



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: FRACCIONAMIENTO

RESUMEN: Se analiza el criterio manejado actualmente por la Contraloría General de la República respecto al tema del fraccionamiento o fragmentación ilícita, tal y como lo señala la Ley de Contratación Administrativa. A partir de su concepto y elementos básicos se establecen las directrices principales contempladas hoy día para su establecimiento y constitución.

SUMARIO:

1. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

- a. Definición y elementos que lo configuran
- b. Requisitos
- c. Tipos
- d. Supuestos
- e. No se presenta cuando no se tiene la totalidad del presupuesto
- f. No existe en contratos anuales con fondos presupuestarios distintos
- g. Casos en que no opera
- h. Conexión entre líneas
- i. Responsabilidad del funcionario tramitador
- j. Responsabilidad de su determinación
- k. Separar líneas puede constituirlo

2. NORMATIVA APLICABLE

- a. Ley de Contratación Administrativa
- b. Reglamento General de Contratación Administrativa



DESARROLLO:

1. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

a. Definición y elementos que lo configuran

"El fraccionamiento o fragmentación (como lo denomina la Ley 7494/95 vigente) es una actividad de un funcionario público, efectuada con el propósito específico de evadir el procedimiento concursal que correspondería observar de acuerdo con una estimación adecuada del negocio -para atender una necesidad prevista y dotada de respaldo presupuestario-, tendiente, por lo general, a acudir a procedimientos menos gravosos, que comporten menor observancia de principios procedimentales de especial fuerza en la contratación administrativa, como el de publicidad, libre participación e igualdad de trato. El fraccionamiento o fragmentación ilícita es particularmente grave, cuando se acude a una excepción, como lo constituye el trato directo o contratación directa, amparada a la "escasa cuantía", porque en estos supuestos se omite el concurso o licitación, como lo ordena nuestra Constitución Política, en el artículo 182. En esos casos (de contrataciones directas) es frecuente el fraccionamiento, porque este tipo de operaciones permiten fácilmente desvirtuar o desarticular la observancia de los principios que informan a los procedimientos concursales a que nos referimos, principios que, como ha sostenido este Órgano Contralor en múltiples oportunidades, sólo encuentran una aplicación plena en la licitación pública. Ahora bien, la Ley 7494 no recoge una definición particular de "fragmentación ilícita", sino que se limita a prohibirla, por lo que es menester atenerse al desarrollo hecho en el Reglamento General, artículo 40, el cual, sustancialmente, recoge los mismos principios que ya habían sido desarrollados en el Reglamento de la Contratación Administrativa. De este modo, se configuraría fraccionamiento ilícito cuando existe la partida presupuestaria y la determinación de necesidades, y no obstante ello, se promueven varios concursos (menos rigurosos que el que correspondería) o lo que es peor, se promueven varias contrataciones directas, amparadas a una indebida aplicación de una **excepción** de "escasa cuantía". Como elementos que permiten determinar si se da fragmentación ilícita tenemos: 1.- La Administración, dispone de contenido presupuestario suficiente y disponible para atender la totalidad de la erogación. 2.-La Administración, por medio de sus órganos técnicos y administrativos ha determinado su necesidad, determinación que comprende básicamente la definición de características que debe reunir el objeto a licitar para satisfacer la necesidad y, en el caso de obras públicas, dispone de su diseño gráfico y de las autorizaciones o aprobaciones dispuestas por el ordenamiento jurídico, para llevarlo a cabo. 3.- No obstante que dispone de



contenido presupuestario y de la determinación de la necesidad, promueve varios procedimientos concursales, o varias contrataciones directas (invocando la excepción de "escasa cuantía" del negocio"), para evadir el procedimiento concursal que correspondía efectuar.

4.- El funcionario que promueve el fraccionamiento incurre en un ilícito administrativo, por cuanto, con su actuar, inobserva una prohibición que establece la Ley de Contratación en su artículo 37 y se hace acreedor a la sanción dispuesta en el numeral 96, inciso f), de dicha ley. A través del fraccionamiento se degrada el sistema de contratación público ordenado en la Constitución y diseñado en la Ley de Contratación Administrativa y se perjudica sensiblemente el **interés público**, al tener que promoverse varios concursos con un mismo objeto, con el consiguiente uso irracional de los recursos públicos y al desvirtuar uno de los propósitos esenciales de licitar, cual es obtener mejores precios, consecuencia de la competencia de los particulares dispuestos a suministrar la obra, bien o servicio.

