

La Subcontratación de Contratos Administrativos

Juan Carlos Morón Urbina*

El presente artículo tiene como objetivo introducir al lector en la relación existente entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo a través de la figura de la subcontratación. Se encontrará aquí una explicación detallada de los conceptos, presupuestos y características de la subcontratación, mezclando aquello con las particularidades de los procesos administrativos en materia contractual.

"(...) al afirmar que el Derecho civil no es subsidiario con carácter general del ordenamiento administrativo en caso de laguna de este último, conectamos el mismo planteamiento del problema con la razón de ser del Derecho Administrativo. ¿Por que existe en derecho administrativo en su misma realidad? Sencillamente porque el Derecho civil no sirve; mas concretamente, porque no le puede servir a la Administración para el desarrollo de sus fines tal como aparece en el marco de una determinada concepción jurídico-política. Se trata, en su misma elementalidad, de una afirmación comúnmente aceptada, que la doctrina y la propia jurisprudencia han recogido y reiterado. Traslademos esta consideración al punto que estudiamos: si el derecho administrativo surge y se justifica dogmáticamente por una inadecuación teleológica y estructural de las normas jurídico-privadas para los fines de la Administración, ¿es que en los casos de laguna del ordenamiento administrativo ya no existe tal inadecuación? ¿Es que en tales supuestos –surgidos muchas veces por la propia juventud del sistema administrativo– no se dan ya las razones que han podido servir para exigir la misma existencia del Derecho Administrativo? A esta reconocida no aplicabilidad del Derecho privado en tales casos, no aplicabilidad del Derecho privado en tales casos, no vale argumentar que la inadecuación a que nos referimos se da exclusivamente en los supuestos previstos por las normas en los que precisamente no se dan lagunas, y que en los demás casos, esto es, cuando tales lagunas existen, el silencio mismo del legislador supone implícitamente que no existe tal esa inadecuación general". (MARTIN RETORTILLO B., Sebastián; "El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones"; p. 38)

1. Planteamiento General

Cuando no encontramos mayor regulación de alguna figura de la contratación administrativa, solemos recurrir a las normas del derecho contractual común con la finalidad de ubicar alguna regla que nos sirva de referente necesario, en la medida que sean compatibles con la contratación estatal. Así sucede también, cuando queremos entender el sentido de los contratos tipo que celebra la administración, como por ejemplo, el suministro, la locación de servicios o el contrato de obra, así como, cuando nos adentramos en aspectos específicos como las garantías, o la

inejecución de las obligaciones. Curiosamente, esta operación no podemos llevarla a cabo cuando se trata de la subcontratación en los contratos administrativos, ya que nuestro derecho común no contiene regulación general sobre este fenómeno contractual¹. Por ello, para comprender integralmente el alcance y sentido de esta figura contractual debemos buscar criterios en la doctrina contractual que la sustenta.

Como se sabe, por la complejidad, especialidad y predominante tracto sucesivo de los contratos estatales, la subcontratación resulta ser un fenómeno bastante común, por lo que la normativa de la materia le dedica

* Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Socio del Estudio Luis Echeopar García.

1 Solo encontraremos en el Código Civil dos regulaciones específicas de la subcontratación en materia de arrendamiento (art. 1692 C.C.) y en materia de locación de obra (art. 1772 C.C.), que si bien son supletorias a la contratación administrativa, no reflejan una visión teórica suficiente sobre esta figura compleja y común de la contratación con el Estado.

tres artículos: el art. 13 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado² y los arts. 208³ que contiene su régimen fundamental de condiciones y reglas y por el artículo 294⁴ referido a la sanción administrativa aplicable a las subcontrataciones indebidas.

2. Teoría General del Fenómeno de la Subcontratación

2.1. Concepto y Sujetos en la Relación de Subcontratación

El muy citado profesor español **LOPEZ VILAS**, define al subcontrato como el *"contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza, que surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de dos contratantes, el cual, en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide a contratar con un tercero la realización de aquellas, en base al contrato anterior del cual es parte"*⁵.

