

¡Échame una mano!: La Subcontratación en la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225)

Alfredo Fernando Soria Aguilar*
Luis Minoru Yamada Alpiste**

Resumen:

El presente artículo desarrolla la figura jurídica de la subcontratación en los procesos de contratación pública, según la nueva Ley de Contrataciones con el Estado – Ley N° 30225. Así, se desarrollan temas como: las diferencias entre contrato de aprovisionamiento, contrato derivado y subcontrato; los nuevos parámetros bajo los cuales se circunscribe la figura de la subcontratación; aspectos que deben considerarse para la aplicación de la figura de subcontrato bajo la Ley N° 30225; y, la falta de responsabilidad del subcontratista frente a la Entidad por la prestación brindada.

Palabras clave:

Subcontrato – Contrataciones con el Estado – Aprovisionamiento – Responsabilidad del subcontratista – Implicancias de la subcontratación – Requisitos para la subcontratación.

Abstract:

The present article develops the legal concept of subcontracting on the frame of public procurement, according to the new Peruvian Public Procurement Law. Thus, different topics are treated: the differences between the outsourcing contract, derivative contract and subcontract; the new parameters that regulate subcontract; relevant aspects to consider for subcontracting on the frame of the new Public Procurement Law; and the lack of responsibility on the subcontractor towards the administrative entity.

Keywords:

Subcontract – Public Procurement – Outsourcing – Subcontractor responsibility – Subcontracting implications – Subcontracting requirements

Sumario:

1. Introducción – 2. La subcontratación en general – 3. La subcontratación en la Ley N° 30225 – 4. La responsabilidad frente a la Entidad por lo ejecutado por el subcontratista

* Egresado de la Maestría de Derecho de la Empresa Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y la Universidad del Pacífico (UP). Árbitro del OSCE y del Centro de Arbitraje de la PUCP.

** Abogado titulado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Abogado de las empresas del Grupo Telefónica en el Perú, especialista en contrataciones del Estado.

1. Introducción

Por múltiples razones, un contratista que obtiene la buena pro necesita recurrir a terceros para cumplir con lo pactado.

En algunos casos, los terceros solamente se encargarán de proporcionar los bienes o el equipamiento necesario para que el contratista pueda ejecutar lo pactado frente a la Entidad. Este es el supuesto de la provisión de bienes o equipamiento para la ejecución de lo pactado frente a la Entidad que, como lo sostiene Morón, «no constituye una modalidad de subcontrato, sin la actividad ordinaria del proveedor o contratista para poder cumplir sus prestaciones»¹.

Así lo entiende también el OSCE cuando expresa que «Sólo estaremos frente a una subcontratación de obra en caso que el contratista contrate a un tercero para que realice parte de la obra, entendiéndose que, en tal caso, el contratista delega o traslada la dirección técnica de la ejecución de tal parte de la obra. En tal sentido, no configuran subcontrataciones de obra aquellos casos en los que el contratista adquiera material de construcción o alquile maquinarias para la ejecución de la obra, dado que los proveedores o los arrendadores no ejecutarán parte de la obra a cargo del contratista, sino que brindarán aquellos materiales o medios necesarios para que el constructor ejecute la obra a su cargo»².

En otros casos, el contratista necesitará que los terceros ejecuten, de manera parcial, las obligaciones que contrajo al obtener la buena pro. El contratista puede utilizar en estos casos la figura jurídica de la subcontratación, la cual se admite en la normativa de contratación del Estado, bajo determinados requisitos y alcances. El propio Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE) ha señalado que:

«(...) si bien normalmente es el propio contratista el que ejecuta las prestaciones a su cargo, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de que, cuando se cumplan determinadas condiciones, sea un tercero, ajeno a la relación contractual existente entre la Entidad y el contratista, quien ejecute dichas prestaciones (...).

De lo expuesto, se advierte que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la subcontratación implica que un «tercero» ejecute

parte de las prestaciones a las que se obligó el contratista frente a la Entidad, entendiéndose por «tercero» a una persona, natural o jurídica, necesariamente distinta a las partes conformantes de la relación contractual; es decir, una persona distinta al contratista»³.

Este último supuesto, el de la subcontratación en la Ley de Contrataciones del Estado, será analizado en el presente artículo, considerando los alcances de la Ley N° 30225⁴.

2. La subcontratación en general

Como lo reconoce la doctrina, el subcontrato «es un contrato filial y de la misma naturaleza e idéntico tipo que el contrato base»⁵. Conforme con este enunciado, el subcontrato, entonces, es un «contrato filial» que presupone o requiere la existencia de un contrato previo del cual deriva por sucesión constitutiva. La característica particular del subcontrato es que comparte la misma naturaleza jurídica del contrato base.