5.- No se incurre en fraccionamiento ilícito, en el evento en que la partición de la operación esté debidamente justificada en motivos de "urgencia" debidamente acreditados o autorizados por este Organismo Contralor, conforme a los artículos 2, inciso d), de la Ley de Contratación Administrativa y 85 de su Reglamento General, ni cuando responda a los supuestos de renglones que, aunque esté ubicados en la misma clasificación presupuestaria de "gasto-objeto", no sean competitivos entre sí. (Ver oficio N° 8758, -DGCA 916-99) del 15-7-97)". (...) Si observamos el objeto contractual de la licitación No. 97-015, vemos que la gran mayoría de los anteriores reactivos citados, se encuentran incluidos en aquel procedimiento licitatorio, de manera que para esta Dirección General no existe el fundamento para tramitar tantas contrataciones directas, por separado, pues con ello se evitó la tramitación de un procedimiento más riguroso. Esta situación se ajusta a lo que esta Dirección General ha definido como fraccionamiento ilícito, por lo que, eventualmente, podría constituirse en un vicio generador de la nulidad absoluta de los negocios citados, ya que se violó lo dispuesto en los artículos 37 de la Ley de Contratación Administrativa y 40 de su Reglamento General, así como principios fundamentales de la contratación administrativa, como son los de publicidad y libre competencia."¹

b. Requisitos

"Ahora bien, la Ley 7494 no recoge una definición particular de "fragmentación ilícita", sino que se limita a prohibirla, por lo que es menester atenerse al desarrollo hecho en el Reglamento General, artículo 40, el cual, sustancialmente, recoge los mismos



principios que ya habían sido desarrollados en el Reglamento de la Contratación Administrativa. De este modo, se configuraría fraccionamiento ilícito cuando existe la partida presupuestaria y la determinación de necesidades, y no obstante ello, se promueven varios concursos (menos rigurosos que el que correspondería) o lo que es peor, se promueven varias contrataciones directas, amparadas a una indebida aplicación de una excepción de "escasa cuantía".²

c. Tipos

"Debe tenerse presente que no toda fragmentación del objeto es ilícita, sino que la ilegalidad surge cuando existiendo una necesidad definida y presupuesto aprobado, se promueven dos o más concursos menos rigurosos, sea con el fin de inobservar el procedimiento usual o bien la fase recursiva de ese acto de adjudicación. En efecto, si en este caso los expedientes no se conjuntan para su trámite, un eventual desajuste legal no podría entonces ser conocido, lo que a juicio de esta Oficina, limitaría indebidamente las potestades de fiscalización encomendadas a este Organismo Contralor, al final del artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa. No se trata de una acumulación en sentido técnico, porque más que un asunto de economía procesal o de una medida que pretende evitar resoluciones distintas cuando hay identidad de partes y pretensión (artículo 125 del Código Procesal Civil) es un asunto de competencia con la que se cuenta porque si los negocios se estiman de forma general el monto es muy superior al límite inferior."³

d. Supuestos

"La posibilidad de dividir o fragmentar una contratación está en función directa de tres variables, que no hagan de esa división o fragmentación una actuación ilícita, o lo que se ha dado en llamar fraccionamiento o fragmentación ilícita. Para que exista esa fragmentación ilícita debe tenerse determinada la necesidad, disponerse de la totalidad del presupuesto y, además, promoverse varios procedimientos con la finalidad de evadir el que correspondía por cuantía. Sin embargo, aquí el punto es muy casuístico y al hablar del primer elemento, a saber el de la **necesidad administrativa** que genera el procedimiento debemos cuestionarnos si se trata de necesidades que deben ser agrupadas, desde muchos y variados criterios: sea porque conviene no perder economías de escala, sea porque son atendidas por una misma rama de proveedores, sea porque facilita la actividad y eficiencia administrativa al generar menos expedientes que tramitar, sobre todo cuando se dispone de limitados recursos humanos. Lo anterior no significa que todos los artículos pertenecientes a una misma



