

EL FRACCIONAMIENTO ILÍCITO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

JUAN CARLOS MORÓN URBINA

Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Administrativo
de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO

I. Introducción.- II. Un dilema previo: las estrategias contractuales a favor del agrapamiento y el desdoblamiento de adquisiciones.- III. Tratamiento del fraccionamiento indebido en la legislación comparada.- IV. Concepto de fraccionamiento indebido.- V. Fundamentos para la prohibición del fraccionamiento indebido.- VI. Elementos constitutivos del fraccionamiento indebido en nuestra legislación.- VII. Elementos adicionales no exigidos por nuestra legislación.- VIII. Clases de fraccionamiento indebido.- IX. Consecuencias del fraccionamiento indebido.- X. Desdoblamientos contractuales excluidos de la prohibición de fraccionar: fraccionamientos tolerados y falso fraccionamiento.

"La ley no prohíbe sino aquello que los hombres serían capaces de realizar bajo el impulso de alguno de sus instintos.

Lo que la naturaleza misma prohíbe y castiga no tiene necesidad de ser prohibido y castigado por la ley".
Sigmund Freud, "De guerra y muerte".¹

I. INTRODUCCIÓN

Desde el momento mismo del establecimiento de la licitación pública como procedimiento principal de la contratación administrativa, en función de los montos de las prestaciones, y de la exclusión de su alcance a las contrataciones ínfimas, surge evidentemente el fraccionamiento de las negociaciones contractuales como el mecanismo fraudulento para eludir la realización del procedimiento regla de la contratación administrativa.

El fraccionamiento, la subdivisión, desdoblamiento, o la fragmentación del contrato aparece así como un mecanismo para abreviar artificialmente el camino de la licitación pública y otras formalidades más rigurosas, y reemplazarlos por mecanismos inmediatos y flexibles de contratación, previstos para otros supuestos.

Si bien nadie sensatamente puede sustentar esta acción indebida, no existe consenso ni normativa clara aún para identificar los elementos que convergen para configurar el ilícito contractual denominado "fraccionamiento". Esta imprecisión no acontece únicamente a nivel de las acciones concretas de revisión de las gestiones logísticas de las entidades públicas, sino que incluso aparece en similares términos en la legislación comparada. Sucede que dentro de este término resulta posible distinguir una suerte de fraccionamiento reprochable jurídicamente, y, por otro lado, otras estrategias logísticas, que compartiendo el elemento objetivo de la división del objeto contractual, no aparecen persiguiendo una finalidad elusiva o fraudulenta, sino una finalidad de eficiencia desde el punto de vista de gestión logística o la gestión gubernamental.

¹ *Textos de Actualidad, en Obras Completas, Editorial Amorróu, Buenos Aires, 1979, Tomo XIV, Pág. 283.*

Por ejemplo, ¿podríamos pacíficamente tildar de fraccionamiento indebido a la política de gobierno en épocas de recesión, por direccionar los contratos administrativos para ser adjudicados a una pluralidad de pequeños productores o empresarios, para redistribuir recursos u oportunidades de negocio, en vez de adjudicarla a un solo postor en una licitación pública?

En ese mismo sentido, ¿resultaría reprochable la acción por la que un proyecto homogéneo de gran envergadura se divide y acumula en contratos similares más pequeños, para los que se llama a licitación simultáneamente de manera de atraer el interés de firmas grandes y pequeñas: las firmas presentan ofertas para contratos individuales (porciones) o para un grupo de contratos similares (conjunto), y la adjudicación se realiza para la combinación de propuestas que ofrecen el menor costo al Contratante?

Consideramos que, la imprecisión de la doctrina —y luego trasladadas en nuestra legislación— para caracterizar apropiadamente la figura del “Fraccionamiento contractual” ha derivado en una confusión innecesaria.

II. UN DILEMA PREVIO: LAS ESTRATEGIAS CONTRACTUALES EN FAVOR DEL AGRUPAMIENTO Y DEL DESDOBLAMIENTO DE ADQUISICIONES

Es conocido por todos quienes diariamente participamos en la contratación administrativa, que al momento de contratar se presenta un interesante dilema entre la necesidad de ser riguroso en la planificación de las contrataciones y, por ende, seguir la agregación temática de bienes y/o servicios, versus la necesidad de resolver en forma oportuna, eficaz y eficiente, las necesidades de adquisiciones y compras que se dan al interior de un órgano o unidad de adquisiciones.

Este ejemplo, nos testimonia en el ámbito cotidiano una divergencia existente en la estrategia logística entre la tendencia a favor al agrupamiento de los objetos contractuales y, por el otro lado, la estrategia a favor del desdoblamiento de las adquisiciones.

La primera busca acumular adecuadamente bienes, servicios, u obras vinculadas con la finalidad de incentivar la participación de las grandes compañías, incluidas las internacionales, lo cual apareja la mejora de precios y calidades por la competencia y economía de escala, y simplifica las relaciones contractuales, ya que la administración se entiende con un solo proveedor. En este caso, las características, cantidad y montos de los contratos por licitar deben ser tales que permitan su adecuada administración por parte de la entidad y alienten la máxima competencia posible entre licitadores responsables.

De esta perspectiva, se considera conveniente que los bienes y obras que se requieran sean agrupados de modo que puedan ser suministrados por una sola fuente, siempre y cuando lo permitan las características del mercado. Entre los factores que deben considerarse al agrupar paquetes de adquisiciones, se encuentra la necesidad de tiempos de entrega diferentes o de entregas escalonadas y las exigencias de homogeneidad en las características de ciertas prestaciones.

Definitivamente, los contratos de monto elevado incrementan el interés y la participación internacional, pero también pueden dificultar, por posibilidades de satisfacer la demanda u obtención de garantías, la participación de empresas pequeñas o medianas calificadas. A esta estrategia responden figuras tales como la exigencia de

planificar anualmente las adquisiciones, la naturaleza del contrato llave en mano, los procesos adquisitivos por ítems, la posibilidad de celebrar contratos plurianuales y la exigencia de acumular adquisiciones por conexión. Otro ejemplo de tendencia al agrupamiento de contratos es la concentración de adquisiciones vía concordato entre entidades, o por competencia legal que centralice adquisiciones.

Por la segunda estrategia, se emplea la contratación fragmentaria con el objetivo de obtener prontamente la satisfacción a las necesidades de aprovisionamiento individual, favorecer a los proveedores especializados en determinados bienes, servicios u obras, y distribuir el riesgo de eventuales incumplimientos o demoras de un solo proveedor. A esta estrategia responden las figuras de las excepciones a los procesos licitatorios, las adquisiciones de caja chica, las ampliaciones de contrato y las prestaciones adicionales.

