

EL PROBLEMA DEL FRACCIONAMIENTO PROHIBIDO EN LA CONTRATACION PÚBLICA VENEZOLANA

Alejandro Canónico Sarabia*
Especialista en Derecho Administrativo
Universidad Monteavila

I. EL TRATAMIENTO NORMATIVO DEL FRACCIONAMIENTO INDEBIDO EN LA CONTRATACION PÚBLICA

1. La división del contrato con fines fraudulentos

En virtud de que el contrato es un instrumento formal, objetivo y determinado, que patentiza el principio de integridad como regla general¹, las normas de la contratación pública prohíben que se divida su objeto o se fragmente su prestación o ejecución en distintos instrumentos, con intenciones fraudulentas para evadir las reglas de las compras públicas, que le permita mayor flexibilidad o libertad a la hora de adjudicar el contrato.

La noción de fraccionar significa dividir un todo en varias partes o fragmentos. En este caso, se trata de un todo homogéneo que no tendría razón de ser su división, es más su división se consideraría una infracción a las normas. En la contratación pública el fraccionamiento indebido, sería la división del objeto de los requerimientos programados para evitar, entre otras cosas, convocar o publicar el procedimiento de licitación o selección del contratista, que correspondería tomando en cuenta la valoración integral del monto de la contratación no fragmentada, o simplemente para evadir la aplicación de la normativa sobre las compras públicas.

El Decreto Nro. 1.399 Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la G.O. N° 6.154 extraordinario del 19 de noviembre de 2014 (en lo sucesivo DLCP) regula en su artículo 57², la prohibición de fraccionamiento indebido en la contratación pública, de la siguiente forma:

Artículo 57. Se prohíbe dividir en varios contratos la ejecución de una misma obra, la prestación de un servicio o la adquisición de bienes, con el objeto de disminuir la cuantía del mismo y evadir u omitir normas, principios, modalidades de selección o requisitos establecidos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento”.

Se debe dejar sentado que ésta es la única disposición en la legislación venezolana que se refiere, de manera específica, a la figura de la prohibición de fraccionamiento del contrato, y por lo tanto, su contenido debe ser interpretado con base en los principios fundamentales que informan la disciplina de las compras públicas, y del derecho administrativo sancionatorio.

* Profesor de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Coordinador Nacional de la Red Iberoamericana de Contratación Pública. email: canonico1511@gmail.com

¹ En el derecho civil el principio de integridad contractual se desprende de la interpretación de los artículos 1159, 1160 y 1291 del Código Civil venezolano

² Anteriormente se trataba del artículo 37 de la Ley de Contrataciones Públicas

Ahora bien, como se trata de una norma administrativa de contenido restrictivo debido a que se refiere a una limitación en la facultad discrecional de los contratantes en el diseño e implementación del procedimiento de contratación pública, debe ser interpretada de manera rígida y exegética, en virtud de que su incumplimiento generaría una infracción administrativa que desembocaría en una sanción en contra del sujeto contratante infractor. En consecuencia se debe interpretar como lo que es, una norma de naturaleza prohibitiva dirigida a los sujetos contratantes, que aporta un supuesto de hecho cuyo incumplimiento es convertible en una sanción administrativa, que debe respetar el principio de tipicidad, en el entendido de la determinación y la coacción, por lo que debe estar perfectamente definido, y en consecuencia no acepta interpretaciones extensivas o integrativas.

En tal sentido, consideramos conveniente analizar la citada norma en cada una de sus partes, para tratar de apreciar con claridad el alcance de la prohibición que determina sobre estos procedimientos administrativos, y así aportar un criterio racional sobre este supuesto. En primer lugar debemos destacar sus aspectos objetivos, a saber, la disposición normativa prohíbe dividir la ejecución de una misma obra, la prestación de un mismo servicio y la adquisición de bienes, en varios contratos. Esto quiere decir, que para estar dentro del supuesto de la norma, debe tratarse de: i. Una misma obra, situación que no generaría mayores complicaciones por la materialización física de su ejecución y que en muchos casos vendría acompañado por el hecho de desarrollarse en un mismo ambiente espacial, a la par de la integralidad de su ejecución, como por ejemplo la construcción de la sede de un colegio público para impartir educación primaria, aunque algunas veces la individualización de la obra o las obras en un mismo espacio geográfico no estarían del todo claro, y se dificultaría su determinación, si se tratase de una sola obra o un conjunto de ellas; ii. La prestación de un mismo servicio, en este caso resulta más sencilla su identificación, lo que tendría que determinarse de forma transparente es el objeto de la prestación del servicio, empleando las circunstancias de: modo, tiempo, valor y espacio para precisar su identidad y tener certeza del servicio de que se trate; iii. La adquisición de bienes, que a simple vista pareciera no tener mayores complicaciones por tratarse de objetos tangibles e identificables, con lo que resulta más clara su identificación, aunque en algunos casos complejos pudiera también tener complicaciones, sobre todo cuando se trata de un proyecto donde amerita la adquisición de varios bienes de distinta naturaleza para un mismo fin, en cuyo caso pareciera que se pudiera tratar de distintos contratos, y por ende, con la posibilidad de adjudicarse a diferentes contratistas, considerándose varias y distintas adquisiciones; no obstante, el análisis resultaría de forma casuística.

Por otra parte, se debe aclarar que la norma expresamente menciona que se prohíbe la división de los contratos, esto quiere decir, que se prohíbe separar el objeto de un contrato y convertirlo en dos o más instrumentos, o lo que es lo mismo, prohíbe apreciar la prestación que debió estar incluida dentro de un solo contrato, fragmentada indebidamente y dispuesta en varios y distintos contratos, tratados como procedimientos de contratación independientes. Antes habíamos precisado la noción de contrato que aporta el DLCP³, y que necesariamente debemos reiterar en

³ Artículo 6.32 del DLCP

esta oportunidad, entendiendo por tal al instrumento jurídico que regula la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o el suministro de bienes, incluyendo las órdenes de compra u órdenes de servicio, que se podrán utilizar para la adquisición de bienes o suministros de servicios, y que debe contener: la determinación del precio de la contratación, las cantidades, la forma de pago, el tiempo de entrega o de ejecución, la forma de entrega, las especificaciones contenidas en el pliego de condiciones o las condiciones de la contratación y se integra a él la oferta presentada por el participante resultante de la adjudicación. En virtud de ello, a partir del análisis del contenido de los contratos y los expedientes de contratación, se puede verificar objetivamente si se incurrió en fraccionamiento indebido, con lo cual el texto del contrato resultaría la prueba documental más adecuada para su evaluación y apreciación.

