

OPINIÓN N° 248-2017/DTN

Entidad: Servicio de Parques de Lima - SERPAR
Asunto: Fraccionamiento en la ejecución del saldo de obra
Referencia: Oficio N° 386-2017-SERPAR-LIMA/SG/MML

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Secretario General del Servicio de Parques de Lima - SERPAR consulta sobre el fraccionamiento en la ejecución del saldo de obra en el marco de lo dispuesto por 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 o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”) y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-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, debe indicarse que, con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 -que modifica la Ley N° 30225- y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF -que modifica el Decreto Supremo N° 350-2015-EF-, cuyas disposiciones son de aplicación a partir de la fecha mencionada salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados con anterioridad a ella, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria¹.

En esa medida, tomando en cuenta que de la revisión de los antecedentes de la solicitud se infiere que las consultas se encuentran referidas a la aplicación de la Ley N° 30225 y del Decreto Supremo N° 350-2015-EF después de la entrada en vigencia de sus modificatorias, el análisis de la presente opinión se efectuará en virtud de la normativa de contrataciones del Estado actualmente vigente.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

¹ De acuerdo a lo establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1341.

2.1 “¿El supuesto de exclusión de fraccionamiento por falta de recursos disponibles dispuesto en el numeral 19.2 del artículo 19 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, puede aplicarse también para la ejecución parcial de un saldo de obra?” (sic).

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que el numeral 19.1 del artículo 19² de la Ley establece que, “Es requisito para convocar un procedimiento de selección, bajo sanción de nulidad, contar con la certificación de crédito presupuestario, de conformidad con las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público, considerando, además y según corresponda, las reglas previstas en dicha normatividad para ejecuciones contractuales que superen el año fiscal.” (El subrayado es agregado).

Por su parte, el numeral 21.3 del artículo 21³ del Reglamento señala que “El órgano encargado de las contrataciones es el responsable de remitir el expediente de contratación al funcionario competente para su aprobación, en forma previa a la convocatoria, de acuerdo a sus normas de organización interna (...)”; precisando que, para su aprobación, el expediente de contratación debe contener la certificación de crédito presupuestario y/o la previsión presupuestal⁴, de acuerdo a la normatividad vigente, entre otros documentos.

Como se aprecia, **para que la Entidad pueda aprobar el expediente de contratación y convocar el procedimiento de selección correspondiente es necesario que ésta cuente con la certificación del crédito presupuestario y/o la previsión presupuestal**, emitidos de conformidad con las normas que regulan el Sistema Nacional de Presupuesto Público; en esa medida, **cuando no se cumpla con la referida condición, la Entidad no podrá proceder con la contratación de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones.**

2.1.2 Dicho lo anterior, es importante precisar que 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, lo cual se ve reflejado cuando la Entidad se entiende con un solo proveedor.

² Artículo modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, que entró en vigencia el 3 de abril de 2017.

³ Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1341, que entró en vigencia el 3 de abril de 2017.

⁴ “*En los procedimientos de selección cuya convocatoria se realice dentro del último trimestre de un año fiscal, y el otorgamiento de la buena pro y suscripción del contrato se realice en el siguiente año fiscal, la Oficina de Presupuesto de la Entidad o a la que haga sus veces, otorga, de forma previa a la convocatoria del procedimiento de selección, una constancia respecto a la previsión de recursos correspondientes al valor referencial de dicha convocatoria. La citada constancia debe señalar el monto de los recursos programados para tal efecto en el proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público correspondiente al año fiscal siguiente, que presenta el Poder Ejecutivo al Congreso de la República; asimismo, debe señalar las metas previstas y la fuente de financiamiento con cargo a la cual se atenderá su financiamiento.*” De conformidad con el numeral 19.2 del artículo 19 de la Ley.

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

Así, Morón Urbina⁵ señala que el fraccionamiento consiste 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*”.

Por su parte, Mutis Vanegas y Quintero Múnera⁶ 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*”.

En relación con lo expuesto, el primer párrafo del 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.*” (El subrayado es agregado).

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado prohíbe que se divida - deliberadamente- la contratación de un mismo objeto contractual (como es el caso de la ejecución de una obra) a efectos de realizar una pluralidad de contrataciones a través de varios procedimientos en lugar de realizar un solo procedimiento o con el propósito de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, dando lugar a contrataciones iguales o menores a 8 Unidades Impositivas Tributarias (8 UITs)⁷, pues ello constituye un fraccionamiento según lo dispuesto por la citada normativa.