Ahora si bien en la teoría logística existen estas dos estrategias para acometer los procesos adquisitivos, ambos no resultan aplicables por igual a todos los casos. De tal modo, para optar por una u otra tendencia, deben considerarse el elemento tiempo, la capacidad institucional para dirigir múltiples contratos, la necesidad de favorecer la competencia, la estructura comercial promedio de los proveedores potenciales, y el costo de las licitaciones.

Así las cosas, y ante tendencias disímiles en la estrategia logística ordinaria, tenemos en medio de ambas la prohibición del fraccionamiento indebido que pasamos a analizar a continuación.

III. TRATAMIENTO DEL FRACCIONAMIENTO INDEBIDO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

No obstante compartir la legislación comparada en materia de contratación administrativa el sentido de reproche por el fraccionamiento contractual indebido², también debemos advertir que la doctrina carece de criterio unánime para configurar sus elementos constitutivos y sus excepciones, oscilando según predomine en su gestión logística los criterios de agrupamiento o desdoblamiento de adquisiciones.

A continuación expondremos algunos de los ejemplos más emblemáticos de esta situación:

En primer lugar tenemos a la Ley de Licitaciones de Venezuela que simboliza la prohibición del fraccionamiento como excepción a las amplias posibilidades de desdoblamiento con que cuenta los jerarcas de la administración y no las administraciones logísticas subalternas. Ella habilita la discrecionalidad de las autoridades superiores para que ponderando las circunstancias de hecho, y bajo algunas exigencias procesales, determine la posibilidad de dividir los contratos administrativos, pero, luego determina, en vía de supuesto particular, la prohibición del fraccionamiento cuando ello suponga una elusión del régimen licitatorio. En efecto, el artículo 61 de la mencionada norma establece:

² Esta apreciación es aplicable incluso para los ordenamientos que –como el argentino, colombiano y uruguayo– no contemplan expresamente la prohibición de fraccionamiento. Cada uno de ellos ha resuelto esta situación mediante estrategias distintas. Por ejemplo, el Consejo de Estado colombiano ha solucionado esta cuestión, mediante la jurisprudencia a partir de los principios de selección objetiva del proveedor, y del carácter propio de la licitación pública. (Véase: MUTIS VANEZAS y QUINTERO MUÑERÁ, La contratación estatal: análisis y perspectivas. Pontificia Universidad Javeriana 2000). Por otro lado, la doctrina uruguayo y argentina, lo ha derivado de la prohibición de otorgamiento de trabajos adicionales o complementarios a los mismos proveedores. (Véase: DRONE, Jorge, La licitación pública. Ediciones Ciudad Argentina 2000 p. 130, y en el mismo sentido, SAYAGUES LAZO, Enrique, La licitación pública, p. 161. Cabe anotar que posteriormente en los últimos años la normativa argentina ha reforzado expresamente la aludida prohibición).

"Sólo por causas debidamente justificadas a juicio de la máxima autoridad administrativa o del órgano superior de la administración del ente contratante, según el caso, se podrá dividir en varios contratos la contratación de una misma obra o la contratación para la adquisición de bienes o prestación de servicios.

En todo caso, cuando el monto total de la obra, suministro o servicio, determine que el procedimiento aplicable es el de licitación general o licitación selectiva, se procederá a la selección conforme a esos procedimientos, aun cuando el monto de la contratación sea inferior a los exigidos en los artículos 30 y 33 de esta Ley".

Para este régimen normativo, la competencia discrecional para determinar, mediante acto motivado, el fraccionamiento o división en varios contratos de la contratación de una misma obra, adquisición de bienes o prestación de servicios, comporta una potestad que excede a la simple tramitación o gestión logística, sino que se convierte en una potestad de control que, en consecuencia, debe ser ejercida sólo por la máxima autoridad administrativa.

Desde una perspectiva cercana a la fórmula venezolana, la Ley de Licitaciones de México contempla la potestad discrecional de los titulares de las entidades para, apreciando los hechos de cada caso, fragmentar el valor o las prestaciones, siempre que ello no tenga por objeto burlar el procedimiento licitatorio.

"Artículo 82.- Las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán llevar a cabo adquisiciones, arrendamientos, servicios y obra pública, a través del procedimiento de invitación a cuando menos tres proveedores o contratistas, según corresponda, o por adjudicación directa, cuando el importe de cada operación no exceda de los montos máximos que al efecto se establecerán en los Presupuestos de Egresos de la Federación y del gobierno del Distrito Federal, siempre que las operaciones no se fraccionen para quedar comprendidas en este supuesto de excepción a la licitación pública.

En materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, se invitará a personas cuyas actividades comerciales estén relacionadas con los bienes o servicios objeto del contrato a celebrarse.

La suma de las operaciones que se realicen al amparo de este artículo no podrán exceder del veinte por ciento de su volumen anual de adquisiciones, arrendamientos y servicios autorizado o, tratándose de obra pública, del veinte por ciento de la inversión total física autorizada para cada ejercicio fiscal.

En casos excepcionales, las operaciones previstas en este artículo podrán exceder el porcentaje indicado, siempre que las mismas sean aprobadas previamente, de manera indelegable y bajo su estricta responsabilidad, por el titular de la dependencia o por el órgano de gobierno de la entidad, y que sean registradas detalladamente en el informe a que se refiere el artículo 80.

En materia de obra pública, la autorización del titular de la dependencia o entidad será específica para cada obra.

Los montos previstos en los Presupuestos de Egresos de la Federación y en el del gobierno del Distrito Federal para adquisiciones, arrendamientos y servicios, serán aplicables a los contratos de servicios relacionados con la obra pública".

En un segundo modelo, tenemos el Texto refundido de la ley de contratos de las administraciones públicas de España, donde la posición es a la inversa. Partiendo de una prohibición general de fraccionamiento del contrato, al cual se le integra como elemento determinante el ánimo de disminuir la cuantía del proceso, se contemplan como supuestos tasados las posibilidades de un fraccionamiento no reprochable cuando esto derive de la naturaleza del objeto contractual, y no del criterio del funcionario logístico.

De este modo, el artículo Artículo 68 de la norma mencionada, bajo el epígrafe de Fraccionamiento del objeto del contrato, contempla lo siguiente:

"1.- El expediente deberá abarcar la totalidad del objeto del contrato y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para ello.