El contrato de provisión de bienes o servicios que suscribe el contratista con un tercero no podría considerarse como un subcontrato ni como un contrato derivado pues, en estos últimos, el tercero participa directamente en la ejecución de las prestaciones contraídas por el contratista frente a la Entidad.

A manera de ejemplo, tratándose de un contrato de obra (contrato base), para calificar jurídicamente al contrato derivado como subcontrato se requerirá que el contrato derivado sea también un contrato de obra. Por tal motivo y como se ha señalado en párrafos anteriores los contratos mediante los cuales se provee material de construcción al alquiler de maquinaria no constituye un contrato de subcontratación ni tampoco un contrato derivado, porque la provisión de materiales para la ejecución del contrato no implica la participación directa del tercero en la ejecución de las prestaciones contraídas por el contratista frente a la Entidad.

Si bien es cierto que la definición de subcontrato conlleva a la coexistencia de dos contratos que tienen la misma naturaleza jurídica, esto no implica que ambos contratos (contrato base y subcontrato) tengan las mismas estipulaciones. El contenido del subcontrato puede tener estipulaciones totalmente distintas y cláusulas de

1 MORÓN URBINA, Juan Carlos. La subcontratación de contratos administrativos. En: Derecho & Sociedad N° 26. Año X VII. 2006. P. 240.

2 Informe N° 14-2004-GTN emitido por CONSUCODE (en la actualidad OSCE).

3 Opinión N° 048-2012/DTN.

4 Es importante precisar que, a la fecha de elaboración del presente artículo, el Reglamento de la Ley N° 30225 no había sido publicado. Este artículo enfoca su desarrollo únicamente en lo dispuesto en la Ley N° 30225.

5 LOPEZ VILAS, Ramón. El subcontrato. Madrid. 1973 p. 246.

matices diversos a las pactadas en el contrato base. Así, por ejemplo, el subcontrato es parcial y no abarca la totalidad de las prestaciones contenidas en el contrato base, puede diferir totalmente de lo establecido en el contrato base en el tema retributivo (distinto monto de retribución, distinta moneda y oportunidad de pago), el plazo podría ser distinto (aunque dentro de los alcances del contrato base), etc. A pesar de que, en estos casos, el subcontrato podría contener pactos distintos a los establecidos en el contrato base, estas divergencias se establecerán dentro de los límites prefijados por el contrato base, sin perjuicio de la libertad de configurar el contrato de manera que satisfaga sus respectivos intereses.

3. La subcontratación en la Ley N° 30225

El artículo 35 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225) establece las reglas básicas de toda subcontratación sujeta a la referida norma, estableciendo lo siguiente:

«Artículo 35. Subcontratación

El contratista puede subcontratar, previa autorización de la Entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección.

Ningún contratista puede subcontratar la totalidad de las prestaciones contenidas en el contrato. No se puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

Para ser subcontratista se requiere contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), no estar impedido ni inhabilitado para contratar con el Estado.

El contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad».

La primera duda que se debe aclarar es si el artículo 35 de la Ley 30225 se refiere a un supuesto de subcontratación, como propone la doctrina. Es decir, si se refiere a un supuesto donde coexisten dos contratos (un contrato base y un contrato filial) de la misma naturaleza jurídica. En nuestro país existen normas que se refieren a la subcontratación en sentido estricto. Por ejemplo, en el supuesto del contrato de subarrendamiento, el Código Civil⁶ lo define como «el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario en favor de un tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador».

A nuestro entender, el artículo 35 de la Ley 30225 incluye la subcontratación, pero también se refiere a un contrato derivado, en el que se contrata a un tercero, para que se encargue de la ejecución de cualquiera de las prestaciones del contrato base. Es por ello que de lo señalado en el artículo 35 de la Ley 30225 puede interpretarse que se trata de un supuesto más amplio que el supuesto de la subcontratación, dado que abarca cualquier contrato derivado que contenga la ejecución de alguna de las prestaciones del contrato frente a la entidad, aunque dicho contrato derivado no comparta la misma naturaleza del contrato base. Por ello, concluimos que lo establecido por la norma no constituye un supuesto estricto de subcontratación, pues no se describe la necesidad de coexistencia de dos contratos de igual naturaleza. Efectivamente, la norma alude a contratar «la ejecución de determinadas prestaciones del contrato» y no necesariamente a la identidad de la naturaleza jurídica que debería existir entre el contrato base (contrato entre el contratista y la Entidad) y el subcontrato (contrato entre el contratista y el tercero). Por ello, los alcances de la norma no se circunscriben únicamente a la subcontratación, en sentido estricto. En tal sentido, si bien utilizaremos el término subcontratación como lo hace la norma, en realidad debe entenderse que se alude al subcontrato, pero también a un contrato derivado que implique la contratación de la ejecución de determinadas prestaciones del contrato entre el contratista y la Entidad. Efectuada esta aclaración, analizaremos los aspectos que deben cumplirse en cualquiera de ambos supuestos:

a) Autorización previa de la Entidad

La norma establece que «el subcontratista puede subcontratar, previa autorización de la Entidad». Entendemos que la autorización por parte de la Entidad no es un requisito de validez sino de eficacia vinculada estrictamente a la relación contractual existente entre el contratista y la Entidad. Por ello, la autorización de la Entidad será necesaria para que ésta última admita que las prestaciones contraídas por el contratista puedan ejecutarse a través de un tercero.