partida presupuestaria deban tramitarse en compras agrupadas, pues muchas veces son proveídos por distintos interesados. En el caso de obras, conviene advertir que esta Contraloría General estima que cada camino puede ser considerado como una necesidad, y deberá estudiarse si conviene desde un punto de vista técnico la tramitación de distintos trabajos relacionados con un mismo camino, pues ello podría favorecer la eficiencia, pero no debe favorecer que la responsabilidad se diluya, es decir, que las responsabilidades de cada contratista deben quedar claramente establecidas, quien hizo las alcantarillas y quien hizo el bacheo del camino propiamente, deben responder por sus prestaciones. Nuevamente advertimos de la necesidad de acreditar que con ello no se diluya la responsabilidad de unos y otros. Por otra parte, no hay fragmentación si la Administración en un determinado momento del ejercicio fiscal no dispone de los **recursos presupuestarios** para atender la totalidad de la necesidad y promueve una licitación que cubra la necesidad en forma parcial. Aquí la inversión hecha debe asegurar la correcta inversión de los fondos disponibles. También la Administración debe recordar que muchas veces la disposición del artículo 10.3. del Reglamento General de Contratación Administrativa le permite el inicio de procedimientos de contratación sin contar con la totalidad de los recursos, haciendo las advertencias del caso en el respectivo cartel, en relación con las condiciones presupuestarias bajo las cuales se promueve la licitación o compra de que se trate. Ello es muy útil, sobre todo cuando se está a la espera de la aprobación de recursos presupuestarios extraordinarios que por lo general, por la tramitación que conllevan, tienen un poco período de tiempo para ser ejecutados. En conclusión, si no se disponía de la totalidad de recursos presupuestarios y la licitación promovida está acorde con los disponibles y luego se promueve otra licitación, de acuerdo con nuevas fuentes presupuestarias, esa operación no implica fragmentación de compras de bienes o de servicios. Finalmente, la fragmentación exige que se dé el **ánimo de fragmentar**, lo cual se da cuando se conoce la totalidad de la necesidad y se dispone la totalidad del presupuesto para atender y no obstante, se promueven distintas licitaciones o procedimientos con la finalidad de evadir la que correspondería de acuerdo con la cuantía total del negocio. Por ejemplo, se promueven varias licitaciones restringidas para evadir una licitación pública, todas con un mismo objeto que podría haberse conjuntado y con ello obtener una mejor economía de escala. En suma, la determinación de las necesidades así como el agrupamiento de esas necesidades para efectos de promover uno o varios concursos es un aspecto que corresponde determinarlo a esa Administración, con base en los lineamientos anteriores, sin que



veamos que exista una infracción si la Administración califica en cada camino vecinal u obra local como una necesidad separada de otras. Con ello, tendría dos opciones: conjuntar si se trata de mejorar la economía de escala, con la reserva de adjudicación parcial a distintos proveedores. En tal caso, cada línea sería calificada por separado. La segunda, promover para cada necesidad un procedimiento, lo cual no implicaría fragmentación si se trata de distintas obras. Además, en toda decisión debe contarse con el respectivo criterio técnico, que avale la conveniencia de licitar obras por separado, en este caso específico, una para los pasos de alcantarillas y sus respectivos cabezales y otra para llevar a cabo el "bacheo", lo cual es responsabilidad de esa entidad municipal."⁴