Y por último de forma objetiva, la división o el fraccionamiento del contrato debe suponer una disminución de la cuantía o el valor del procedimiento de contratación pública, cuya disminución implique la alteración o cambio de la modalidad de contratación, que originalmente le correspondería de no haberse procedido a dividir el objeto de la contratación; por ejemplo: disminuir el monto de un contrato de obras que debió tramitarse por la modalidad de concurso cerrado, para proceder por la vía de la consulta de precios o la adjudicación directa, sin mayores controles o exigencias, permitiéndole al contratante decidir directamente a cuál contratista le adjudica la obra. Violando con esta conducta, sin duda, los principios de publicidad, transparencia, concurrencia y competencia.

Luego, en estricta relación con lo planteado, nos encontramos con el elemento subjetivo o finalístico de la norma, representado por la intencionalidad o la voluntad del sujeto que diseña el procedimiento de contratación de forma fragmentada, y que es determinante para que se configure el carácter fraudulento del fraccionamiento, y por ende su reproche jurídico y moral incuestionable. Este elemento subjetivo está vinculado con los principios de honestidad y de integridad, que deben estar presentes en los procedimientos de contratación pública, y que en la actualidad se erigen en una bandera para la lucha contra la corrupción en esta materia.

Efectivamente la norma destaca el elemento volitivo o intencional de la actuación del agente de la contratación pública como una condición fundamental para identificar que se está en presencia de un fraccionamiento indebido, al señalar de manera contundente que se prohíbe dividir el contrato: *“...con el objeto de disminuir la cuantía del mismo y evadir u omitir normas, principios, modalidades de selección o requisitos establecidos en...”* las normas de la contratación pública. No se permite por lo tanto, que el contratante decida disminuir el monto real de la contratación con el fin de evadir u omitir así, normas, principios, procedimientos o requisitos establecidos en la Ley. Debiendo interpretarse que si el contratante divide el contrato y con ello se verifica una disminución del valor del mismo, pero esta disminución no genera un cambio en el procedimiento o modalidad de la contratación y, por lo tanto, no supone una alteración en el cumplimiento de las reglas o principios de la contratación pública, no estaríamos en presencia del supuesto de fraccionamiento indebido que diseñó la norma analizada; en virtud de la falta de presencia del elemento subjetivo o intencional que exige la norma.

Por otra parte, resulta ilustrativo remontarnos a la historia reciente de la aparición de la figura restrictiva en la legislación venezolana; ya que cuando se incorpora en las disposiciones normativas se hace para evitar que el contratante, evada un procedimiento de Licitación General o Selectiva a los fines de quedar liberado de las reglas y principios de la contratación pública y adjudicar libremente. Y es ese el punto sobre el cual se debe interpretar la norma. El fraccionamiento indebido es un ejemplo de visualizar un fraude a la ley que le haría un sujeto responsable de definir el procedimiento de contratación pública, pero con plena intención o como dirían los penalistas con dolo.

Siendo así, la finalidad defraudadora del sujeto contratante responsable de la contratación no se puede presumir, sino más bien lo contrario, debiendo ser quien alegue la existencia de dicho fraude quien debería probarlo, basándose en razones objetivas, verificables y no en puras especulaciones, debido a que al final la intención de torcer el procedimiento es la que determina la ilicitud. Ordinariamente serán los órganos de control fiscal, los llamados a determinar tal conducta irregular y por ende a probar, tanto el elemento objetivo, como su elemento subjetivo.

En conclusión, para entender que se está en el supuesto de prohibición de la norma referido al fraccionamiento contractual cuestionable, se deben configurar tanto los elementos objetivos como el elemento subjetivo: división contractual y disminución del valor del contrato con el cambio de la modalidad, por una parte, y por la otra, la intención de evadir los principios y las normas de contratación⁴.

2. Los responsables en la contratación pública por el posible fraccionamiento prohibido

A los fines de corregir, minimizar o evitar las prácticas indebidas en la contratación pública y especialmente para determinar certeramente la persona llamada a responder por estas conductas, debemos tener claridad sobre quién o quienes recae la responsabilidad de definir la modalidad o el procedimiento de contratación, debido que tanto el DLCP como el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (aún vigente), no son absolutamente claros en este aspecto; aunque pudiéramos atribuirle su falta de claridad a la lógica de dejar la norma en cabeza del contratante la facultad de definir las atribuciones específicas dentro de su estructura. Sin embargo veremos algunas disposiciones legislativas y reglamentarias que nos pudieran dar algunas luces en ese camino interpretativo.

El DLCP define en genérico al contratante⁵, como el sujeto que ejecuta los procesos previstos para la selección y administración de contratos referidos a la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, dentro de la regulación legislativa. Por lo que debemos entender que dentro de esta noción amplia de

⁴ En Colombia: *“El denominado fraccionamiento contractual es uno de los temas que más preocupan a los funcionarios públicos encargados de los procesos de contratación; antes estaba expresamente prohibido por el Decreto Ley 222 de 1983 o antiguo estatuto contractual, pero la Ley 80 de 1993 no lo contempló como una actuación prohibida, dando lugar a que su tipificación y sanción se establecieran especialmente a partir de la aplicación del principio de transparencia contenido en el artículo 24 de la Ley 80”* (SANCHEZ CERON, A.F., *Cómo Violar Las Normas de Contratación Estatal*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2007. ISBN: 978-958-676-376-9)

⁵ Artículo 6.1 del DLCP

contratantes, se encuentran: las unidades usuarias, las unidades contratantes, las comisiones de contratación y los secretarios, y las máximas autoridades del órgano o ente contratante. Todos ellos mencionados en las normas de contratación pública, y que de alguna forma participan en la ejecución de los procesos de selección y administración de los contratos.

Ahora bien de manera específica, a la Unidad Usuaria⁶ le corresponde realizar las citadas actividades previas a la contratación, dentro de las que se encuentran: la formulación del requerimiento, la precisión de las especificaciones técnicas de los productos o servicios, la preparación del presupuesto base⁷ o determinación del valor o monto para contratar⁸, la redacción del modelo de contrato, y por supuesto, la definición de la modalidad de la contratación⁹, entre otros aspectos. Colocándose de inmediato en primer orden como órgano responsable directo de la definición del procedimiento de contratación a utilizar y por lo tanto, responsable a su vez, si en se observara un fraccionamiento indebido del contrato público. Lo mismo le ocurrirá a la Unidad Contratante, cuando desempeñe las atribuciones antes señaladas¹⁰.

No obstante lo anterior, la Unidad Contratante¹¹ y la Comisión de Contrataciones¹², cada una en sus respectivas esferas de competencia, al participar dentro de los procedimientos de selección de contratistas, preparando el respectivo informe de recomendación y solicitando el otorgamiento de la adjudicación, sin advertir el posible fraccionamiento indebido, asumen una responsabilidad solidaria con quien haya diseñado tal procedimiento de contratación al margen de la legalidad, tal y como lo prevé el artículo 14 del DLCP; en virtud de que una sus atribuciones es velar porque los procedimientos de contratación se realicen conforme a la Ley, y en ese sentido están obligados a emitir recomendaciones sobre el régimen legal aplicable, la estrategia de contratación adoptada, las especificaciones técnicas y condiciones de la contratación, así como, sobre la modalidad de selección de contratistas, parámetros, ponderaciones y criterios de selección de oferentes y evaluación de ofertas, el compromiso de responsabilidad social, y sobre cualquier otra propuesta que le presente la unidad usuaria. Hasta el extremo de que las comisiones de contrataciones estarían obligadas a remitir al órgano de control fiscal competente los casos o hechos que puedan generar responsabilidad administrativa¹³, como efectivamente ocurrirá cuando se detecte un fraccionamiento indebido del contrato.