No podrá fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda

Cuando el objeto admita fraccionamiento, justificándolo debidamente en el expediente, podrá prevorse en el mismo la realización independiente de cada una de sus partes, mediante su división en lotes, siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija la naturaleza del objeto.

Si el contenido de las diferentes partes fuera sustancialmente idéntico, podrá celebrarse un solo contrato para la adjudicación de las mismas".

En esa misma línea de pensamiento se encuentra la Ley de Contrataciones del Estado de Guatemala, que unifica como elemento caracterizador del fraccionamiento tanto el factor objetivo de la división de cualquier manera de la negociación o contrato, con el ánimo de evadir la realización de una cotización o licitación, que se integra como elemento subjetivo, del acto reprochable. De este modo, la norma aludida establece:

"Artículo 81.- Fraccionamiento. *El funcionario o empleado público que fraccione en cualquier forma la negociación, con el objeto de evadir la práctica de la cotización y licitación, será sancionado con una multa equivalente al dos punto cinco por ciento (2.5%) del valor total de la negociación, se haya o no suscrito el contrato".*

A su turno, el Reglamento General de Contratación Administrativa de Costa Rica, contempla la prohibición general de fraccionamiento o, como le llama, fragmentación del contrato, incluyendo sus aspectos objetivo y subjetivo antes identificados en otros ordenamientos. A ello, adiciona dos supuestos tasados donde se considera que el fraccionamiento no es reprochable, en función de factores exógenos al proceso adquisitivo: urgencia del consumo, y la descentralización funcional de la entidad para la contratación independiente por cada unidad administrativa.

Esta norma dispone lo siguiente:

"Artículo 40.- Prohibición de fragmentar.

40.1 La Administración no podrá fragmentar sus adquisiciones de bienes y servicios ni la contratación de obras, con el propósito de variar el procedimiento

de contratación.

40.2 La adquisición de bienes y servicios que sean para uso o consumo urgente, no se considerará como fraccionamiento.

40.3 No existirá fragmentación cuando en una Institución, con el propósito de atender programas, proyectos o servicios regionalizados o especializados, existan unidades de adquisición de suministros independientes o desconcentradas”.

De modo análogo, la Ley de Contratación Pública de Ecuador establece la prohibición de fraccionar contratos, configurándolo como la unión del factor objetivo de la división de adquisiciones con el ánimo de eludir procesos licitatorios más complejos, aun cuando ello no se llegue a producir. A este tratamiento agrega un supuesto tasado que no se considera fraccionamiento, cuando se contraten etapas distintas de un proyecto.

En tal sentido la norma específica establece:

“Artículo 69.- Prohibición de subdividir contratos.

El objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto no podrá ser subdividido en cuantías menores, en forma que, mediante la celebración de varios contratos, se eludan o se pretendan eludir los procedimientos establecidos en la ley. La trasgresión de esta norma será sancionada con la remoción del cargo de los funcionarios que tomaren tal decisión, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Se entenderá que no existe la antedicha subdivisión cuando, al planificar la ejecución del proyecto o revisar tal planificación, se hubieran previsto dos o más etapas específicas y diferenciadas, siempre que la ejecución de cada una de ellas tenga funcionalidad y se encuentre coordinada con las restantes, de modo que garanticen la unidad del proyecto”.

Con el mismo perfil, la Ley de Contratación del Estado de Nicaragua (1999) dice al respecto:

“Artículo 14. Prohibición de Subdividir o Ampliar Contratos. *El objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto no podrá ser subdividido en cuantías menores, en forma que, mediante la celebración de varios contratos, se eludan o se pretenda eludir los procedimientos establecidos en esta Ley.*

Se entenderá que no existe la antedicha subdivisión cuando, al planificar la ejecución del proyecto o revisar la planificación, se hubiere previsto, dos o más etapas específicas y diferenciadas, siempre que la ejecución de cada una de ellas tenga funcionalidad y se encuentre coordinada con las restantes, de modo que garantice la unidad del proyecto”.

En este mismo orden de ideas, el Decreto No. 868 Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública de El Salvador, contempla la prohibición de fraccionamiento considerando los elementos objetivo y teleológico ya anotado en otras legislaciones, aun cuando perfecciona la fórmula al evitar circunscribir como objetivo exclusivo del fraccionamiento a eludir un proceso licitatorio, sino simplemente modificar la cuantía de la necesidad a adquirir, y con ello, cualquier requisito o fórmula de contratación. Dicha norma establece lo siguiente:

"Artículo 58.- Prohibición de Fraccionamiento. No podrá fraccionarse las adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública, con el fin de modificar la cuantía de la misma y eludir, así, los requisitos establecidos para las diferentes formas de contratación reguladas por esta Ley.

En caso de existir fraccionamiento, la adjudicación será nula, y al funcionario infractor se le impondrán las sanciones legales correspondientes. En el Reglamento de esta Ley se establecerán los procedimientos para comprobar los fraccionamientos".

Una tercera forma de regular la prohibición del fraccionamiento, es vincular a la acción objetiva de la administración, una dimensión temporal dentro de la cual se perfecciona el carácter indebido del desdoblamiento y exigir para la consumación, la existencia de dos relaciones contractuales con el mismo proveedor.

La expresión de este tratamiento, la representaba³ el Decreto Extraordinario 222 del año 1983 (art. 56) de Colombia, que caracterizaba la prohibición de fraccionamiento como el supuesto en el cual entre las mismas partes, se celebraban dos o más contratos, con el mismo objeto y dentro de un término de seis meses. Esto es, para configurar el fraccionamiento indebido se exigían dos elementos adicionales a los mencionados antes: a) Suscripción de dos contratos con el mismo proveedor; y, b) Producirse ambos contratos dentro del término de seis meses.

La norma establecía lo siguiente:

"Artículo 56. De la prohibición de fraccionar los contratos. Queda prohibido fraccionar los contratos cualquiera que sea su cuantía. Hay fraccionamiento cuando se suscribe dos o más contratos, entre las mismas partes, con el mismo objeto, dentro de un término de seis (6) meses.

Lo previsto en el presente artículo no es aplicable a los casos en que exista un único proveedor de bienes o servicios".

Como se puede apreciar, esta regulación caracterizaba al fraccionamiento no sólo por la división del objeto contractual ni con la mera conducta de la autoridad logística, sino con dos exigencias adicionales: la concertación sucesiva de más de un contrato entre la entidad y el mismo postor, y adicionalmente, que esta acción bilateral debía producirse dentro de un horizonte temporal determinado: seis meses.