e. No se presenta cuando no se tiene la totalidad del presupuesto

"Vistos los documentos aportados, resulta evidente que la primera contratación se tramita por ₡2.760.000,00 cuando todavía no estaba aprobada la modificación presupuestaria de ₡6.000.000,00 que ampara la segunda contratación. En ese sentido, le remitimos una copia de nuestro Oficio N°4927 de 6 de mayo de 1999 (DGCA-531-99) en el cual se expresan una serie de consideraciones sobre este tema y de lo cual podemos resumir que los elementos que permiten determinar si se da fragmentación ilícita son: 1) La Administración, dispone de contenido presupuestario suficiente y disponible para atender la totalidad de la erogación. 2) La Administración, por medio de sus órganos técnicos y administrativos ha determinado su necesidad, determinación que comprende básicamente la definición de características que debe reunir el objeto a licitar para satisfacer la necesidad y, en el caso de obras públicas, dispone de su diseño gráfico y de las autorizaciones o aprobaciones dispuestas por el ordenamiento jurídico, para llevarlo a cabo. 3) No obstante que dispone de contenido presupuestario y de la determinación de la necesidad, promueve varios procedimientos concursales, o varias contrataciones directas (invocando la excepción de "escasa cuantía" del negocio), para evadir el procedimiento concursal que correspondía efectuar. (véase oficio N° 8758 del 15 de julio de 1997, DGCA 916-97). Dado que en el presente caso la primera compra se tramita cuando todavía no hay presupuesto aprobado para la segunda, no se configuran los presupuestos necesarios para concluir que existe un fraccionamiento, por lo que procede desestimar su denuncia."⁵

f. No existe en contratos anuales con fondos presupuestarios distintos

"Como una primera conclusión de lo anterior, podemos decir que una



Administración que decida satisfacer una necesidad periódica y permanente por solamente un año y al año siguiente tramita una nueva contratación, no puede decirse que está "fraccionando" pues solamente hace lo que la ley le manda: se limita a gastar lo que puede gastar. Podemos señalar a modo de ejemplo que si los servicios de limpieza de un lugar se contratan en \$5.000.000,00 en el año de 1998 y se vuelve a celebrar un contrato para 1999 por la suma de \$5.500.000,00, sea con la misma empresa o con otra, no podemos sumar ambos contratos para determinar el monto de esa contratación, pues obedecen a períodos presupuestarios distintos. Puede ser que sea poco práctico celebrar esta clase de contratos todos los años, pero al menos no es ilegal.- Cuando la Administración decide solucionar su necesidad permanente o periódica por un plazo mayor a un año, tiene la posibilidad de comprometer recursos futuros aun no aprobados, en cuyo caso el contratista está claramente advertido de ello (artículos 8 de la Ley de Contratación Administrativa y 10 del Reglamento General de Contratación Administrativa). En esos casos, es cuando entran en aplicación los artículos 31 de la ley y 31 del reglamento para determinar la estimación contractual.- Así las cosas, si la Administración decide celebrar contratos anuales (del 1º de enero al 31 de diciembre) y el monto a contratar permite la contratación directa, no implica fraccionamiento que al año siguiente vuelva a celebrar un nuevo contrato, bajo nuevas condiciones, para el mismo objeto, pues como se ha dicho, ambos contratos se ejecutan con fondos de presupuestos distintos."⁶

g. Casos en que no opera

"No se incurre en fraccionamiento ilícito, en el evento en que la partición de la operación esté debidamente justificada en motivos de "urgencia" debidamente acreditados o autorizados por este Organismo Contralor, conforme a los artículos 2, inciso d), de la Ley de Contratación Administrativa y 85 de su Reglamento General, ni cuando responda a los supuestos de renglones que, aunque estén ubicados en la misma clasificación presupuestaria de "gasto-objeto", no sean competitivos entre sí."⁷

h. Conexión entre líneas

"[...] independientemente del destino que se dé a cada uno de los equipos que se van a comprar para las líneas 2 y 3, es lo cierto que hay una evidente conexión entre ellos, por tratarse de los mismos proveedores y por cuanto las descripciones de ambos equipos difieren en cuanto a capacidades pero no en cuanto a naturaleza (ver folios 740 y 737), de modo que se cumplen una serie de presupuestos básicos como son: a) necesidad claramente determinada



—ambos equipos pertenecen a un solo proyecto—; b) disponibilidad presupuestaria y c) competitividad entre proveedores. Ante este panorama, si la Administración hubiese tramitado compras separadas para cada una de estas líneas es muy probable que tal hecho se hubiese catalogado como fraccionamiento, de donde es procedente sumarlas para los efectos de este recurso de apelación.”⁸