Por último, la máxima autoridad del contratante es la persona con competencia natural para otorgar la adjudicación, una vez recibido el informe de recomendación¹⁴ de la unidad contratante o de la comisión de contrataciones, cualquiera que sea el caso, y en definitiva para suscribir el contrato respectivo. Por otra parte, los

⁶ Artículo 6.2 del DLCP

⁷ Artículo 59 del DLCP

⁸ Artículo 58 del DLCP

⁹ Ver artículo 6.25 del DLCP

¹⁰ Un ejemplo lo podemos ubicar en el artículo 99 del DLCP

¹¹ Artículo 6.3 del DLCP

¹² Artículos 6.4, 15.4 y 15.6 del DLCP

¹³ Ve artículo 15.18 del DLCP

¹⁴ Sobre el informe de recomendación, ver los artículos 95 y 99 del DLCP

contratos excluidos por su objeto de las modalidades de selección de contratistas, serán adjudicados directamente por la máxima autoridad del órgano contratante, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del DLCP.

En ese mismo sentido, la máxima autoridad del contratante será la persona encargada de decidir si procede la contratación directa, mediante acto donde justifique suficientemente la pertinencia de recurrir a esta vía excepcional de contratación, previa opinión de la comisión de contrataciones respectiva¹⁵, precisamente en los casos de contrataciones cuyo monto obligarían a otra modalidad de contratación, especialmente un concurso. Estas atribuciones de la máxima autoridad del contratante son delegables, por principio general recogido en la Ley Orgánica de la Administración Pública, y por disposición expresa del artículo 62 en concordancia con los artículos 99 y 130 del DLCP.

Pero no debemos olvidar que el DLCP define a la participación ciudadana como uno de los principios de la contratación pública venezolana, concibiéndola desde un punto de vista activo y pasivo, esto es, como sujetos contratantes al manejar recursos públicos asignados por los órganos o entes que ejercen el Poder Público o simplemente como sujetos de control social, en procedimientos de contrataciones públicas celebradas por otros. En tal sentido, cuando sean los consejos comunales, las comunas o cualquier otra organización el denominado Poder Popular, quienes contraten obras, servicios o el suministro de bienes, con recursos públicos, deberán aplicar los procedimientos de contratación pública establecidos en el DLCP¹⁶, y en cuyo caso las personas que intervengan serán responsables en los términos de la ley¹⁷. A todo evento, estos sujetos como manifestación de la participación ciudadana, podrán hacerse asistir por funcionarios del Servicio Nacional de Contrataciones, cuando lo requieran.

3. Aspectos vinculados a las normas presupuestarias que deben considerarse para evaluar un posible fraccionamiento indebido

Muchas veces procedemos a analizar puntualmente las normas de la contratación pública sin referirnos a otros aspectos del ordenamiento jurídico que son de vital importancia para el correcto funcionamiento de la Administración pública, como los temas presupuestarios estrechamente vinculados al asunto que nos convoca en esta oportunidad, y que además encuentra anclaje fundamental en el principio general de legalidad y en el principio de planificación, al que nos hemos referido antes. En virtud de ello, debemos necesariamente destacar el contenido de los artículos 314 y 315 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagran y delimitan el principio de la legalidad presupuestaria, que se refiere

¹⁵ Ver artículos 15.12, 101 y 103 del DLCP

¹⁶ Ver artículos 22, 23 y 24 del DLCP

¹⁷ La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRYSNCF), en sus artículos 9.12, 52 y 82, determina que no sólo los funcionarios y empleados públicos al servicio de los órganos o entes públicos, incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, con ocasión al desempeño de sus funciones, también serían susceptibles de sanción por responsabilidad administrativa, los particulares que administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo afectados al cumplimiento de finalidades de interés público, provenientes de fondos públicos, en la forma de transferencias, subsidios, aportes, contribuciones o alguna otra modalidad.

a la formalidad de contar con previsión y disponibilidad presupuestaria de recursos económicos para poder hacer un gasto o asumir compromisos de forma válida y transparente.

Lo anterior se conecta de forma coherente con el contenido del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (en lo sucesivo LOCGRYSNCF), que dentro de la materia de control fiscal, ordena a los responsables de los entes y órganos que ejercen el Poder Público, para que antes de proceder a la adquisición de bienes, o la prestación de servicios, o a la elaboración de contratos que impliquen compromisos financieros, se aseguren de que exista disponibilidad presupuestaria, y que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su defecto, a créditos adicionales. Igualmente, y antes de proceder a realizar los pagos, estas mismas personas deben asegurarse de cumplir: que exista disponibilidad presupuestaria, y que el gasto esté correctamente imputado a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados¹⁸.

Por su parte, el artículo 74 del DLCP, señala expresamente que a los fines de la formalización del contrato, los contratantes deberán contar con la respectiva disponibilidad presupuestaria; entendiéndose por formalización del contrato, el momento en el cual se otorga la adjudicación y es firmado el contrato por las partes, momento preciso en el que deberá contarse con la referida disponibilidad presupuestaria. Como excepción, la comentada norma permite que se realicen adjudicaciones plurianuales, esto es, en procedimientos de selección de contratista cuyo tiempo de ejecución supere más de un ejercicio fiscal y en consecuencia su monto deba ser incluido en más de un presupuesto anual; los contratantes podrán adjudicar la totalidad de los requerimientos, pero sólo suscribirán el contrato por el monto de la disponibilidad presupuestaria para el primer ejercicio fiscal y el resto quedará sujeto a la disponibilidad presupuestaria para cada ejercicio subsiguiente.

En tal sentido, la disponibilidad presupuestaria y la identificación de las partidas presupuestarias pueden definitivamente condicionar a la contratación pública, específicamente en el diseño del procedimiento de contratación y en la capacidad de compra del contratante para una obra, servicio o bien determinado. Sobre todo en los presupuestos públicos que por su naturaleza son deficitarios o frente a economías públicas altamente inflacionarias. Por ello, en determinadas circunstancias pudiera observarse planteamientos cercanos a un eventual fraccionamiento indebido del contrato, no obstante obedecer a la disponibilidad presupuestaria con que cuenta el órgano o ente contratante.