En esta misma línea de pensamiento el Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado nacional Argentino, aprobado mediante el Decreto 438/2000, establece:

"Artículo 51.- Prohibición de desdoblamiento. No se podrá fraccionar una contratación con la finalidad de eludir la aplicación de los montos máximos fijados en el presente Reglamento para los procedimientos de selección.

Se presumirá que existe desdoblamiento del que serán responsables los funcionarios que hubieran autorizado y aprobado los respectivos procedimientos de selección, cuando en un lapso de TRES (3) meses contados a partir del primer día de la convocatoria, se efectúe otra convocatoria para seleccionar

³ Este pronunciamiento fue reemplazado por la nueva Ley de contrataciones que afectando más la regulación sobre este tema, ha dejado el tema librado a la interpretación de los operadores, por lo que la doctrina y el Consejo de Estado lo han reintroducto con sus aportes.

bienes o servicios pertenecientes a un mismo rubro comercial, sin que previamente se documenten las razones que lo justifiquen”.

Como se puede apreciar, la propia legislación nos presenta diferencias marcadas para dar los elementos constitutivos de la conducta indebida del fraccionamiento de adquisiciones.

IV. CONCEPTO DEL FRACCIONAMIENTO INDEBIDO

La calificación esencial del fraccionamiento indebido es que nos encontramos frente a un vicio incurrido en los procesos adquisitivos del Estado, consistente en la conducta fraudulenta de los funcionarios públicos para inobservar la unidad natural o legal de los bienes, servicios u obras a adquirirse.

La doctrina coincide con estos extremos en su caracterización, como por ejemplo afirma el doctor J. O. Santofimio, para quien:

“A través del (...) - fraccionamiento del objeto del contrato- se desconoce la unidad propia de un objeto contractual, definida a partir de proyectos previamente elaborados, o en razón de la naturaleza del mismo, pulverizándolo, sobre todo cuando su precio sobre pasa los límites de la menor cuantía, con el propósito de obtener un número plural de objetos de menor cuantía que permitan la celebración de varios contratos a través de procedimientos de contratación directa.”⁴

En el mismo sentido, se pronuncian otros autores como Mutis y Quintero, quienes afirman lo siguiente:

“Creemos (...) 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.”⁵

En tal sentido, el fraccionamiento es una acción fraudulenta de un funcionario público, consistente en el abierto desconocimiento de la unidad física o jurídica de una contratación o prestación, 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.⁶

Como se puede apreciar el primer agravio que este vicio produce es desconocer la esencial unidad de los bienes, servicios u obras que la entidad necesita adquirir.

Dicha unidad puede provenir de la naturaleza de las cosas, cuando se trata de la sumatoria o agregación de bienes, servicios y obras homogéneas (por ejemplo, la cantidad de papel o de computadoras que una entidad necesita durante el año), o de

⁴ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Datos de celebración indebida de contratos. Análisis con énfasis en el tema general del contrato estatal. Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 225.

⁵ MUTIS, Andrés, y QUINTERO, Andrés. La contratación estatal: análisis y perspectivas. Pontificia Universidad Javeriana, Colombia 2005, p. 175.

⁶ El objetivo fraudulento general, pero no exclusivo, es realizar la contratación mediante procedimientos menos transparentes y abiertos, en vez de una licitación o concurso público. En el ámbito reparacional, también se presenta el fraccionamiento, para evitar la sujeción a normas consuetudinarias de procedimiento o exigencias de publicidad, y reservado para las normas nacionales. Así sucede en Europa, donde la Comisión Europea de la UE constató que varias países dividían el valor de los contratos en lotes para evitar que cayesen dentro del ámbito de aplicación de Directivas comunitarias. Véase: Nuevo régimen de Contratación Administrativa. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras la Ley 53/1999, José Antonio Moreno Molina, La Ley, p. 257.

las normas jurídicas, cuando tratándose de adquisiciones o contratos físicamente divisibles, por conveniencia jurídica, la normativa dispone que deban acumularse para un solo proceso adquisitivo (por ejemplo, las adquisiciones de bienes y servicios complementarios entre sí).

V. FUNDAMENTOS PARA LA PROHIBICIÓN DEL FRACCIONAMIENTO INDEBIDO

1. Fundamento ontológico

La prohibición del fraccionamiento indebido tiene un primer fundamento en la propia naturaleza de las cosas, que debieran impedir a cualquier operador logístico que se desdoblén bienes, servicios u obras que corresponden a una misma unidad esencial o siendo diferentes pertenezcan a la misma meta u objetivo, para dar paso a varios procesos, como si fueran en esencia distintos.

Si bien lo que constituye la naturaleza misma de las cosas no debiera ser materia de prohibición jurídica, pues deriva de la esencia ontológica de las cosas, la práctica logística ordinaria ha generalizado la necesidad que las normas administrativas aborden este tema para negar su realización.

2. Fundamento económico

La prohibición del fraccionamiento indebido tiene también fundamento en evitar lo antieconómico que resulta la realización de diversos procesos adquisitivos para obtener bienes, servicios u obras en cantidad diminuta, cuando por su naturaleza pueda ser objeto de procesos concurrenciales mayores, donde en función de la competencia se pueden obtener mejores precios en función de la economía de escala. Este mismo fundamento aconseja seguir la tendencia a la agrupación de adquisiciones para obtener mejores condiciones y precios para las contrataciones públicas.

En este mismo orden de ideas, constituye un criterio esencial de economía en las operaciones administrativas, su concentración en las menos posibles, procurando que el desarrollo de actividades administrativas se realice en el menor número de actos procesales.

3. Fundamento administrativo

La prohibición del fraccionamiento indebido tiene también fundamento en evitar la multiplicidad de costos y complejidades administrativas que derivan de la alternativa innecesaria de llevar a cabo varios procedimientos adquisitivos sucesivos en vez de realizar uno solo y controlarlo adecuadamente.

4. Fundamento presupuestal

La prohibición del fraccionamiento indebido tiene también fundamento presupuestario, dado que el desdoblamiento de contratos impide al presupuesto institucional cumplir su rol de planificación y seguimiento de las metas específicas a obtenerse con una visión de conjunto. El fraccionamiento indebido, influencia en lo presupuestario a tal grado que origina diversos compromisos de gastos disociados sin alcanzar metas propiamente individualizadas y completas.