El tercero, evidentemente, no es parte del contrato suscrito entre la Entidad y el contratista. Por ello, el Pronunciamiento N° 318-2005-GTN (Ejecución de la obra de mantenimiento periódico de la Carretera Panamericana Sur) estableció que «la obligación de solicitar la aprobación de la Entidad para subcontratar se encuentra a cargo del contratista principal y no a cargo del subcontratista». Esto último porque el subcontratista no es parte

⁶ Artículo 1692 del Código Civil.

del contrato entre la Entidad y el contratista. El subcontratista solamente tiene una relación jurídica con el contratista y no con la Entidad.

Conforme con lo anotado, pese al texto de la norma, entendemos que, en caso un subcontrato (o contrato derivado) hubiera sido celebrado con anterioridad a la autorización de la Entidad, igualmente sería válido entre las partes que lo celebraron (contratista y subcontratista), aunque su eficacia dependerá finalmente de la decisión de la Entidad, la cual aprobará o desaprobará la subcontratación.

Aunque el subcontrato hubiera sido celebrado por el contratista y el subcontratista con anterioridad a la autorización de la Entidad, el referido subcontrato, aunque válido entre las partes que lo celebraron, no tendrá eficacia frente a la Entidad si es que ésta no lo autoriza. En consecuencia, entendemos que la autorización por parte de la Entidad, no incide realmente respecto de la validez del subcontrato (o contrato derivado)⁷ sino respecto de su eficacia frente a la Entidad. Ante este supuesto, pese a que eventualmente puede existir un contrato privado suscrito previamente entre el contratista y un tercero⁸, es recomendable que el contratista adopte una posición más conservadora y suscriba un nuevo contrato privado con el tercero pero referido específicamente al proceso correspondiente y a las obligaciones que deriven del mismo para la adecuada ejecución del contrato base por parte del contratista. Este acuerdo específico debería ser suscrito con posterioridad a la autorización de la Entidad.

Es importante tener en cuenta que la Ley N° 30225 sanciona con una multa no menor del 5% ni mayor del 15% de la propuesta económica o del monto del contrato, cuando el contratista subcontrate prestaciones sin autorización de la Entidad.

b) Los documentos del proceso de selección no lo prohíben

La regla general establecida por la norma es que se puede subcontratar, salvo que los propios documentos del proceso de selección descarten dicha posibilidad. Dicha regla general se sustenta en que *«por la complejidad, especialidad y predominante tracto sucesivo de los contratos estatales, la subcontratación resulta ser un fenómeno bastante común»*⁹.

c) La subcontratación no puede ser total y tampoco puede contener prestaciones esenciales que determinaron la selección del contratista

Resulta necesario analizar conjuntamente estos aspectos pues podría pensarse que, en la medida que no se subcontrate el íntegro del contrato con la Entidad, estaría permitida la subcontratación parcial. Sin embargo, la norma realiza una restricción adicional que consiste en que no se puede subcontratar prestaciones esenciales vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista. La norma precisa que no se trata de cualquier prestación que pueda considerarse como esencial, sino solamente aquellas prestaciones esenciales que determinaron la selección del contratista. Del texto de la norma queda claro que respecto de las prestaciones esenciales que determinaron la selección del contratista no cabe siquiera una subcontratación parcial.

Entendemos que será necesario que el contrato declare qué prestaciones son aquellas consideradas como esenciales y que determinaron la selección del contratista, para distinguirlas de otras prestaciones que no lo son. Ante la falta de pacto podría recurrirse a los distintos principios y reglas de interpretación, sin embargo, un caso particular podría proponer diversas conclusiones acerca de qué prestaciones constituyen o no, prestaciones esenciales que determinaron la selección de un contratista en un contrato concreto.

d) Para ser subcontratista se requiere contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)

El texto legal anterior *señalaba «para ser subcontratista se requiere (...) estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)»* y podría habilitar la interpretación equivocada que bastaba estar inscrito, aunque dicha inscripción no se encuentre vigente. La actual norma no deja dudas al respecto. Establece con claridad la exigencia de que todo subcontratista cuente con la inscripción vigente. Entendemos que la oportunidad en que se verificará el cumplimiento de dicho aspecto será al momento en que la Entidad¹⁰ proceda a evaluar y aprobar la respectiva subcontratación.