¹⁸ El ordinal 12 del artículo 91 de la LOCGRYSNCF determina como un supuesto de responsabilidad administrativa efectuar gastos o contraer compromisos de cualquier naturaleza, sin disponer presupuestariamente de los recursos necesarios para hacerlo; por lo tanto, resulta obligatorio poseer la disponibilidad presupuestaria para efectuar los pagos de forma legal; Salvo que tales operaciones sean efectuadas en situaciones de emergencia evidentes, como en casos de catástrofes naturales, calamidades públicas, conflicto interior o exterior u otros análogos, cuya magnitud exija su urgente realización, pero informando de manera inmediata a los respectivos órganos de control fiscal, a fin de que procedan a tomar las medidas que estimen convenientes, dentro de los límites de la ley.

Podemos tomar como ejemplo el siguiente caso: Una unidad usuaria plantea por vía de requerimiento la necesidad para el organismo respectivo de adquirir veinte (20) ordenadores o computadoras para sus operarios, y conforme al referido requerimiento se realiza el presupuesto base y el monto de la contratación, arrojando una cantidad global, incluyendo los impuestos, de Bs. 980.000,00¹⁹; No obstante al consultar la disponibilidad presupuestaria en la partida correspondiente el contratante verifica que ésta cuenta sólo con Bs. 735.000,00, por lo que se decide iniciar el procedimiento de compra pública sólo por quince (15) ordenadores o computadoras ya que no se cuenta con la disponibilidad presupuestaria para adquirir todas las necesarias, y se desconoce si en el curso de ese mismo ejercicio fiscal se logre contar con tal disponibilidad; logrando adjudicar en definitiva de manera efectiva el contrato de suministro respectivo por las quince (15) computadoras u ordenadores. Luego, en el curso del mismo ejercicio fiscal de manera aleatoria, se genera una economía presupuestaria por excedentes del cobro de tributos o recaudación propia, por lo que se decide en ese momento aprobar un crédito adicional para contar con la disponibilidad presupuestaria suficiente para efectuar la compra, y en consecuencia se procede a realizar un procedimiento de compra pública para adquirir los cinco (5) ordenadores o computadoras restantes.

A simple vista un órgano de control fiscal, teniendo los dos contratos en la mano, pudiera llegar a la conclusión de que se trató de fraccionamiento en la contratación pública, en virtud de que efectivamente hubo una disminución del monto del contrato y al final se suscribieron dos contratos con objetos parecidos que partían de un mismo requerimiento; sin embargo, no estaríamos en presencia de una intención fraudulenta en la disminución del monto contractual, es más, no existiría ni siquiera fraccionamiento ya que el contratante habría inicialmente desistido de la idea de adquirir los 4 ordenadores restantes. Y por último, en ese mismo orden de ideas, la disminución del monto no se hizo con la intención de evadir las normas de la contratación pública, sino para cumplir con las disposiciones y reglas relativas al principio de legalidad presupuestaria, esto es, para cumplir con el ordenamiento jurídico. De lo contrario, si se hubiera efectuado el procedimiento de contratación por la totalidad del monto, sin contar con disponibilidad presupuestaria para cumplir con ello, y sin tener certeza de la eventualidad de lograrla por vía de crédito adicional, no se hubiera incurrido en fraccionamiento indebido, pero si se hubiera infringido las normas presupuestaria y se incurriría en un supuesto de responsabilidad administrativa y en un delito contra los fondos públicos.

La otra situación similar que se puede verificar dentro de las normas de la contratación pública es el empleo del contrato marco²⁰, que se trata de una figura

¹⁹ Cabe destacar que en este ejemplo la disminución del monto señalado produce igualmente el cambio en la modalidad de contratación. Si se contratase por el monto total original (Bs. 980.000,00) la modalidad sería un concurso cerrado, mientras que al disminuir el monto de la contratación (a Bs. 735.000,00) por disminución de las partidas, la modalidad será la consulta de precios (Ver artículos 85 y 96 del DLCP).

²⁰ El artículo 6.33 del DLCP, define al Contrato Marco, como el: *“Contrato suscrito entre los contratantes y contratistas para regular la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras que por sus características o recurrencia dificulten establecer la contratación por cantidades*

contractual muy útil para garantizar el suministro de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras que por sus características resulta muy difícil de planificar, debido a la necesidad recurrente que supone este tipo de bienes o servicios para el contratante. La diferencia con el ejemplo colocado antes, es que en este caso -a priori- el contratante no puede determinar exactamente la cantidad o la calidad de los bienes, servicios y obras que va a requerir, sólo sabe que los requerirá, y de manera recurrente, como por ejemplo: material de oficina, papelería, cartuchos o consumibles, entre otros.

En virtud de lo anterior y evaluada la recurrencia de la contratación, el contratante determinará agruparla en una sola contratación bajo la comentada modalidad del contrato marco, a través de la cual se realiza un procedimiento de contratación para lograr firmar un contrato marco donde se establezca un listado de precios²¹, constituido por una relación de los precios unitarios ofertados, por los renglones o posiciones incluidos dentro del alcance de los bienes a adquirir, servicios a prestar u obras a ejecutar, según las consideraciones del pliego de condiciones o las condiciones de contratación, pero determinándose como límite un monto total máximo para ese contrato.

La ejecución del contrato se realizará por órdenes de servicio o de trabajo, en las cuales se establecerán las condiciones y términos específicos de las cantidades o prestaciones a ejecutar, no existiendo la obligación por parte del contratante de ejecutar una cantidad determinada ni de pagar al contratista el monto máximo establecido. Los términos y condiciones del referido contrato marco extenderán sus efectos a las respectivas órdenes de servicio o trabajo.

Si en el curso de la ejecución del contrato marco se proyecta superar el monto global máximo originalmente estimado, se procederá previamente conforme a los mecanismos de modificación contractual o de revisión de precios, establecidos en el DLCP y en el RLCP.

4. La adjudicación parcial o división en porciones no constituye fraccionamiento prohibido.

Dentro del estudio de la prohibición de fraccionamiento indebido en la contratación pública, resulta de especial interés referirse a los casos de adjudicación parcial o de división por lotes en las compras públicas (en términos europeos). Efectivamente, como se había comentado antes, el principio general es que el contrato es un instrumento formal, expreso, con un objeto determinado, y debe estar en sintonía precisa con el resto de los documentos que integran el expediente de contratación, especialmente con el pliego de condiciones o las condiciones de la contratación. Fundamentalmente, debe estar previamente fijado el monto de la contratación y el

fijas. Para ello, los contratantes deberán aplicar el procedimiento de selección correspondiente, con una estimación global máxima de precio y cantidades. En estos casos, la adjudicación establecerá los precios unitarios de los rubros o partidas que conforman la contratación, con un monto total máximo del contrato, el cual se ejecutará por órdenes de compra, servicio y de ejecución de obra, en las cuales se establecerán las condiciones y términos específicos de las cantidades a ejecutar, no existiendo la obligación por parte del contratante de ejecutar una cantidad determinada ni de pagar al contratista el monto máximo establecido.” (relacionado con el artículo 90 del RLCP)

²¹ Ver artículo 2 del RLCP

presupuesto base, que determinan el procedimiento o la modalidad de contratación que se debe aplicar en el caso concreto. Esto quiere decir, que un procedimiento de contratación pública concluiría ordinariamente en un contrato adjudicado a un contratista para que desarrolle la obra, suministre el bien o preste el servicio específico.