5. Fundamento ético

Finalmente, la prohibición del fraccionamiento indebido también tiene un sustento ético, ya que se trata de erradicar esta práctica incorrecta de los procesos logísticos del Estado, no sólo por las consideraciones antes mencionadas que hacen ilegal este desdoblamiento artificioso, sino también porque la experiencia comparada ha demostrado que esta acción objetivamente constituye la principal – y acaso más evidente – manifestación externa de favorecimiento en los contratos administrativos a consecuencia o con el objetivo de incurrir en la corrupción administrativa.⁷

VI. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL FRACCIONAMIENTO INDEBIDO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

En el marco normativo vigente la prohibición del fraccionamiento indebido la encontramos en dos disposiciones: artículos 18 de la Ley y 32 del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, respectivamente:

"Artículo 18.- Prohibición de fraccionamiento."⁸

Queda prohibido fraccionar adquisiciones, así como contrataciones de servicios o de obras con el objeto de cambiar la modalidad del proceso de selección.

Las contrataciones y adquisiciones por etapas, tramos o paquetes o lotes sólo serán posibles en función de la naturaleza del objeto de la contratación o adquisición.

Esta prohibición se aplica sobre el monto total de la etapa, tramo, paquete o lote a ejecutar.

La máxima autoridad administrativa de la Entidad, es la responsable del cumplimiento de esta prohibición".

"Artículo 32.- Prohibición de fraccionamiento.

La prohibición de fraccionamiento a que se refiere el artículo 18 de la Ley significa que no debe dividirse una adquisición o contratación programada para dar lugar al cambio de un tipo de proceso de selección, más riguroso a otro más simple".

No se considera que existe fraccionamiento cuando, por razones de complejidad, presupuesto o financiamiento, coyuntura u obsolescencia del bien, servicio, u obra, la entidad determine con la debida sustentación que la adquisición o contratación se programe y efectúe por etapas, tramos, paquetes o lotes. En este caso, la prohibición del fraccionamiento se aplica sobre el monto total de la etapa, tramo, paquete o lote a ejecutar.

Tampoco se considera fraccionamiento la contratación del mismo proveedor como consecuencia de procesos de selección con objetos contractuales distintos o realizados bajo circunstancias diferentes.

Como se puede apreciar de ambas disposiciones, en la configuración del fraccionamiento indebido participan dos elementos necesarios:

⁷ Este criterio hace advenir que el fraccionamiento ilícito de contratos no sólo tenga consecuencias en el ámbito de la contratación administrativa, sino también en el campo de los ilícitos penales.

⁸ Texto del artículo 18 de la Ley, conforme a la modificación introducida por la Ley N° 27380.

- Un elemento objetivo y tangible constituido por la división artificial de una adquisición o contratación unitaria.
- Un elemento subjetivo que motiva al ejecutor a realizar la acción, consistente en la finalidad perseguida al cambiar la modalidad del proceso de selección.

Tales son los elementos suficientes para la configuración del ilícito administrativo bajo análisis, no requiriéndose ningún otro factor adicional, como pueden ser la concreción del segundo contrato fraccionado, que ambos contratos sean adjudicados al mismo proveedor, la existencia de connivencia con los postores, o sobreprecios en las adquisiciones. Todos son circunstancias adicionales al tipo, que presentan particularidades adicionales que agravan la responsabilidad para el autor, pudiendo conllevar a que el hecho asuma connotaciones penales, pero no son indispensables para la consumación del fraccionamiento indebido.

Veamos cada uno de estos elementos constitutivos de la infracción:

1. El desdoblamiento de una contratación o adquisición unitaria

El primer elemento, de carácter objetivo, es que el agente público desdoble o fragmente una adquisición o contrato que conforme a las normas o a la naturaleza de las cosas debieran ser estimados unitariamente, y por ende, ser objeto de un procedimiento adquisitivo unitario.

En este sentido, nuestra legislación privilegia mediante algunas reglas específicas la tendencia hacia la concentración adquisitiva, convirtiendo en indebido cualquier acción administrativa orientada a desconocer esta necesidad de concentración de las adquisiciones.

Al respecto, los criterios para concentrar adquisiciones a tenerse en cuenta para no incurrir en fraccionamiento indebido, son los siguientes:

1.1. Deben ser objeto de un mismo proceso adquisitivo los bienes, servicios y obras del mismo tipo, requeridos en un lugar determinado y en un periodo anual, semestral, trimestral o mensual, según lo programado en el Plan Anual

Este criterio se desprende de las reglas para determinar el valor referencial de un proceso adquisitivo contemplado en los artículos 15 y 28 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones:

"Artículo 15.- Determinación del proceso de selección.

Se considera como objeto principal del proceso de selección a aquel que define la naturaleza de la adquisición o contratación en función de la prestación a ejecutarse.

A tal efecto para la determinación del proceso de selección aplicable se considerará el valor referencial establecido por la entidad para la adquisición o contratación prevista y los montos establecidos en la Ley Anual de Presupuesto para la adquisición o contratación de bienes, servicios, arrendamiento o ejecución de obras, según corresponda".

"Artículo 28.- Cómputo de valores referencias en la programación de adquisición de bienes y contratación de servicios.

Para determinar en cada caso los montos a que se refiere el artículo 15, se computará la suma del costo del conjunto de bienes o servicios del mismo tipo, requeridos en un lugar determinado y en un periodo anual, semestral, trimestral o mensual, según lo programado en el Plan Anual".

De tal modo, para determinar el valor referencia de las adquisiciones ha de computarse la suma total del costo del conjunto de bienes o servicios del mismo tipo, requeridos en un lugar determinado y en un periodo programado.

El gasto estimado al programar el presupuesto para una meta, determina, por su monto, la modalidad de adquisición a seguir. La ley anual establece los procedimientos de programación de gasto y su ejecución, en consecuencia, el gasto programado-estimados-aprobado, en el PIA no puede desdoblarse, con el objeto de disminuir la cuantía total y eludir los requisitos de publicidad, procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda, aun cuando se apelara a argumentos tales como: Diversidad de fuente de financiamiento, distinta unidad presupuestal, niveles de apertura, diferencia de proveedores.

1.2. Deben ser objeto de un mismo proceso adquisitivo los bienes y servicios recíprocamente complementarios

La segunda regla de nuestro ordenamiento es la que señala la necesidad de realizar un mismo procedimiento adquisitivo los bienes y servicios que recíprocamente se requieran para satisfacer una misma necesidad administrativa. Por ejemplo, la adquisición de cemento y arena para ejecutar una construcción por administración directa.

En este caso, estamos frente a dos objetos físicamente separables o escindibles, pero que existe la conveniencia administrativa, en función de su dependencia funcional (compra de equipos y su mantenimiento), o conexión accesoria (compra de vehículos y de repuestos) asumido como exigencia legal, que sean adquiridas concentradamente, entendiéndose además que -por lo general- son ofertados por los mismo proveedores.