Con posterioridad, en un intento de complementación de esta definición, enfatizando en que el contratante intermediario realiza un acto de disposición denominado sucesión constitutiva en favor del subcontratista, la profesora **BAEZA CAMPOS** describe al subcontrato como *"aquel contrato en virtud del cual una parte transfiere a otra, por vía de una sucesión constitutiva, derechos u obligaciones que han nacido para ella de una relación contractual previa, sin que esta última relación se extinga"*⁶.

Como se puede apreciar resulta crucial en la configuración del subcontrato la noción de dos contratos coexistentes sucesivos y vinculados entre sí: el contrato base, originario o básico y el subcontrato o contrato derivado.

El contrato-base servirá de precedente y apoyo necesario para la existencia del segundo contrato dado que en él nace el derecho o la obligación que luego será objeto del subcontrato y además le otorga al subcontrato los

elementos esenciales y definidores de las prestaciones. Como bien afirma **LOPEZ VILAS**, "el contrato base u originario es, por así decirlo, un prius lógico y cronológico del subcontrato y el fundamento de éste se encuentra incito objetivamente en la naturaleza misma del contrato base. Por eso debe hablarse de una relación de filiación, dependencia y subordinación característica de todo subcontrato, el cual aparece limitado en su extensión por los límites propios del primer contrato, en virtud del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*"⁷.

El segundo contrato, o subcontrato nace como consecuencia de la decisión autónoma de uno de los contratantes del contrato base, en el sentido de contratar con un tercero la realización de una o más de las obligaciones que asumió en el contrato-base, o el traspaso de los beneficios que obtuvo en el mismo. Pero este subcontrato no es en absoluto autónomo, dado que necesita de la existencia del contrato original del que toma su naturaleza, su objeto y además, se sustenta en él, durante su ejecución y extinción. Por el contrario, coincidimos con **LOPEZ VILAS** en señalar que *"El subcontrato está potencialmente contenido en el contrato base y representa una forma de realización del mismo o, (...), una manera concreta de usar la parte intermediaria su posición en el contrato originario"*⁸.

Como habíamos mencionado, en la subcontratación opera un fenómeno de sucesión constitutiva de las prestaciones, que la diferencia fundamentalmente de la cesión de posición contractual. Como señala **GARCIA AMICO**⁹, *"Mientras que la cesión transmite la titularidad misma de la relación contractual: de comprador, socio, mandatario, arrendatario; etc.; el subcontrato, en cambio, crea una nueva titularidad -subarrendatario- que da derecho a usar la posición de parte contractual creada por el contrato anterior, el cual sigue existiendo y permanece invariada vinculando al arrendador y al arrendatario. La consecuencia es que la cesión libera al cedente del contrato base, en tanto que el subcontratante conserva la misma posición que tenía en relación a la otra parte originaria. Ello conduce a que la cesión se*

- 2 Artículo 13.- Subcontratos.-
Los subcontratos autorizados por las Entidades contratantes y presentados al Registro Nacional de Proveedores dentro de los treinta (30) días naturales de suscritos, serán considerados para efectos de la calificación del subcontratado.
Vencido dicho plazo, los subcontratos que no fueron inscritos oportunamente, podrán regularizar su inscripción conforme lo establecido en el TUPA del CONSUCODE.
- 3 Artículo 208.- Subcontratación.-
Salvo prohibición expresa prevista en el presente Reglamento, en las Bases o en el contrato, el contratista podrá acordar con terceros la subcontratación de parte de las prestaciones a su cargo, siempre que:
 1. La Entidad lo apruebe por escrito y de manera previa, por intermedio del funcionario que cuente con facultades suficientes y dentro de los cinco días hábiles de formulado el pedido. Si transcurrido dicho plazo la Entidad no comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido aprobado.
 2. Las prestaciones a subcontratarse con terceros no excedan el sesenta por ciento (60%) del monto del contrato original.
 3. En el caso de contratistas extranjeros, estos se comprometan a brindar capacitación y transferencia de tecnología a los subcontratistas nacionales; y
 4. El subcontratista se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Proveedores y no este suspendido o inhabilitado para contratar con el Estado. Aún cuando el contratista haya subcontratado, conforme a lo indicado precedentemente, es el único responsable de la ejecución total del contrato frente a la Entidad. Las obligaciones y responsabilidades derivadas de la subcontratación son ajenas a la entidad. No obstante el subcontratista que incumpla sus obligaciones será sancionado por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Las subcontrataciones se efectuarán de preferencia con las micro y pequeñas empresas.
- 4 Artículo 294.- Causales de aplicación de Sanción a proveedores, participantes, postores y contratistas.-
El Tribunal impondrá la Sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:
 - 7) Realicen subcontrataciones sin autorización de la entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento.
 Los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las causales establecidas en los incisos 3), 7), 8), 9) y 10) precedentes, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado, por un periodo no menor de tres meses ni mayor de un (1) año.
- 5 LOPEZ VILAS, Ramón; "El Subcontrato", Editorial Tecnos, Madrid 1973, p. 194.
- 6 BAEZA CAMPOS, María del Pilar; La Subcontratación, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1981, p. 59.
- 7 LOPEZ VILAS, Ramón; op. cit., p. 196.
- 8 LOPEZ VILAS, Ramón; op. cit., p. 247.
- 9 GARCIA AMICO, Manuel; "La cesión de contratos en el derecho español" Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 85.