2.1.3 Por su parte, el numeral 19.1 del artículo 19⁸ del Reglamento señala que el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones y/u otras dependencias de la Entidad cuya función esté relacionada con la correcta planificación de los recursos,

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *El fraccionamiento ilícito en la contratación administrativa*, en: Advocatus, Revista de Derecho de la Universidad de Lima, N°7, 2002-II, Pág. 333.

⁶ MUTIS VANEGAS, Andrés y QUINTERO MÚNERA, Andrés. *La Contratación Estatal: análisis y perspectivas*. Pontificia Universidad Javeriana Colombia 2000, Pág. 176. Citado por Morón Urbina, Ibidem. Pág. 333.

⁷ El fraccionamiento se configura, por ejemplo, cuando una Entidad requiere realizar la contratación de un solo objeto contractual por un monto que corresponde a una Adjudicación Simplificada de S/. 50,000.00 (Cincuenta mil con 00/100 Soles), sin embargo, efectúa dos contrataciones por montos menores a 8 UITs, con la finalidad de inaplicar la normativa de contrataciones del Estado.

⁸ Artículo modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, que entró en vigencia el 3 de abril de 2017.

son responsables por el incumplimiento de la prohibición de fraccionar, debiendo efectuarse en cada caso el deslinde de responsabilidad, cuando corresponda.

En relación con lo expuesto, el numeral 19.2 del artículo 19 del Reglamento establece que no se incurre en prohibición de fraccionamiento 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.* (...)”. (El subrayado es agregado).

Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado dispone que la realización de una pluralidad de contrataciones -en un mismo ejercicio fiscal- no implica fraccionamiento indebido, en la medida que la insuficiencia de recursos financieros no hubiera permitido la contratación integral en su momento; no obstante, **de la redacción del numeral 19.2 del artículo 19 del Reglamento se desprende que dicha excepción solo se extiende al caso de bienes y servicios, en consecuencia, no resulta de aplicación cuando se trate de la ejecución de obras.**

2.2 “¿De resultar factible la contratación parcial del saldo de obra, los procedimientos que conlleven a su contratación deben ceñirse a lo dispuesto en el Artículo 138 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado?” (sic).

2.2.1 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la excepción regulada en el numeral 19.2 del artículo 19 del Reglamento solo se extiende al caso de bienes y servicios, en consecuencia, no resulta de aplicación cuando se trate de la ejecución de obras.

Dicho lo anterior, corresponde analizar los alcances del procedimiento previsto en el artículo 138 del Reglamento.

2.2.2 Sobre el particular, es importante señalar que el artículo 138 del Reglamento contempla un procedimiento aplicable cuando se resuelva un contrato⁹ y exista la necesidad urgente de culminar con **la ejecución de las prestaciones derivadas de este**; así, el numeral 138.1 del citado dispositivo dispone que -en ese contexto- la Entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección, para lo cual, **se debe determinar el precio de dichas prestaciones, incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución, debidamente sustentados.**

En esa línea, una vez determinado el precio y las condiciones de ejecución, **y de existir disponibilidad presupuestal**, la Entidad invita a los postores que participaron en el procedimiento de selección para que, en un plazo máximo de cinco (5) días, manifiesten su intención de **ejecutar las prestaciones pendientes de ejecución** por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación.

⁹ Sin perjuicio de que dicha resolución se encuentre sometida a alguno de los medios de solución de controversias.

Como se aprecia, para emplear el procedimiento bajo análisis es necesario que la Entidad determine el precio de **la totalidad de las prestaciones derivadas de la resolución contractual** y que -de forma previa a la invitación dirigida a los postores que participaron en el procedimiento de selección- verifique que se cuenta con la disponibilidad presupuestal suficiente para ejecutar el íntegro de dichas prestaciones. En consecuencia, el procedimiento regulado en el artículo 138 del Reglamento no puede ser utilizado para ejecutar parcialmente el saldo de obra.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La excepción regulada en el numeral 19.2 del artículo 19 del Reglamento solo se extiende al caso de bienes y servicios, en consecuencia, no resulta de aplicación cuando se trate de la ejecución de obras.
- 3.2 Para emplear el procedimiento regulado en el artículo 138 del Reglamento es necesario que la Entidad determine el precio de la totalidad de las prestaciones derivadas de la resolución contractual y que -de forma previa a la invitación dirigida a los postores que participaron en el procedimiento de selección- verifique que se cuenta con la disponibilidad presupuestal suficiente para ejecutar el íntegro de dichas prestaciones. En consecuencia, el citado procedimiento no puede ser utilizado para ejecutar parcialmente el saldo de obra.

Jesús María, 29 de noviembre de 2017

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

MAMV.