

80112 –
Bogotá, D.C.,

2013EE0019676



Doctor
HÉCTOR IVAN COSSIO CORREA
Gerente
CONFORT EXPRESS
Calle 95ª No. 105 – 39 Nuevo Apartadó
gerencia@conforexpress.com
Apartadó - Antioquia

Asunto: Contratación Estatal. Fraccionamiento de Contratos.

Respetado doctor Cossio Correa:

1. ANTECEDENTE

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República recibió su escrito de fecha 18 de febrero de 2013 radicado con el número 2013ER0014388, mediante el cual requiere concepto sobre el siguiente asunto:

“Cuando un ente territorial Municipal (Alcaldía Municipal), requiere contratar el (sic) servicios de transporte escolar para la comunidad escolarizada de las instituciones educativas rurales y urbanas, puede fraccionar el contrato haciendo procesos de contratación por cada una de las rutas a servir, teniendo como base que el presupuesto contable es uno solo y los dineros transferidos por el ministerio de Educación Nacional para la calidad de la educación es exclusivo para tal fin y único, no es fracciones ni por cada una de las rutas. Creo que la comunidad escolarizada es global en la municipalidad y por este motivo llegan los recursos.”

2. NORMATIVIDAD QUE REGLAMENTA EL TEMA

- Ley 80 de 1993

3. DESARROLLO DEL TEMA

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República es una dependencia asesora que tiene dentro de sus funciones la de *“Absolver consultas que sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de su actuación de la*

Contraloría General, le formulen las dependencias internas, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas”¹, es decir, que tiene como función absolver las consultas que en materia de control fiscal le correspondan a la Contraloría General de la República.

No obstante lo anterior, y en aras a brindarle información acerca de lo que la jurisprudencia se ha entendido como fraccionamiento de contratos traeremos a colación lo referido en Sentencia de 31 de enero de 2011² por el Consejo de Estado, advirtiendo que al no conocer el caso concreto de su consulta no podemos resolver de fondo su inquietud:

“ (...)

1.1. Del fraccionamiento de contratos

Cuando la contratación directa se realiza burlando el proceso licitatorio a través del fraccionamiento del contrato, es decir, buscando que ninguno de los contratos resultantes de dividir un mismo objeto supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, se están desconociendo los principios que inspiran la contratación pública³. Al respecto, aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual.

En efecto, se ha considerado que *“Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos términos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la ley 80, puesto que se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del*

¹ Decreto Ley 267 de 2000 artículo 43 numeral 4º

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, C.P. Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz, Rad. 17767

³ Dicho fraccionamiento estaba expresamente prohibido por el artículo 56 del Decreto 222 de 1983.

poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto”⁴.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el fraccionamiento indebido de contratos tiene lugar, “*en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluír las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública*”⁵.

Finalmente, esta Corporación en sentencia del 3 de octubre de 2000⁶, 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 (...) Pero, ¿cuándo se trata de un mismo objeto? (...) La ley no lo dice, pero un objeto es el mismo cuando es naturalmente uno. Dicho en otros términos, se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto*”.

⁴ Ibídem; Concepto del 14 de septiembre de 2001; Rad. 1373

⁵ Corte Suprema de Justicia; Sala de casación penal; Sentencia No. 30933 de mayo 26 de 2010.

⁶ Consejo de Estado; Sala Plena de lo contencioso administrativo; C.P. Darío Quiñónez Pinilla; Sentencia del 3 de octubre de 2000; Rad.: AC-10529 y AC-10968.

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. En este sentido, como se verá más adelante, en el caso *sub lite* el acervo probatorio permite demostrar el fraccionamiento del contrato, y en consecuencia se declarará la nulidad absoluta de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos entre el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, y el señor Carlos Edgar Moreno Ríos.”

Nótese que de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado, que en el caso de presentarse un fraccionamiento de contratos podrá declararse la nulidad absoluta de los mismos ante la jurisdicción contencioso administrativa, en el entendido que “*se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto*”.

En cuanto a la competencia que tienen los Entes de control frente a éste tipo de eventos, es preciso señalar se entiende por daño patrimonial al Estado, cuando “*la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.*” **“El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007”**

Deberá verificarse en cada caso, si la violación a los principios que desarrollan la contratación estatal, y la omisión en la debida modalidad de selección, ocasionan un daño patrimonial al Estado, correspondiendo entonces al Ente de control fiscal, en este caso del Municipio o Departamento, de acuerdo con el nivel al que pertenezcan los recursos lesionados (nacional o territorial) adelantar el proceso de responsabilidad fiscal a que haya lugar.

Podrá también frente al evento planteado verificarse la existencia de una posible responsabilidad disciplinaria, penal o civil como lo señala la Ley 1474 de 2011.

4. CONCLUSIÓN

La competencia de los órganos de vigilancia y control fiscal en los casos de fraccionamiento de contratos, se circunscribe a la verificación de la existencia del daño fiscal causado al patrimonio del Estado, ocasionado por la violación de los principios que rigen la contratación estatal y la omisión de la debida modalidad de selección del objeto a contratar.

Adicionalmente es preciso señalar, que es deber de los ciudadanos denunciar ante las autoridades competentes.

Recordamos finalmente que conforme al art. 43 del Decreto Ley 267 de 2000, es la Oficina Jurídica una dependencia asesora, por lo que los conceptos que emite carecen de fuerza vinculante, según el carácter que les atribuye el art. 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a este y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace normatividad - conceptos de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>.

Cordial saludo;

ALBA DE LA CRUZ BERRIO BAQUERO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Johana Milena Valenzuela Pardo
Radicado: 2013ER0014388