

CONCEPTO 15934 DE 2018

(abril 2)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
DE: Coordinador Grupo de Conceptos y consultas jurídicas.
ASUNTO: Aspectos o conductas que constituyen fraccionamiento de Contrato.

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 21 de marzo de 2018, Con Rad. 8-2018-015131 nos pronunciamos en el siguiente sentido:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico de marzo de 2018, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

Cordial saludo Doctor XXXXXX

Teniendo en cuenta que la Entidad requiere disponer continuamente del servicio de transporte a nivel nacional e internacional, para lo cual el Grupo de Almacenes e Inventarios de la Dirección Administrativa y Financiera está adelantando los estudios previos para contratar lo correspondiente a la vigencia 2018 por un valor aproximado de Doscientos veinte millones de pesos (\$ 220.000.000) cuyo tiempo estimado de suscripción es de dos meses y teniendo en cuenta que por vencimiento del plazo de arrendamiento de la Sede XXXXXX), la Dirección General requiere trasladar los equipos de cómputo y demás elementos de oficina desde la mencionada sede hacia Tecnoparque (XXXXXX, Bogotá), actividad que se debe realizar antes del 30 de abril. Como medida de urgencia se plantea la posibilidad de acogernos al Acuerdo Marco de Precios de Servicio de Distribución CCE-441-1-AMP-2016 suscrito por Colombia Compra Eficiente y actualmente vigente y posteriormente mediante la modalidad selección abreviada de menor cuantía suscribir el Contrato que regularmente celebra la Entidad para atender las demás necesidades de transporte. Con el ánimo de evitar las conductas que se puedan configurar en fraccionamiento de contrato o cualquiera otra que pudiere contravenir la normatividad al respecto, comedidamente solicito su concepto frente a lo siguiente:

1. Al suscribir orden de compra por medio del pre citado Acuerdo Marco para el transporte de elementos desde la sede Castellana hasta Tecno Parque (Costo aproximado \$ 9.000.000) y posteriormente suscribir el contrato de Transporte de cubrimiento nacional e Internacional para

las demás necesidades de la Entidad en la materia, ambos con cargo al mismo CDP, puede ser considerado como fraccionamiento de contrato?

2. Cuáles son las conductas o casos en que se considera fraccionamiento de Contrato?

Agradezco su amable atención y oportuna respuesta.

-Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo adicional al mencionado y con la información suministrada. (Se suprimen las identificaciones del original)

b) ANÁLISIS JURÍDICO

1. FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS

La prohibición del fraccionamiento de contratos nace dentro del ordenamiento jurídico colombiano en razón a que, en virtud de la posibilidad, hoy en día inexistente, de contratar de manera directa en razón a la cuantía^[1], se realizaban varios procesos de contratación, que no superaran la mínima cuantía y así eludían los procedimientos de selección de convocatoria pública. Es decir, un solo objeto contractual que por su naturaleza y cuantía en principio debería tramitarse por una licitación pública, se dividía en varios contratos con el fin de poder acudir a la causal de mínima cuantía y adelantar la contratación de manera directa.

Al respecto de su definición, la mayor parte de los pronunciamientos han sido de orden jurisprudencia, por un lado la sala penal de la Corte Suprema de Justicia en su oportunidad se pronunció sobre este comportamiento, señalando que se presenta fraccionamiento de contratos y en consecuencia se constituye la descripción típica del delito de celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales cuando se celebran varios contratos con el mismo objeto con el fin de eludir la licitación pública y contratar de manera directa:

(...) comentadas circunstancias permiten concluir que el fraccionamiento de la contratación no se cimentó en criterios razonables de interés público. Contrariamente, su finalidad estuvo enderezada a soslayar la licitación pública, en orden a abrir paso a la contratación directa (...)

Sin embargo, luego de la declaratoria de nulidad de la disposición que permitía contratar de manera directa cuando se estaba ante una cuantía correspondiente a la mínima cuantía, el Legislador reglamentó el procedimiento de mínima cuantía a través de una convocatoria pública que garantiza la selección objetiva. En este orden de ideas, a pesar de que, se dividiera el objeto contractual ya no era posible acudir a la contratación directa, pues las causales de esta modalidad de contratación corresponden a el objeto del contrato y no a la cuantía de la contratación.