Al efecto el artículo 15 del precitado reglamento, establece que "(...) En cualquier caso, los bienes o servicios que se requieran como complementarios entre sí, se consideran incluidos en las adquisiciones o contratación objeto del contrato".

1.3. La previsibilidad de las necesidades como factor determinante de un desdoblamiento

Un factor importante para determinar la existencia o no de fraccionamiento indebido es que las necesidades de adquirir los bienes, servicios u obras indivisibles, hayan sido previsibles para el operador administrativo. Desde la otra perspectiva, no se configura el fraccionamiento cuando el segundo proceso adquisitivo se produce atendiendo a necesidades imprevisibles en el primer momento.

La previsibilidad de la necesidad hace que exista fraccionamiento siempre que para un mismo objeto requerido por la administración perfectamente determinado conforme a la finalidad respectiva, se celebren varios procedimientos de contratación. En este modo, la previsibilidad se refiere "al conocimiento actual que se tenga de toda la necesidad administrativa que se pretende satisfacer con la contratación

correspondiente, dentro de un límite de tiempo razonable (...) mas no habría entonces imprevisión si efectuado tal procedimiento, por circunstancias ajenas al conocimiento y dominio del funcionario responsable de las adquisiciones, tres o cuatro meses después se crea una nueva unidad administrativa que demanda la provisión de algunas máquinas más, para lo cual debe promoverse un nuevo concurso”.⁹

La exigencia de este parecer ha sido contemplado en el Reglamento (Art. 32), aunque inapropiadamente cuando se refiere a que el fraccionamiento se produce en caso de una “adquisición o contratación programada”¹⁰. Es decir, cuando existe desde el inicio una posibilidad real y objetiva de estimar su necesidad, y no si la necesidad surge con posterioridad a la primera adquisición.

2. Objetivo del fraccionamiento (elemento teleológico)

Nuestra normativa exige para configurarse el fraccionamiento una segunda concurrencia: que el desdoblamiento produzca como efecto el cambio de la modalidad del proceso de selección, de uno más riguroso a otro más simple.

En tal sentido, es necesaria la producción del aspecto perseguido por el funcionario: la variación del proceso de selección de uno más complejo (por ende con mayor apertura, concurrencia y tratamiento igualitario a los postores), a otro menos complejo (con menor apertura, limitada concurrencia y mayor discrecionalidad del funcionario para seleccionar a los postores).

Por ello, puede producirse un fraccionamiento indebido dirigido a evadir una licitación pública, un concurso público, una adjudicación directa o una adjudicación directa de menor cuantía, presuponiendo que alguna de estas modalidades es la aplicable por razón de la materia y de su monto, conforme a ley. Apuntamos que la idea de exigibilidad previa de un proceso más riguroso es importante para la caracterización, por cuanto no calificaría dentro de tal infracción, si por la materia no fuera necesario un proceso selectivo de mayor rigurosidad, como por ejemplo, los servicios de publicidad que tienen un régimen especial de adquisición simplificado, o si sumados los montos de las adquisiciones realizadas no acumulan un mínimo necesario para hacer exigible un proceso más complejo.

Nuestra normativa sigue así la tendencia tradicional que identifica el fraccionamiento indebido con la elusión a la realización de un proceso adquisitivo específico. No obstante, debemos advertir, como lo hace gran parte de la doctrina, que el fraccionamiento también puede perseguir otros fines elusivos, aun dentro del mismo proceso de selección, como por ejemplo, sustraerse a las exigencias de garantías mayores, de la comunicación a terceros, la necesidad de documentar por escrito el contrato, etc., todos supuestos que esconden iguales reprochables elusiones.¹¹

VII. ELEMENTOS ADICIONALES AL TIPO NO EXIGIDOS POR NUESTRA LEGISLACIÓN

En sus diversos tratamientos legales y doctrinales, la calificación del

⁹ Revista de la Contraloría General de la República, Año XVI, Junio 1992, No. 32. San José de Costa Rica, p. 91.

¹⁰ Aquí debe entenderse “programada” como sinónimo de “previsible”, y no como adquisición incluida en el Plan de Adquisiciones, ya que si así fuera necesario bastaría a la entidad con contar de un programa de adquisiciones para proceder con fraccionamientos indiscriminados.

¹¹ Sobre el particular puede verse MUTIS, Andrés, y OLANtero, Andrés, La contratación estatal: análisis y perspectivas. Pontificia Universidad Javeriana, Colombia 2000, p. 177.

fraccionamiento indebido a veces requiere de algunos otros elementos adicionales en su caracterización. Anotamos que ninguno de los siguientes son factores determinantes en nuestra legislación, aun cuando pueden servir como elementos informadores del grado de mala fe con la que actuó el funcionario administrativo, y eventualmente, hacer que su conducta califique en otras previsiones legales de mayores consecuencias jurídicas que las meramente administrativas.

1. La identidad de objetos contractuales

Para un sector doctrinario y legislativo la existencia del fraccionamiento hace necesario que los contratos desdoblados pertenezcan al mismo objeto contractual. No se trata de identidad de los objetos contractuales genéricos (por ejemplo, servicios no personales, o bienes muebles), sino objetos específicos (por ejemplo, servicios de asesoramiento contable, o confección de uniformes).

En nuestra legislación, no resulta de aplicación esta exigencia, dado que el fraccionamiento se puede cometer para las adquisiciones de bienes o servicios complementarios entre sí.

2. La concreción de una pluralidad de acuerdos

Un sector doctrinario hace depender la consumación del fraccionamiento, de la concreción de cuando menos dos contratos o adquisiciones desdobladas, por considerar que sólo aquí se perfecciona la voluntad deliberada de fragmentar los objetos contractuales.

Para nuestro ordenamiento este constituye un elemento posterior a la consumación del fraccionamiento, ya que este se perfecciona sólo con la variación del procedimiento adquisitivo de uno complejo a otro más simple. Como resulta lógico, esta exigencia se cumple solamente con la primera adquisición realizada donde un objeto indivisible, natural o jurídicamente, ya ha sido desdoblado.

3. La dimensión temporal para consumación del fraccionamiento

Como una derivación del elemento anterior, algunos ordenamientos intentando objetivar más los elementos del fraccionamiento, han propuesto establecer un límite temporal previsible dentro del cual si se produce la pluralidad de contratos, se considera indebido, mas no cuando el segundo contrato se produce transcurrido este tiempo. Por ejemplo, la legislación colombiana consideraba dentro del plazo entre tres y seis meses para que pudiera haber fraccionamiento; mientras las otras legislaciones que contemplan esta figura lo hacen delimitar con el periodo presupuestario.