Como lo sostiene García-Trevijano: *«No es difícil adivinar la razón última de esta previsión legal, como*

7 Que constituye una relación jurídica contractual entre el contratista y el subcontratista.

8 Usualmente los contratistas cuentan con acuerdos denominados «contrato-marco» que no se realizan para una necesidad específica sino para atender a un número indeterminado de clientes que pueden ser del Estado o no.

9 MORÓN URBINA, Juan Carlos. La subcontratación de contratos administrativos. En: Derecho & Sociedad N° 26. Año X VII. 2006. P. 235.

10 Según el pronunciamiento N° 318-2005-GTN Ejecución de la obra de mantenimiento periódico de la Carretera Panamericana Sur «la autorización previa debe ser otorgada por la Entidad y no por el Consucode (actualmente OSCE)».

es la de evitar que, a través de la subcontratación (...), pueda materialmente ejecutar el contrato (...) una persona que no se encontrara en situación jurídica (...) de convertirse en adjudicatario del contrato principal»¹¹.

e) El subcontratista no debe estar impedido ni inhabilitado para contratar con el Estado

El texto legal anterior, referido a la subcontratación, expresaba que «para ser subcontratista se requiere no estar inhabilitado para contratar con el Estado». Esta restricción, como enfatiza García-Trevijano, resulta totalmente razonable, pues se dirige a «evitar la existencia de eventuales fraudes»¹². Efectivamente, si es que no existiera esta restricción, proveedores inhabilitados podrían participar en la ejecución de contratos frente al Estado, bastando para dichos efectos que los contratistas inhabilitados celebren contratos con los contratistas adjudicados.

Respecto de los impedidos para contratar con el Estado, la norma anterior no prohibía expresamente su participación como subcontratistas. Es más, cuando la norma anterior, establecía los supuestos en los que se incurría en impedimento para contratar con el Estado, se expresaba que dichos impedimentos eran aplicables a los participantes, postores y/o contratistas, pero no expresamente para los subcontratistas. Resulta evidente que, para evitar fraudes también en estos casos, era necesario que la norma señale expresamente que tampoco pueden ser subcontratistas aquellos impedidos para contratar con el Estado, tal como propone el texto del artículo 35 de la Ley N° 30225.

4. La responsabilidad frente a la Entidad por lo ejecutado por el subcontratista

Entre la Entidad y el subcontratista no existe relación contractual alguna, aunque la Entidad

haya brindado su autorización para que el subcontratista ejecute las prestaciones pactadas con el contratista. La autorización de la Entidad no lo vincula contractualmente con el subcontratista. Por ello, la Ley N° 30225 enfatiza que «El contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad». Así también lo sostiene Guzmán Napurí, al señalar que: «las obligaciones y responsabilidades derivadas de la subcontratación son ajenas a la entidad»¹³.

En caso exista algún incumplimiento o responsabilidad, el contratista será quien responda por los mismos frente a la Entidad. En consecuencia, la Entidad se vería en la obligación de actuar contra la contratista por dichos incumplimientos, sin importar que los trabajos hayan sido realizados por terceros subcontratistas.

A diferencia de la legislación civil que, por ejemplo, establece responsabilidad solidaria del contratista y subcontratista frente al comitente en el supuesto del subcontrato de obra¹⁴, en el caso de la contratación con el Estado no existe una norma similar sino que, por el contrario, la disposición especial centra la responsabilidad únicamente en el contratista. Como es evidente, ello no impide que posteriormente el contratista repita contra el subcontratista, según corresponda.

Cabe anotar que la norma anterior¹⁵ señalaba que «(...) El contratista mantendrá la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad, **sin perjuicio de la responsabilidad que le puede corresponder al subcontratista**». Dado que el texto del artículo 35 de la Ley N° 30225 omite cualquier referencia a una eventual responsabilidad del subcontratista, queda claro que la actual norma centra la responsabilidad de lo ejecutado con ocasión del subcontrato, únicamente en el contratista. ☒

11 Ernesto García-Trevijano Garnica. La cesión del contrato administrativo. La subcontratación. 1997. Pag. 107.

12 Ernesto García-Trevijano Garnica. La cesión del contrato administrativo. La subcontratación. 1997. Pag. 106.

13 GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual de la Ley de Contrataciones del Estado. Gaceta Jurídica. Lima. 2015. P. 549.

14 Artículo 1772 del Código Civil.- «El contratista no puede subcontratar íntegramente la realización de la obra, salvo autorización escrita del comitente.

La responsabilidad frente al comitente es solidaria entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato». (El resaltado es añadido).

15 Artículo 37 del Decreto Legislativo 1017.