No obstante, en el diseño del procedimiento de contratación, dentro de las actividades previas, el contratante podrá establecer de manera transparente y precisa, que esa contratación se dividirá por segmentos, porciones, lotes o etapas, a los fines de la adjudicación, lo que quiere decir que dentro de un procedimiento de contratación se pudieran adjudicar parcialmente la totalidad del contrato entre las varias ofertas presentadas, en función de los lotes diseñados o las partes establecidas en el pliego de condiciones o en las condiciones de la contratación, siempre y cuando cumplan con los parámetros preestablecidos. En ese sentido el contratante podrá realizar adjudicaciones parciales en un mismo proceso de contratación, las cuales se formalizarán en varios contratos.

La posibilidad de adjudicación parcial se establece de manera clara en el pliego de condiciones o en las condiciones de la contratación²², a los fines de garantizar los principios de publicidad y transparencia, y la decide el contratante por razones estratégicas, esto es, a los fines de contribuir con el desarrollo económico y social de la nación, para ampliar el acceso a la contratación desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, haciendo posible incluso la participación de pequeñas y medianas empresas en los procedimientos de compra públicas, y por supuesto, tomando en cuenta la naturaleza y características de los bienes, servicios u obras, objeto de la contratación.

Esta forma de programar el procedimiento de contratación, en función del diseño de porciones de la contratación para permitir adjudicaciones parciales, no representa un fraccionamiento prohibido, en los términos del Decreto-Ley, por las razones siguientes: i. Porque se trata de un solo procedimiento de contratación; ii. Porque se suscribirán diferentes contratos vinculados a las porciones adjudicadas derivadas de aquel procedimiento de selección de contratistas; y fundamentalmente, ii. Porque se utilizará el monto total estimado de la contratación, a los fines de determinar la modalidad de selección del o de los contratistas a aplicar para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, independientemente que el monto estimado para cada uno de los diferentes lotes resultantes y cada contrato a suscribir sean inferiores para efectuar la modalidad de selección del contratista aplicada²³.

Cabe destacar que a los fines de la estimación de los montos para contratar, que en definitiva determinarán la modalidad o el procedimiento de contratación, se considerarán todos los tributos correspondientes al objeto del bien, servicio u obra a contratar, que deban ser asumidos por el contratante; y esa determinación de la modalidad de contratación se hará considerando el valor de la unidad tributaria²⁴

²² Artículo 109 del DLCP

²³ Artículo 89 del RLC

²⁴ Se entiende por unidad tributaria: "*Magnitud numérica que se fundamenta en la variación del índice de precios al consumidor en el Área Metropolitana de Caracas.*" MÁRQUEZ, H., Diccionario de

vigente para el momento de iniciar el respectivo procedimiento, esto es, fijado a partir del requerimiento²⁵. Este mismo ejercicio de determinación de valor que debe realizar el contratante lo conducirá a la preparación del presupuesto base de la contratación²⁶, en cuya elaboración debe considerar las regulaciones existentes sobre precios, en bienes, materiales o insumos. El presupuesto base formará parte del pliego de condiciones o de las condiciones de la contratación, y por conducto de estos instrumentos se enterarán los participantes en el procedimiento, a los fines de garantizar el principio de transparencia, aun cuando la ley permite que se mantenga en reserva su estructura de costos, de ser necesario. Por último, el presupuesto base podrá establecerse como criterio de rechazo de las ofertas²⁷.

En conclusión, en el fraccionamiento prohibido el contratante disminuye fraudulentamente el monto del contrato para evadir la modalidad de contratación que le correspondería y así proceder por una vía más sencilla, expedita y con menos controles, mientras que en la adjudicación parcial, no se presenta disminución del monto de la contratación, ya que a partir de esta variable cuantitativa se definirá la modalidad de contratación, pero diseñando porciones de ejecución contractual, que le permiten al contratante adjudicar a diferentes contratistas dentro del mismo procedimiento de selección, todo esto ajustado a las normas de la contratación pública.

A. En caso de decaimiento parcial de la adjudicación

El artículo 109 del DLCP establece que debe otorgarse la adjudicación a la oferta que resulte con la primera opción al aplicar los criterios de evaluación y cumpla los requisitos establecidos en el pliego de condiciones o en las condiciones de la contratación. Y en el caso del diseño por lotes o porciones para proceder a la adjudicación parcial aplicará de la misma forma, esto es, se la adjudicará parcialmente a cada oferta que cumpla con los criterios, condiciones y mecanismos previstos en el pliego de condiciones o condiciones de la contratación.

Por otra parte, la misma norma obliga al beneficiario de la adjudicación a formalizar el contrato respectivo para el cual resultó ganador, dentro del lapso de ocho (8) días hábiles siguientes contados a partir de la notificación de la adjudicación²⁸, estableciendo expresamente que de no suscribirse efectivamente dicho contrato en el señalado lapso se produce la figura del decaimiento de la adjudicación, obligando en consecuencia al contratante a proceder a adjudicar a la segunda o tercera opción, en caso de que la hubiere, o en su defecto, declarar desierto el procedimiento si no se cuenta con ofertas válidas en el señalado orden²⁹.

Contabilidad, Ediciones Libros de El Nacional, 2002, p.156. El valor en bolívares de la unidad tributaria para el 2016 es Bs. 177,00 equivalente a \$USD 0,8805 dólares de los Estados Unidos de América, a la tasa oficial de conversión para el día de hoy (19/02/2016).

²⁵ Ver artículo 58 y 61 del DLCP

²⁶ La falta de elaboración del presupuesto base es una causal de determinación de responsabilidad administrativa, ver artículo 166.4 de este DLCP.

²⁷ Ver artículos 59 y 60 del DLCP

²⁸ Vid. Artículo 117 del DLCP y 126 del RLCP

²⁹ La falta de formalización del contrato será causal para la imposición de sanción al oferente, según lo establecido en el artículo 167 del DLCP

Lo que no determina la norma es cómo proceder en caso de que se hayan efectuado adjudicaciones parciales y sólo un contratista de los adjudicados en el procedimiento no formalizó el contrato en el lapso estipulado y no había más ofertas válidas en esa porción o lote. O si simplemente no se presentaron ofertas válidas para uno de los lotes o porciones dentro del procedimiento de contratación. ¿Se entenderá que se produce la declaratoria de desierto de todo el procedimiento?. ¿Se le podrá solicitar a alguno de los contratistas adjudicados y formalizados, que cumpla con la parte del contrato no adjudicado o decaído?. ¿Se podrá celebrar un procedimiento de contratación sólo por la parte del contrato no adjudicado o decaído?.