En verdad, este elemento sólo puede servir como un indicativo de la existencia del fraccionamiento mas no un elemento constitutivo del mismo. Una suerte de presunción *juris tantum* que nos indicaría que cuando dos contratos son realizados con un intervalo de tiempo sumamente breve, permite suponer que tienden a la misma necesidad previsible, del mismo modo que si el segundo contrato se produce a los once o doce meses del anterior, permite inferirse a priori que responden a necesidades diferentes y no previsibles de la misma manera.

Sin embargo, creemos que no resulta sustentada técnicamente esta previsión temporal, ya que "(...) incorporar una regla invariable en el sentido de que este lapso deje a salvo a la Administración de toda responsabilidad en todo caso; e, incluso podría darse la situación inversa, de que aun un intervalo menor no haga incurrir en falta a la

*Administración bajo determinadas circunstancias*¹².

4. Identidad de partes contractuales vinculadas por contratos sucesivos

Finalmente, otra derivación de la exigencia de concretarse una segunda adquisición fraccionada es la que reciben algunos ordenamientos en el sentido que para su perfeccionamiento, debe ser el mismo contratista el adjudicatario de los contratos.

Para nuestra legislación este elemento más que constituir el fraccionamiento, constituye un indicador de concertación entre la administración y el proveedor, no siendo determinante para la existencia del fraccionamiento.

VIII. CLASES DE FRACCIONAMIENTO INDEBIDO

Conforme a la práctica de nuestras entidades dentro del marco del régimen de contrataciones, podemos identificar la existencia de cuatro modos de fraccionamiento indebido en función de la manera en que son desdoblados los objetos contractuales que ameritarían procesos unitarios:

1. Fraccionamiento del objeto contractual en sus componentes

Es la modalidad más común de fraccionamiento, por el que se desdobra un bien, servicio u obra en sus elementos componentes, para seguir procedimientos adquisitivos independientes. Así sucede, si en vez de adquirir un vehículo se adquieren por separado los diversos componentes del bien, y se integra por administración directa.

2. Fraccionamiento de objetos contractuales homogéneos en subgrupos arbitrarios

Es una segunda modalidad de fraccionamiento indebido que consiste en la acción deliberada del funcionario que debiendo contratar un conjunto de bienes, servicios u obras homogéneos, artificialmente los desdobra en subgrupos para seguir procedimientos adquisitivos independientes. Así sucede, si en vez de adquirir un lote de uniformes para el personal, se adquieren por separado clasificando subgrupos arbitrariamente de profesionales, secretarías, obreros, directivos, etc.

3. Fraccionamiento por líneas o ítem complementarios entre sí

La tercera modalidad de fraccionamiento está constituida por el desdoblamiento de adquisiciones o contratos por bienes, servicios y obras complementarios que si bien son divisibles físicamente, por mandato legal deben ser adquiridas unitariamente. Serían ejemplos de fraccionamiento de este tipo, si alguna entidad, adquiere por separado, materiales constructivos, tales como tubos, cemento, arena, bloques, piedras, fierros, etc.; o equipos de oficina, como sillas, mesas, tachos, archivadores, etc.

4. Fraccionamiento por tipo de contratos

La cuarta modalidad es distinguir entre la naturaleza de servicios a adquirirse cuando conforme a su naturaleza responden a una misma necesidad unitaria. Por ejemplo, separar la parte de obra por un lado (Ej. Reparación de una maquinaria) y de los servicios de mantenimiento de la misma maquinaria; o comprar equipos de cómputos (bienes) y el servicio de mantenimiento (servicios) por separado.

¹² Revista de la Contratación General de la República. Año XVI, Diciembre 1982. No. 33. San José de Costa Rica, p. 85

5. Fraccionamiento de objeto contractual por periodo presupuestal

Esta modalidad de fraccionamiento no se produce tanto en función de la separación de objetos contractuales inescindibles, como sucede con todos los demás casos, sino se produce en función que el desdoblamiento efectuado por el funcionario entre dos periodos presupuestales, respondiendo a una necesidad unitaria.

Por ejemplo, si se trata de contratar un mismo bien o servicio u obra para satisfacer una necesidad continuada de la administración, pero distribuyéndola en periodos temporales (semestrales, bimensuales, trimestrales), e incluso distribuyéndola en dos periodos presupuestales subsecuentes (ejemplo comprar equipos de cómputo en diciembre, y luego hacerla misma adquisición en febrero del siguiente año).

6. Fraccionamiento por desdoblamiento en órganos administrativos adquirentes

Esta forma de fraccionamiento se produce cuando una entidad para obtener un bien, servicio u obra de contratación agrupada o unitaria, lo desdobla entre varias unidades administrativas, de tal modo que aparenta que se trata de la satisfacción de necesidades diferentes. Así sucede cuando para atender las necesidades de sistema de cómputo central se adquieran los accesorios e implementos por unidades desconcentradas o zonales.

Lo central para la existencia de este fraccionamiento es que el uso o utilización de estos bienes, servicios u obras sean ajenos a las unidades administrativas que los adquieren, es decir, no atiendan sus necesidades directas.

IX. CONSECUENCIAS DEL FRACCIONAMIENTO INDEBIDO

Como ha sido analizado, el fraccionamiento indebido es una acción logística prohibida expresamente por la legislación de la materia. ¿Pero cuáles son las consecuencias de la contravención a esta prohibición?

Al respecto, debemos recordar que toda acción administrativa prohibida genera consecuencias en dos niveles: en lo personal (para el funcionario que lo autorizó y ejecutó), y en la actuación administrativa misma (en el acto o contrato derivado de la contravención). Veamos cada uno por su orden.

El o los funcionario (os) que promueven, aprueban y ejecutan el fraccionamiento indebido incurre en un ilícito administrativo, por cuanto, con su actuar, no sólo inobserva una prohibición que establece la Ley de Contrataciones y Adquisiciones sino que además ha distorsionado los procedimientos previstos para promover un contrato administrativo en la debida forma.

Esta responsabilidad se concretará en una sanción administrativa sobre la relación laboral del involucrado (amonestación, suspensión, destitución o despidio), a instancia de la propia administración, o de alguna auditoría o acción de control, donde quede evidenciada esta acción indebida.

Ahora bien, las consecuencias sobre el contrato sobrevenido de este desdoblamiento indebido son un aspecto escasamente explorado entre nosotros. ¿Podría ser anulado un contrato surgido del desdoblamiento?