enmarque dentro de la sucesión traslativa, mientras que el subcontrato pertenece a la constitutiva”.

Ambos contratos son coexistentes en el tiempo (continúan existiendo en forma paralela), y surgen de manera sucesiva, sin extinguirse recíprocamente.

Desde otra perspectiva de análisis, podemos apreciar la estructura de la subcontratación a partir de los sujetos intervinientes en este fenómeno, que representan tres centros de interés distintos y no cuatro, como sucede, de ordinario, cuando hay dualidad de contratos. Así tendremos al primer contratante o causante, al segundo contratante o intermediario, y el subcontratante.

El primer contratante o causante es la parte del primer contrato que no interviene en el subcontrato por lo que respecto de éste será considerado como un tercero, salvo los casos en los cuales el legislador disponga recabar su conformidad o autorización para concertar el segundo contrato o lo estableciere así el primer contrato.

“(…) el contratante intermedio precisamente es parte común en ambos contratos, concentrándose en una misma persona dos posiciones obligacionales antagónicas (deudor en el primero y acreedor en el segundo).”

El segundo contratante, contratante intermedio o, simplemente, intermediario, tiene como función desdoblarse la posición jurídica que ha asumido en virtud del contrato base y lo traspa a un tercero, relacionando a modo de eslabón al primer contratante con el subcontratista. De este modo, el contratante intermedio precisamente es parte común en ambos contratos, concentrándose en una misma persona dos posiciones obligacionales antagónicas (deudor en el primero y acreedor en el segundo).

Las motivaciones perseguidas por el intermediario al subcontratar, en vez de ejecutar personalmente la prestación a su cargo, puede fundamentarse en tres motivaciones distintas, pero no excluyentes. En principio, una motivación común es buscar dar un más adecuado cumplimiento al contrato inicial en los términos pactados –plazos o calidades– en favor del acreedor de dicha prestación cuando por ejemplo, el subcontratista se encuentre en mejores condiciones técnicas que el intermediario de cumplir con la prestación comprometida (*subcontratación*

motivada en la especialidad del subcontratista) o cuando para el intermediario cumplir dentro del plazo requerido la prestación comprometida sería poco probable o demasiado gravoso para sus intereses (*subcontratación motivada en la capacidad del contratista*). Pero también resulta posible que la decisión del contratista intermediario se fundamente en que le resultara más económico o ventajoso externalizar la actividad o en la búsqueda de explotar en su beneficio la posición jurídica obtenida en el contrato base, satisfaciendo sus intereses fundamentalmente económicos a través de la retribución que recibe del subcontratista (*subcontratación de economía del contratista*). En este orden de ideas, el subcontrato puede ser celebrado para dar cumplimiento al contrato inicial (en interés directo del subcontratante e indirecto del contratista inicial) o concluirse con la finalidad de satisfacer el interés o necesidad del contratista.