i. Responsabilidad del funcionario tramitador

“El funcionario que promueve el fraccionamiento incurre en un ilícito administrativo, por cuanto, con su actuar, inobserva una prohibición que establece la Ley de Contratación en su artículo 37 y se hace acreedor a la sanción dispuesta en el numeral 96, inciso f), de dicha ley. A través del fraccionamiento se degrada el sistema de contratación público ordenado en la Constitución y diseñado en la Ley de Contratación Administrativa y se perjudica sensiblemente el **interés público**, al tener que promoverse varios concursos con un mismo objeto, con el consiguiente uso irracional de los recursos públicos y al desvirtuar uno de los propósitos esenciales de licitar, cual es obtener mejores precios, consecuencia de la competencia de los particulares dispuestos a suministrar la obra, bien o servicio.”⁹

j. Responsabilidad de su determinación

“[...] la determinación de si se configura o no fraccionamiento ilícito es responsabilidad de esa Administración, por lo que teniendo a la vista los elementos que nos hemos servido reseñar, deberán determinar si en el caso particular se configura o no el fraccionamiento o fragmentación ilícita. Es menester que la Administración y, en particular los órganos de control internos, pongan especial cuidado al examinar el fraccionamiento ilícito en caso en que se recurra a la figura de la contratación directa, fundada en la "escasa cuantía del negocio", que regula el numeral 2, inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa en relación con el artículo 79.4. del Reglamento General de Contratación Administrativa, por cuanto, como hemos indicado, esa es una excepción a la regla constitucional del concurso y, por ende, de aplicación restrictiva.”¹⁰

k. Separar líneas puede constituirlo

“El cartel del presente concurso llama a licitación pública para la “Compra de equipo de cómputo y comunicaciones para el Sistema de Información Aduanera (SIA-1998)” (véase hecho probado 4). Así pues, independientemente de que cada una de las líneas propuestas en el presente concurso pueda o no ser adjudicada por separado, lo



cierto del caso bajo examen es que si la Administración hubiese promovido **seis concursos distintos** para este mismo objeto, teniendo claramente definida la necesidad que se tiene y sobre todo el disponer de contenido presupuestario para hacerle frente a la totalidad de la obligación por contraer, este Organismo Contralor habría determinado que se estaría en presencia de un caso de evidente fraccionamiento, por lo que estimamos que lo procedente es entrar a conocer el acto de adjudicación en forma integral y no por líneas como lo pretende la firma adjudicataria."¹¹

2. NORMATIVA APLICABLE

a. Ley de Contratación Administrativa¹²

Artículo 37: Prohibición de Fragmentar.

La Administración no podrá fragmentar sus adquisiciones de bienes y servicios con el propósito de variar el procedimiento de contratación."

b. Reglamento General de Contratación Administrativa¹³

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".

FUENTES CITADAS

¹ Contraloría General de la República. Oficio No. 8661 del 29 de julio de 1999 (DGCA 908-99).

² Contraloría General de la República. Oficio No. 8758 del 15 de julio de 1997 (DGCA 916-97)



-
- ³ Contraloría General de la República. Oficio No. RC-140-2003 de las 15:00 horas del 10 de marzo de 2003.
- ⁴ Contraloría General de la República. Oficio No. 10398 del 19 de setiembre de 2003 (DAGJ-1319-2003).
- ⁵ Contraloría General de la República. Oficio No. 12622 (DAGJ-226-99) del 3 de noviembre de 1999.
- ⁶ Contraloría General de la República. Oficio No. 8172 del 19 de julio de 1999 (DGCA 856-99).
- ⁷ Contraloría General de la República. Oficio No. Oficio 8758 del 15 de julio de 1997 (DGCA 916-97).
- ⁸ Contraloría General de la República. Oficio No. RSL 101-99 de las 11:30 del 22 de marzo de 1999.
- ⁹ Contraloría General de la República. Oficio No. 8758 del 15 de julio de 1997 (DGCA 916-97)
- ¹⁰ Contraloría General de la República. Oficio No. 8758 del 15 de julio de 1997 (DGCA 916-97)
- ¹¹ Contraloría General de la República. Oficio No. R-DAGJ-033-99de las 12:00 horas del 20 de octubre de 1999.
- ¹² Ley de Contratación Administrativa. Ley N° 7494 de 2 de mayo e 1995.
- ¹³ Reglamento General de Contratación Administrativa. Decreto Ejecutivo: 25038 de 6 de marzo de 1996.