La legislación comparada es uniforme en el sentido que todo contrato para cuya

celebración se exija licitación pública o un procedimiento semejante serán nulos cuando se celebren sin seguir dichos procedimientos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones correspondientes a quienes hubieren contratado en tales circunstancias, y de la eventual indemnización que la administración o sus funcionarios deban al adjudicatario por daño y perjuicio derivado de la anulación.

Frente a esta consecuencia podría alegarse la afectación injustificada del contratista, quien sería perjudicado en sus intereses y derechos de adjudicatario por una acción exclusivamente imputable a la propia administración. No obstante ello, cabe tener en cuenta que los procedimientos licitatorios, sus montos, modalidades y exigencias de acumulación, son de público conocimiento y amparados incluso en la presunción de conocimiento de la norma, por lo que los contratistas difícilmente pueden argumentar buena fe y perjuicio ilegítimo, cuando son contratados bajo una modalidad que no le corresponde. Esta situación, incluso puede agravarse cuando se trate de una concertación indebida entre la administración y el contratista.

X. DESDOBLAMIENTOS CONTRACTUALES EXCLUIDOS DE LA PROHIBICIÓN DE FRACCIONAR: FRACCIONAMIENTOS TOLERADOS Y FALSO FRACCIONAMIENTO

Una vez caracterizado el fraccionamiento indebido, es necesario concluir esta panorámica deteniéndose en lo que podríamos denominar los simples fraccionamientos, es decir, una serie de actuaciones logísticas que participando o no de su misma naturaleza esencial, no son objeto de reproche por el ordenamiento de contrataciones nacional.

Dentro de este rubro, podemos identificar dos tipos de desdoblamientos excluidos de la prohibición de fraccionar: los fraccionamientos tolerados y los falsos fraccionamientos.

Son fraccionamientos tolerados o admitidos, aquellos en que el desdoblamiento de objetos contractuales es autorizado por la normativa a los operadores logísticos con la convicción de que no se trata de una acción negativa contra los principios de la contratación y los intereses del Estado.

Por su parte, tenemos el denominado falso fraccionamiento, bajo el cual se identifican aquellos supuestos incluidos en la normativa con el ánimo pedagógico de aclarar supuestos parecidos al fraccionamiento, pero que no constituyen tales.

1. Fraccionamientos tolerados

Son fraccionamientos tolerados, aquellos que pese a participar de la naturaleza del fraccionamiento indebido, la legislación atiende aspectos de gerencia logística que hacen conveniente conservar esta contratación, más aún cuando –se presume– no proyecta una voluntad indebida en sus actores. Tales son:

- (i) Cuando por razones de complejidad, presupuesto, o financiamiento coyuntura u obsolescencia del bien, servicio u obra, la entidad determine con la debida sustentación que la adquisición o contratación se programe y efectúe por etapas, tramos, paquetes o lotes. Para este efecto debe justificarse debidamente en el expediente técnico, y teniendo en cuenta que cada parte en que se fraccione el objeto de la adquisición ha de ser susceptible de utilización o aprovechamiento separado. En este caso, la prohibición de

fraccionamiento se aplica sobre el monto total de la etapa, tramo, paquete o lote a ejecutar.¹³

- (ii) La renovación de un contrato de arrendamiento, siempre y cuando la renta no se incremente en una tasa mayor al crecimiento del índice general de precios al por mayor.¹⁴
- (iii) El Fraccionamiento de contrato derivado de la distribución de la buena pro.¹⁵

En la adquisición de bienes y de prestación de servicios se puede fraccionar la buena pro, lo que se traduce a su vez en el fraccionamiento del contrato. En este supuesto, y a diferencia del fraccionamiento indebido, no se realiza un procedimiento para una contratación fraccionada, sino que esta – la contratación fraccionada- es la consecuencia del otorgamiento proporcional de la buena pro. Ciertamente, en este supuesto entre varias ofertas igualmente ventajosas, tomando en cuenta la naturaleza y características de la contratación a celebrar, puede fraccionarse el contrato, siempre y cuando esta posibilidad se haya establecido en el pliego de condiciones y se cumpla con lo allí previsto a tales efectos.

2. Falso fraccionamiento

Por su parte estamos ante el falso fraccionamiento, cuando las adquisiciones tienen la apariencia externa de estar frente a un fraccionamiento indebido, pero en realidad, la contratación es perfectamente regular. Son ejemplos de falsos fraccionamientos:

- (i) Las adquisiciones al mismo proveedor atendiendo a necesidades de bienes, servicios y obras de carácter homogéneo y que debieran ser adquiridos de modo conjunto, pero que el segundo atiende a necesidades imprevisibles *ab initio*.
- (ii) Las adquisiciones producidas por unidades desconcentradas de una entidad para su propio consumo o uso. La adquisición efectuada directamente por órganos desconcentrados para su consumo o utilización siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) Contar con capacidad para contratar cada órgano desconcentrado y autonomía administrativa; 2) Contar con presupuesto propio de cada órgano desconcentrado; 3) Uso o consumo de los bienes, servicios u obras por cada órgano desconcentrado.¹⁶
- (iii) La contratación de un mismo proveedor como consecuencia de procesos de selección con objetos contractuales distintos o realizados bajo circunstancias diferentes.¹⁷
- (iv) Cuando en virtud de un mismo contrato de ejecución diferida o de entregas periódicas, o cuyos fondos se reciban en diferentes tramos, se emitan varias órdenes para cada bien, servicios u obra, una por cada prestación o entrega.

¹³ Art. 18, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Arts. 39 y 30 segundo párrafo de su reglamento.

¹⁴ Art. 18 literal g) Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

¹⁵ Art. 22 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

¹⁶ Art. 9 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

¹⁷ Art. 20, tercer párrafo del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

- (v) Contratación de prestaciones complementarias dentro de los tres meses posteriores a la liquidación.¹⁸
- (vi) Contratación de prestaciones adicionales para alcanzar la finalidad del contrato original.¹⁹

¹⁸ Art. 141.- Ampliación contractual por adquisiciones y contrataciones complementarias

Dentro el caso de las situaciones previstas en el artículo 113, dentro de los tres (03) meses posteriores al vencimiento del plazo contractual, la Entidad podrá adquirir o contratar complementariamente con el mismo contratista bienes y servicios, con excepción de la ejecución de obras, por única vez y en tanto se realice el proceso de selección que corresponda, hasta por un máximo de treinta por ciento (30%) adicional al monto del contrato original, siempre que se trate del mismo ítem o servicio y el contratista preserve las condiciones que dieron lugar a la adquisición o contratación.

¹⁹ Art. 135 del Reglamento.