Consideramos que la solución debe construirse con base en la interpretación de las normas y los principios de la contratación pública; en ese sentido, los principios de economía y eficiencia, conjuntamente con el principio de transparencia, todos previstos en el artículo 2 del DLCP, nos trazan una ruta a seguir. Las porciones de la contratación debidamente adjudicadas y con contratos formalizados deben mantenerse a los fines de su ejecución; mientras que las porciones no adjudicadas o decaídas por la falta de formalización del contrato, además sin poder adjudicarlas por no existir otras ofertas válidas, en virtud de verificarse la declaratoria de desierto de ese procedimiento³⁰, deberán ser sometidas nuevamente al procedimiento de selección de contratistas que corresponda, pero sólo en lo que respecta a la porción o porciones no contratadas, sin que se pueda pensar que existe fraccionamiento del contrato.

En consecuencia, y en el entendido que se deben mantener las mismas condiciones establecidas en el procedimiento original³¹, el monto de contratación será el mismo valor general fijado para la totalidad de la contratación, además que el resto de los parámetros establecidos en el pliego de condiciones o en las condiciones de contratación se mantendrán vigentes para este nuevo procedimiento. No obstante, y por instrucción precisa del artículo 114 del DLCP, sin alterar el monto de la contratación, para que no se entienda que existe fraccionamiento indebido, se puede proceder a utilizar la modalidad de contratación inmediata inferior a la originalmente empleada, por ejemplo, si previamente se había empleado la modalidad de concurso abierto, puede procederse por concurso cerrado; si la modalidad declarada desierto fuera un concurso cerrado, se podrá proceder por consulta de precios y si ésta fuera declarada desierto se podrá proceder por

³⁰ El artículo 113 del DLCP establece los motivos por los cuales se podrá declarar desierto el procedimiento de contratación de la siguiente forma: *“El contratante deberá declarar desierto la contratación cuando: 1. Ninguna oferta haya sido presentada. 2. Todas las ofertas resulten rechazadas o los oferentes descalificados, de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones. 3. Esté suficientemente justificado que de continuar el procedimiento podría causarse perjuicio al contratante. 4. En caso de que los oferentes beneficiarios de la primera, segunda y tercera opción no mantengan su oferta, se nieguen a firmar el contrato, no suministren las garantías requeridas o le sea anulada la adjudicación por haber suministrado información falsa. 5. Ocurra algún otro supuesto expresamente previsto en el pliego de condiciones.”* Adicionalmente el artículo 129 del RLCP, establece: *“En las modalidades de selección de Contratistas, cuando ocurra la nulidad de la adjudicación otorgada, y no existan otras ofertas consideradas como segunda y tercera opción, se declarará desierto el procedimiento.”*

³¹ Ver artículo 114 del DLCP y 130 del RLCP

contratación directa³², aun cuando el contratante tiene libertad para decidir volver a utilizar la misma modalidad de contratación originalmente empleada.

5. El uso indebido de las adendas como una modalidad para evadir la prohibición de fraccionamiento

El diccionario de la real academia española de la lengua define adenda como: *Apéndice, sobre todo de un libro*. Y es que efectivamente se entiende por adenda la serie o conjunto de notas o textos que se le añaden a una obra escrita ya terminada para completar, aclarar, rectificar o actualizar su contenido, que puede ser al final del texto original o en un instrumento aparte.

En los contratos se suele utilizar las adendas cuando es necesario aclarar, ampliar, complementar, definir e incluso modificar alguna cuestión que se encuentre dudosa o que requiera actualización, pero manteniendo la esencia o el objeto del contrato original, ya que no se requerirá la realización de uno nuevo. Se trata de agregar detalles o condicionamientos específicos que por alguna razón se omitieron o no aparecieron en el contrato original, pero que resultan fundamentales para evitar inconvenientes futuros en la relación contractual. Las adendas requieren que sean suscritas por todas las partes involucradas en la contratación.

Así mismo, y dentro de los procedimientos de contratación pública celebrados para la selección de los contratistas, también se puede verificar el uso de adendas de manera unilateral por parte del contratante, especialmente a la hora de ser necesaria la aclaratoria, ampliación o la modificación de las bases de la licitación o concurso, dentro de los lapsos que permite la Ley, cuando se percaten de una falla, omisión, error o simplemente para resolver dudas planteadas por los participantes. Con lo cual se estaría garantizando el necesario principio de transparencia.

En consecuencia, se puede afirmar que las adendas son prácticas que se emplean comúnmente en la ejecución de los contratos privados, en cuyo escenario no requieren mayor formalidad. Por su parte, en la contratación pública también se utiliza en gran medida las adendas todas desde la práctica civil, para aclarar y ampliar los contratos, e incluso se ha observado su uso para modificar términos de los mismos, lo que ya sería un aspecto a evaluar detenidamente en función de las normas de derecho público que rigen en este tipo de relación, atendiendo al interés general y a los principios de la contratación pública.

No obstante, en las normas de contratación pública no se había observado la referencia específica a esta figura jurídica, hasta el vigente DLCP, donde se menciona a las adendas en dos supuestos excepcionales en que pudieran verificarse de manera concreta y transparente, ambas referidas a casos de falta de disponibilidad presupuestaria, en los cuales amerita la suscripción de un instrumento complementario adicional referido al mismo objeto.

En el artículo 74 del DLCP, se exige que los contratantes deben contar con la respectiva y suficiente disponibilidad presupuestaria a los fines de formalizar válidamente el contrato, como resulta lógico desde el planteamiento general y constitucional del principio de la legalidad presupuestaria. No obstante, se establece

³² Ver artículo 101.12 del DLCP y 117 del RLCP

como excepción de aquella regla principal, que el contratante podrá realizar un procedimiento de contratación pública y adjudicar el requerimiento total, sin contar con la totalidad de la disponibilidad presupuestaria para cumplir integralmente con el compromiso, suscribiendo el contrato sólo por el monto hasta donde le alcance la disponibilidad presupuestaria, y el resto quedará sujeto a obtener posteriormente la disponibilidad presupuestaria requerida, dentro del mismo ejercicio fiscal vigente, en el momento de contar con los recursos presupuestarios se suscribirá una adenda o contrato complementario para documentar tal compromiso adicional y pagar legalmente el saldo de la prestación total.

Por otra parte, en el artículo 75 del DLCP, también se hace mención a la figura de las adendas, para el caso de la adjudicación de los contratos plurianuales o aquellos que superen más de un ejercicio fiscal. Como en el caso anterior, los contratantes podrán proceder a adjudicar la totalidad de los requerimientos, pero sólo podrá suscribir el contrato por el monto disponible para el primer ejercicio fiscal y el resto quedará sujeto a la disponibilidad presupuestaria para cada ejercicio subsiguiente que corresponda. En consecuencia, en cada uno de los ejercicios subsiguientes se deberá suscribir una adenda o contrato complementario, para la ejecución del objeto del contrato y el pago que corresponda.