En este sentido, hoy en día el concepto de fraccionamiento de contratos se usa para referirse a la elusión de procedimientos de selección a través de la celebración de varios contratos concurrentes que por la naturaleza de su objeto corresponden a una misma necesidad de la entidad y podrían ser un solo contrato, teniendo este concepto, de cara a la nueva normativa un desarrollo principalmente jurisprudencia.

Al respecto el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA al respecto ha indicado:

“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 pública. 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 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". (...) 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 (...) 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". 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. (...) La Sub Sección considera que existió una actitud deliberada por parte del Departamento dirigida a desconocer las normas de derecho público, por cuanto teniendo la necesidad de contratar una obra cuyo monto imponía la obligación de adelantar un proceso de licitación, hábilmente fraccionó el contrato de manera tal que ninguna de sus partes superara dicha cuantía y pudiera, entonces, realizar procedimientos de contratación directa. "(CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767))

En este orden de ideas, cuando se divide un objeto contractual, que por su naturaleza podría constituir un solo contrato, con el fin de evadir un proceso de selección con desviación del poder, se presenta la figura de fraccionamiento de contratos, que hoy en día es sancionada a través del tipo penal de celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos esenciales.

2. Procedimiento de Selección Abreviada por Acuerdo Marco de Precios

Los mecanismos de agregación de demanda, como el Acuerdo Marco de Precios, fueron diseñados e integrados al ordenamiento jurídico con el fin de producir economía de escala, incrementar el poder de negociación del Estado, compartir costos y conocimientos entre las diferentes agencias o departamentos del Estado logrando así la maximización de los precios ofertados por los proveedores.

Este mecanismo fue integrado al ordenamiento jurídico a través de la Ley [1150](#) de 2007, sin embargo, hasta el 2011, con la expedición del Decreto 4170 por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación –Colombia Compra Eficiente- se dio eficacia a los Acuerdos Marcos, pues se estableció que estos serían administrados por la mencionada Agencia.

En cuanto a su procedencia, esta modalidad de selección es viable cuando se trata de la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes, tal como lo indica el artículo [2](#) de la ley 1150 de 2007.

Respecto a su funcionamiento, los acuerdos marcos tienen dos operaciones, que se describen a continuación y terminan concluyendo con la celebración de un contrato entre la entidad que tiene la necesidad y el contratista, llamado orden de compra:

a. Operación principal: En esta operación la Agencia – Colombia Compra Eficiente- identifica de manera unilateral que determinados bienes o servicios son de características técnicas uniformes, realiza un estudio de mercado y adelanta un proceso de selección de licitación pública, para elegir a los proveedores de estos bienes o servicios.

En esta primera fase no se ejecutan recursos públicos, por lo cual no se requiere CDP, y la única entidad pública involucrada hasta el momento es la Agencia de Compras Públicas.

En este momento es donde se materializa el principio de economía toda vez que aquí Colombia Compra evalúa el precio propuesto por los proponentes, y busca garantizar la mayor economía para las entidades que se adhieran en un segundo momento al Acuerdo Marco de precios.

b. Operación Secundaria: Esta segunda fase es realizada por la entidad compradora, en este caso por ejemplo el SENA, la cual una vez identifica la necesidad, el bien o servicio a contratar, y verifica la existencia de un Acuerdo Marco de Precios para la adquisición de ese bien o servicio, envía una comunicación a Colombia Compra Eficiente, por parte del ordenador del gasto realizando una orden de compra del bien o servicio.

Con el fin de garantizar la aplicación de los Acuerdos Marco de Precios, adicional a lo dispuesto en el Decreto [1082](#) de 2015, y con el fin de maximizar los beneficios económicos de los mismos en el marco del Plan de Austeridad que el Gobierno Nacional, la Presidencia de la República expidió la Directiva Presidencial [01](#) de 2016, del 10 de febrero de ese mismo año, se estableció como obligatorio para todas las entidades a las cuales se dirige la directiva; es decir las entidades de la rama ejecutiva de orden nacional. Nos permitimos citar el lineamiento que indica:

“[...]2. Reducción de gastos generales.

a. Hacer uso de los acuerdos marco de precios diseñados por Colombia Compra Eficiente (www.colombiacompra.gov.co) [...]” (negritas fuera de texto original)

En este orden de ideas, lo primero que preliminarmente puede concluirse, es que el SENA, como entidad del orden nacional de la Rama Ejecutiva, está obliga a acogerse, en su contratación a los Acuerdo Marco de Precios siempre que los mismos cuenten con los bienes y servicios requeridos por la entidad.

