debidamente sustentada y fundamentada—, cada Entidad, bajo su responsabilidad, debe evaluar y definir si los bienes, servicios u obras que requiere, representan un mismo objeto contractual, que origine una única contratación; si por el contrario la Entidad determina que dicha unidad resulta inexistente, corresponde que se realice una contratación diferente por cada objeto contractual.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La prohibición del fraccionamiento indebido, regulado en la normativa de contrataciones del Estado, se encuentra referido a la división deliberada —en múltiples contrataciones— de prestaciones (bienes, servicios en general, consultorías, ejecución de obras) que son idénticas o similares y cuya unidad esencial permite que estas puedan ser objeto de una sola contratación.
- 3.2. Si durante un ejercicio fiscal una Entidad realiza la contratación independiente de determinados bienes o servicios (idénticos o similares) cuya unidad esencial permite que estos puedan ser objeto de una sola contratación, no se incurrirá en fraccionamiento indebido si es que dicha contratación independiente obedece a la carencia de recursos disponibles o cuando aparezca una necesidad adicional imprevisible.
- 3.3. Corresponde a cada Entidad evaluar y definir si los bienes, servicios u obras que

⁴ Independientemente de las diferencias menores de apariencia que no incidan en la determinación de su identidad.

requiere, representan un mismo objeto contractual, que origine una única contratación; si por el contrario la Entidad determina que dicha unidad resulta inexistente, corresponde que se realice una contratación diferente por cada objeto contractual.

Jesús María, 25 de abril de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC/JDS