Observemos que en ambos casos, se trata de una misma contratación pública, tramitada en un solo procedimiento de contratación, y documentada en un expediente único, pero con pagos diferidos en función de las disponibilidades presupuestarias y en la suscripción de distintos instrumentos contractuales complementarios (adendas), vinculados a un contrato primario. Lo que si va a variar es en la evaluación de desempeño del contratista, ya que cada ejecución parcial o adenda se analizará por separado y se emitirá tantos informes como adendas o contratos se suscriban.

Así mismo, en materia de modificaciones contractuales conforme a la Ley³³, aun cuando no se determina expresamente el instrumento contractual a utilizar donde se haga constar las modificaciones, también es procedente el empleo de las adendas para documentar las alteraciones de las condiciones originales del contrato debidamente aprobadas, de hecho en la práctica es muy frecuente observar su utilización por parte de los organismos contratantes. Claro está, para retomar el orden lógico, debemos tener claro que el principio general es que durante la fase de ejecución del contrato el contratante no puede modificar sus condiciones básicas, esto quiere decir, que de producirse cualquier modificación sustancial se entenderá similar a la celebración de un contrato nuevo, que requeriría un nuevo procedimiento de contratación. Los servicios u obras complementarias sólo se admitirán, por vía de modificación y adenda, cuando se produzcan en circunstancias imprevistas. Las modificaciones del planteamiento formulado en la oferta original que contenga cambios del contrato en términos de montos, alcance y tiempos, en fin su naturaleza, no podrán ser consideradas simples modificaciones y no podrá emplearse una adenda para su justificación legal.

³³ Ver artículos 130 y 131 del DLCP

En consecuencia, la práctica abusiva de la figura de las adendas o contratos complementarios pudiera entenderse irregular y en muchos casos fraudulenta. Cuando a través de una adenda se modifica sustancialmente el objeto del contrato original se incurre en una conducta indebida dentro de un procedimiento de contratación pública, así mismo cuando se verifican ampliaciones de montos de contratación por vía de una adenda, cuya variación pudo ser previsible a la hora de hacer el procedimiento de contratación, se incurriría en un fraccionamiento contractual indebido; vulnerándose los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, e incurriendo en prácticas de corrupción que atentan en contra de los principios de honestidad e integridad. En conclusión, la utilización de las adendas no puede extenderse de tal forma que se trate realmente de un contrato nuevo, con un objeto distinto al contrato original o presentando una variación cuantitativa no racional, alterando la oferta presentada originalmente.

III. CONSECUENCIAS POR INCURRIR EN FRACCIONAMIENTO PROHIBIDO

1. Las sanciones y las penas por violar la prohibición de fraccionamiento contractual

Violar la norma expresa que prohíbe dividir en varios contratos la ejecución de una misma obra, la prestación de un servicio o la adquisición de bienes, con el objeto de disminuir el monto de la contratación y evadir u omitir las normas, principios, requisitos o modalidades de selección de contratistas, supone la infracción de una norma jurídica destinada a velar por la transparencia y la libre competencia en la contratación pública, encaminada a luchar en contra de conductas desviadas y prácticas de corrupción.

Esta infracción de ley comporta una doble responsabilidad para el sujeto infractor, por una parte una responsabilidad administrativa y por la otra, una responsabilidad de índole penal. En lo que respecta a la responsabilidad administrativa, podemos afirmar que se encuentra prevista en el artículo 166 ordinales 2, 3 y 13 del DLCP, los cuales señalan que se considerarán supuestos de responsabilidad administrativa: i. Dejar de aplicar la modalidad de selección de contratista³⁴, ii. Inobservar o contravenir los principios establecidos en el DLCP, a los que nos hemos referido tantas veces, y iii. Proceder a seleccionar por la modalidad de contratación directa o consulta de precios en violación de lo dispuesto en el DLCP y el RLCP. Las modalidades de selección de contratistas son las categorías que tienen a disposición los contratantes, regidos por el DLCP, diseñadas para efectuar la escogencia de los contratistas que ejecutarán las obras, prestaran los servicios o suministrarán los bienes que se requieran. Estas modalidades son: i. Concurso

³⁴ Ver artículo 6.25 del DLCP

abierto³⁵, ii. Concurso cerrado³⁶, iii. Consulta de precios³⁷, y iv. Contratación directa³⁸. Cada una de ellas se concibió para ser aplicadas en función de la naturaleza, el objeto y el monto del contrato.

En consecuencia, se entiende que se ha dejado de aplicar la modalidad de selección de contratista correspondiente, en dos supuestos: i. Cuando el contratante contrata una obra, la prestación de un servicio o la adquisición de un bien, sin aplicar procedimiento de contratación alguno, estando obligado a ello, específicamente la falta de aplicación absoluta de procedimiento a la hora de celebrar un contrato público, cuando debió cumplir con los trámites que el DLCP establece; y, por otra parte, ii. Cuando el contratante no aplica la modalidad de contratación que debía aplicar, en función de las circunstancias, objeto y monto del contrato, y en su lugar, emplea otra modalidad de contratación distinta a la indicada en la Ley. Un ejemplo podrá ser la utilización de la modalidad de consulta de precios cuando el mecanismo adecuado era el concurso abierto, ambas se emplean en supuestos de contratación totalmente distintos. En conclusión, y de manera objetiva, el sólo hecho de aplicar una modalidad de selección de contratista distinta a la que la Ley señala, hace que el contratante sea declarado responsable en lo administrativo, sin entrar a calificar el elemento de intencionalidad en el caso concreto.

Y precisamente uno de los ejemplos más claros donde se puede verificar este supuesto de responsabilidad administrativa, es en los casos de fraccionamiento prohibido en la contratación pública, en donde el contratante no aplica la modalidad correspondiente al disminuir fraudulentamente el monto del contrato de que se trate. El citado artículo 57 del DLCP, de manera expresa prohíbe dividir en varios contratos la ejecución de una misma obra, la prestación de un servicio o la adquisición de bienes, con el objeto de disminuir la cuantía de la contratación y evadir u omitir una modalidad de selección de contratistas, o las normas, principios y requisitos establecidos. En virtud de ello, cuando estemos en presencia de un fraccionamiento indebido con fines de evadir la modalidad de selección del contratista o incumplir con los principios de la contratación pública, se incurre en el supuesto de la responsabilidad administrativa en estudio.