3. Mínima Cuantía

La Ley [1150](#) de 2007 integró al ordenamiento jurídico la modalidad de selección de mínima cuantía con un procedimiento de concurso público, reglamentado principalmente en el numeral 5 del artículo [2](#) de la ley 1150 de 2007, el cual indica:

5) Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

- a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;
- b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;
- c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;
- d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

Tal como se puede evidenciar de la lectura del citado artículo, este procedimiento es procedente cuanto el objeto del contrato no supere el 10% del valor de la menor cuantía de la entidad, independiente del objeto que se contrate. Así mismo este es un procedimiento con vocación de ser ágil y corto, con el fin de satisfacer rápidamente la necesidad de la entidad, y se reglamente por el Decreto 1082 de 2015, a partir del artículo [2.2.1.5.1](#) y subsiguientes.

La doctrina se ha pronunciado sobre la definición de esta modalidad, indicando que la mínima cuantía es “un procedimiento sencillo y rápido para escoger al contratista en la adquisición de los bienes, obras y servicios cuyo valor no exceda el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de las entidades estatales. Esta modalidad de selección tiene menos formalidades que las demás y tiene carácter especial. La modalidad de selección de mínima cuantía es aplicable a todos los objetos de contratación cuando el presupuesto oficial del contrato sea inferior a la mínima cuantía de la entidad estatal, sin importar la naturaleza del contrato”

4. Concurrencia entre las modalidades de Mínima Cuantía y Acuerdo Marco

Ahora bien, existe la posibilidad que en un proceso de contratación, sea de bienes o servicios de características técnicas uniformes, se encuentre en un Acuerdo Marco de Precios pero su cuantía sea menor del 10% de la menor cuantía de la entidad, correspondiente a \$73.771.700,00 COP, y en consecuencia aparezcan concurrentes la modalidad de mínima cuantía y Acuerdo Marco de Precios.

Al respecto Colombia Compra Eficiente, a través del Manual de Operación Secundaria de Acuerdo Marco, había establecido que en caso de concurrencia en estas modalidades se debería aplicar el Acuerdo Marco de Precios, no obstante a través Fallo del 29 de marzo de 2017, Rad. 11001032600020160001700 del Consejo de Estado, se resolvió suspender la aplicación del acápite correspondiente a la concurrencia de modalidad entre Acuerdo Marco y Mínima cuantía, señalando que:

“[...] Para el Despacho es claro que no existe ninguna concurrencia entre la modalidad de selección abreviada y de mínima cuantía, pues siempre que i) exista un Acuerdo Marco de Precios para adquirir bienes o servicios de características técnicas uniformes y ii) el presupuesto del proceso de contratación sea equivalente a la mínima cuantía de la entidad, debe acudir al procedimiento de selección de mínima cuantía independientemente del objeto a contratar.

Así, entonces, contrario a lo que sostiene el manual acusado, no es cierto que exista una concurrencia entre las modalidades de selección abreviada y de mínima cuantía. Si ello fuera cierto no habría forma de adelantar un proceso de contratación de mínima cuantía, porque -sin

duda - todos los procesos contractuales serían concurrentes”

Adicionalmente, en concepto del 28 de abril de 2017, Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el anterior fallo, dando algunos lineamientos sobre la aplicación de dichas modalidades, en el siguiente sentido:

Dada la suspensión provisional del acápite VII del Manual de la Operación Secundaria de los Acuerdos Marco de Precios, ¿Puede una Entidad Estatal celebrar órdenes de compra por medio de los Acuerdos Marco de Precios cuando proceda la modalidad de selección de mínima cuantía?