Adicionalmente, se debe aclarar que esta falta de aplicación parcial o absoluta de una modalidad de selección de contratistas según la norma, como en el caso del fraccionamiento prohibido, se corresponde también con el supuesto de

³⁵ El concurso abierto es la modalidad de selección pública del contratista, en la que pueden participar personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley así como su Reglamento y las condiciones particulares inherentes al pliego de condiciones. Ver artículo 77 del DLCP

³⁶ El concurso cerrado es la modalidad de selección del contratista en la que al menos cinco (5) participantes son invitados de manera particular a presentar ofertas por el contratante, con base en su capacidad técnica, financiera y legal. Ver artículo 85 del DLCP

³⁷ La consulta de precios es la modalidad de selección de contratista en la que de manera documentada, se consultan precios a por lo menos tres (3) proveedores de bienes, ejecutores de obras o prestadores de servicios. Ver artículo 96 del DLCP

³⁸ La contratación directa es la modalidad de selección de contratista que realiza el contratante, aplicando los supuestos cualitativos contemplados en el citado DLCP. Ver artículo 101 del DLCP

responsabilidad administrativa previsto en el ordinal 1 del artículo 91 de la LOCGRYSNCF, que igualmente genera la sanción del sujeto obligado a cumplir con los procedimientos, requisitos y principios, aplicables por el órgano de control fiscal competente.

A los fines de determinar la sanción que se le deberá imponer al sujeto infractor de la norma por incurrir en los supuestos de responsabilidad administrativa comentados, se deben interpretar conjuntamente los artículos 91, 94 y 105 de la LOCGRYSNCF. En ese sentido, la declaratoria de responsabilidad administrativa basada en los supuestos establecidos en el artículo 166 del DLCP o en el artículo 91 de la LOCGRYSNCF, antes comentados, serán sancionados con multa de entre cien (100) a un mil (1.000) unidades tributarias³⁹, de acuerdo con la gravedad de la falta y a la entidad de los perjuicios causados. Adicional a la imposición de la referida multa, el Contralor General de la República, podrá acordar la suspensión del sancionado en el ejercicio de su cargo sin goce de sueldo por un periodo no mayor de veinticuatro (24) meses o su destitución definitiva, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad del órgano o ente para el cual labora el funcionario; así mismo podrá imponerle la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años.

En cuanto a la responsabilidad penal, debemos remitirnos al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Contra la Corrupción⁴⁰, que en su artículo 60, expresamente señala que: serán penados con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, los funcionarios públicos que evadan la aplicación de los procedimientos de licitación u otros controles o restricciones que establezca la ley para efectuar determinada contratación, o alegare ilegalmente razones de emergencia para proceder a contratar. Como es lógico este tipo de responsabilidad será determinada de forma exclusiva por los órganos jurisdiccionales en materia penal, quienes son los únicos competentes para aplicar las penas por los delitos cometidos, previo ejercicio de la acción penal por parte del representante del Ministerio Público.

2. La nulidad de los contratos otorgados en contravención a la norma

A la par de la imposición de las sanciones administrativas y/o penales de forma personal sobre los sujetos involucrados en el fraccionamiento prohibido en la contratación pública respectiva, el DLCP establece otra consecuencia, pero esta vez, sobre la validez y vigencia de la contratación efectuada al margen de la legalidad. Específicamente en el artículo 121.1 del citado texto normativo, se regula una obligación precisa para el contratante de declarar la nulidad de los contratos otorgados, cuando se evidencia suficientemente que la adjudicación se hubiere otorgado con inobservancia de las disposiciones de las normas de las compras públicas⁴¹. No cabe ninguna duda que en el caso que se haya verificado un

³⁹ Ver cita a pie de página n° 28.

⁴⁰ Dictado mediante Decreto-Ley N° 1.410, y publicado en la Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014

⁴¹ "Artículo 121. El contratante deberá declarar la nulidad de los contratos en los siguientes casos:
1. Cuando se evidencie suficientemente que la adjudicación hubiere sido otorgada con inobservancia

fraccionamiento prohibido por la norma expresa del DLCP, en determinados contratos, se ha procedido en inobservancia de las reglas normativas de la contratación pública, incluso más grave aún, en contra del contenido de esas normas. Violándose los principios fundamentales de las contrataciones públicas, como son: la publicidad, transparencia, honestidad e integridad, lo que toca muy de cerca al tema de la ética pública y la lucha contra la corrupción⁴². Tal infracción obliga a la máxima autoridad del contratante a declararla, y a proceder a declarar la nulidad del contrato ilegítimamente otorgado.

Si la máxima autoridad del contratante no procede a declarar la nulidad del contrato, al que está obligado por Ley, incurre en un nuevo supuesto de responsabilidad administrativa, sancionado conforme a lo dispuesto en el capítulo anterior. Supuesto de responsabilidad administrativa previsto en el artículo 166.17 del DLCP, que establece expresamente:

“Artículo 166. Se consideran supuestos generadores de responsabilidad administrativa, los siguientes: (...)”

“17. Cuando la máxima autoridad administrativa del contratante se abstenga injustificadamente de declarar la nulidad del acto o del contrato, según lo previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.”

Claro está que la declaratoria de nulidad del contrato debe ser de posible ejecución, ya que si se detecta el fraccionamiento una vez que el contrato está totalmente ejecutado, no será procedente declarar la nulidad del mismo, por razones de imposibilidad material y por el principio de conservación de los fondos públicos. Así mismo, en casos donde no se haya culminado la ejecución del contrato, su materialización esté en curso, pero al evaluar la situación se determina que declarar su nulidad será más oneroso que seguir su ejecución, y por lo tanto sería perjudicial para el patrimonio público, a criterio de la máxima autoridad del contratante debidamente justificado, pudiera declararse su continuación, aun cuando se impongan las sanciones que sean procedentes⁴³.

de las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, o de cualquier otra norma aplicable que regule las contrataciones públicas.”

⁴² En este punto se recomienda la lectura del libro de: AYMERICH CANO, C., *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*. Aranzadi, Cizur Menor - Navarra, 2015. ISBN: 978-84-9098-654-7, en el cual se plantea una reflexión acertada acerca de las consecuencias legales negativas que deberán generarse sobre los contratos celebrados donde se verifiquen hechos de corrupción.

⁴³ Observamos que en Colombia también se considera procedente la declaratoria de nulidad del contrato por incurrir en fraccionamiento indebido, de la siguiente forma: *“Al respecto, el Consejo de Estado, sección tercera, consejera ponente, Dra. Olga Melida Valle de de la Hoz, en sentencia de enero 31 de 2011, radicación 17767, expresó lo siguiente: esta Corporación en sentencia del 3 de octubre de 2000, expresó que los principios de la contratación estatal se violan cuando “se celebran directamente varios contratos, cada uno de menor cuantía y todos con el mismo objeto, si sumadas sus cuantías resulta ser que se contrató un objeto único, por cuantía superior, que por lo mismo debió ser materia de licitación o concurso. Y eso es fraccionar lo que, en realidad, constituye un solo contrato, y eludir el cumplimiento de la ley (...). Dicho en otros términos, se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto”. Por desconocer los principios que inspiran la contratación estatal, el fraccionamiento de contrato impone al juez la obligación de declarar su nulidad absoluta en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.”*

Cuenca, febrero de 2016