No. El Consejo de Estado, por medio de auto del 29 de marzo de 2017, suspendió el acápite VII del Manual de la Operación Secundaria de los Acuerdos Marco de Precios y determinó que no existía una concurrencia entre la modalidad de selección de mínima cuantía y la compra por catálogo derivada de los Acuerdos Marco de Precios, dado que la modalidad de selección de mínima cuantía procede siempre que el valor total del Proceso de Contratación no sea mayor al 10% del valor definido para la menor cuantía según el presupuesto de la Entidad Estatal.

1. Si una Entidad Estatal debe realizar hoy una compra de un bien, obra o servicio incluido en el catálogo de un Acuerdo Marco de Precios y su valor no excede del 10% del valor definido para la menor cuantía de la Entidad Estatal, en principio debe seleccionar al proveedor aplicando el procedimiento de mínima cuantía.
2. Colombia Compra Eficiente acata la instrucción dada por el Consejo de Estado y está trabajando en crear mecanismos expeditos para que las Entidades Estatales pueden usar la modalidad de selección de mínima cuantía para la compra por catálogo derivada de los Acuerdos Marco de Precios por medio de la Tienda Virtual del Estado Colombiano.
3. No obstante, si una Entidad Estatal inició una cotización para la compra de bienes, obras y servicios incluidos en un Acuerdo Marco de Precios y el valor total del Proceso de Contratación corresponde a la mínima cuantía, la Entidad Estatal debe continuar con el respectivo proceso por medio de la Tienda Virtual del Estado Colombiano dado que el proceso de selección se rige por las normas del momento en que se inicia.
4. Igualmente, la Entidad Estatal puede analizar si puede satisfacer su necesidad incluyendo más bienes o servicios, de manera más agregada de manera que no corresponda a una mínima cuantía, caso en el cual puede iniciar procesos haciendo uso de la modalidad de selección abreviada derivada de la aplicación de los Acuerdos Marco de Precios.

En consecuencia, de lo anterior, siempre que el proceso tenga un presupuesto menor al 10% de la Menor cuantía de la entidad, es procedente aplicar el procedimiento de selección de Mínima cuantía, así exista un Acuerdo Marco de Precios para la adquisición de los bienes o servicios.

c) CONSULTA

Respecto a su consulta, y de acuerdo con las anteriores consideraciones jurídicas nos permitimos indicar que:

PRIMERA PREGUNTA: “Al suscribir orden de compra por medio del pre citado Acuerdo Marco para el transporte de elementos desde la sede Castellana hasta Tecno Parque (Costo aproximado \$ 9.000.000) y posteriormente suscribir el contrato de Transporte de cubrimiento nacional e Internacional para las demás necesidades de la Entidad en la materia, ambos con cargo

al mismo CDP, puede ser considerado como fraccionamiento de contrato?”

RESPUESTA: Se deberá determinar si se trata o no de dos necesidades distintas para poder establecer si se existe un fraccionamiento de contrato. Ahora bien, se recuerda que si la contratación se encuentra cubierta por un acuerdo marco deberá acudir a este de manera preferente.

No obstante, lo anterior, también se advierte que en caso de que se establezca que sí son dos necesidades distintas, y en consecuencia se puedan adelantar dos procesos contractuales independientes, en la medida que concurriría la modalidad de mínima cuantía y acuerdo marco para la adquisición del servicio por el valor de \$9.000.000, de acuerdo con el pronunciamiento del Consejo de Estado primará la modalidad de mínima cuantía.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Cuáles son las conductas o casos en que se considera fraccionamiento de Contrato?

RESPUESTA: Si bien se trata de un comportamiento que no se encuentra expresamente prohibido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contradice abiertamente “la regla contenida en el numeral 8o del artículo [24](#) de la Ley 80 de 1993, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del 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”^[2]

Finalmente se recuerda que, si bien el fraccionamiento de contratos hoy en día no es un delito independiente, el uso de la modalidad de selección distinta a la que la ley dispone para cada contratación puede constituir el tipo penal de celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales, así como responsabilidad disciplinaria.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Contenido en el decreto 2474 de 2.008.- Artículo 46, hoy en día declarado Nulo por el Consejo de Estado.

2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Sentencia del 31 de enero de 2011. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz).



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