Finalmente, el subcontratista que participa en el segundo contrato con una de las partes del primero (del cual no es parte), de quien adquiere un derecho o asume una obligación surgida en el contrato base.¹⁰

2.2. Presupuestos para la Procedencia de la Subcontratación

Para que la subcontratación de prestaciones pueda concretarse, es necesario que la relación contractual base posea determinadas particularidades que la hagan posible. La doctrina es uniforme en señalar los siguientes presupuestos para la admisibilidad de la subcontratación:

- i) El carácter duradero del contrato base que permita la transferencia a un tercero de prestaciones propias de la posición de proveedor aún vigentes, por lo que debe tratarse de un contrato de ejecución diferida o de duración (contrato de ejecución continuada y periódica o escalonada, o de tracto sucesivo), como la prestación de servicios, la construcción de obra, el suministro, el de transporte, arrendamiento, etc. Por ende, no procede el subcontrato de prestaciones de ejecución instantánea o de tracto único (como por ejemplo, la compraventa salvo el caso de cumplimiento diferido), por que en estos contratos la obligación y el derecho correspondiente al contratista se extingue automáticamente por su cumplimiento al momento de celebrarse el contrato.
- ii) El contrato no sea intuito personae o de naturaleza personalísima, de modo que haya sido celebrado en consideración al contratista. Como se puede apreciar, en estos casos, se entiende que únicamente quienes lo celebraron pueden ejecutarlo, siendo jurídicamente ineficaz que una de las partes desdoble su posición transfiriendo las obligaciones prestacionales a un tercero, aunque el intermediario mantenga frente al primero, la responsabilidad por la prestación. Si se subcontratara un contrato personalísimo, estaríamos frente a un incumplimiento contractual.

¹⁰ Las obligaciones del subcontratista de obra, han sido establecidas, con carácter general en el artículo 36 del Reglamento Nacional de Edificaciones.

iii) El consentimiento para subcontratar por parte del primer contratante, de modo que manifieste –expresa o tácitamente– a su contraparte original –ahora intermediario– la autorización para que pueda desdoblarse su posición contractual por vía de un nuevo contrato. No se trata de un consentimiento para el subcontrato negociado por el intermediario, sino de la aceptación adelantada de quien es parte en la relación originaria para que la prestación sea ejecutada por otra persona ajena, por lo que es un presupuesto necesario para que su contraparte recién pueda negociar un subcontrato. Se ha dicho, que no puede ser considerada como indispensable ese consentimiento previo para poder subcontratar, dado que el subcontratista no entra en relación con el contratista originario, y, por otro lado, el intermediario permanece bajo la responsabilidad de las prestaciones, aunque estén subcontratadas. No obstante, estas opiniones están influenciadas por la generalización de sus respectivos ordenamientos nacionales que permiten la subcontratación al amparo de la libertad contractual sin requerir el asentimiento del contratista originario (ej. arrendamiento). No obstante, el Código Civil peruano opta, en los casos que regula específicamente el subcontrato, en sentido favorable a que deba existir asentimiento previo del contratista originario para proceder a concertar un subcontrato, tal como sucede en las regulaciones específicas de la subcontratación en materia de arrendamiento (art. 1692 C.C.) y en materia de locación de obra (art. 1772 C.C.)

2.3. Las Características Jurídicas del Subcontrato

Afirma la doctrina que jurídicamente, el subcontrato posee las características de ser (i) un contrato derivado y dependiente de otro anterior al cual está conectado, (ii) es un contrato sucesivo, y, (iii) poseer el mismo contenido económico del contrato base.

La primera característica, es la de ser un contrato dependiente unilateral y funcionalmente del contrato base, en una conexión contractual presente permanentemente desde su inicio. En este sentido, “una de las características más importantes del subcontrato (...) es su dependencia respecto del contrato originario. Dependencia que se manifiesta tanto en el momento de su nacimiento de aquel convenio, como durante su cumplimiento e incluso a la hora de su extinción. (...) *“para nacer a la vida jurídica, el subcontrato necesita la existencia de un contrato principal y autónomo del que tomar su naturaleza y su objeto (total o parcialmente), pero también a lo largo de su ejecución el subcontrato se sustenta en dicho contrato originario, ya que debe ser cumplido por el subcontratante tal y como se convino en el primer acuerdo que actuaría el contratante intermedio. Y, además, en lo relativo a su extinción, el subcontrato*

(aunque puede desaparecer por causas propias) está ligado en todo caso a la eventual ineficacia del contrato que le sirve de base y apoyo”¹¹

Como segunda característica jurídica, tenemos que el subcontrato es un contrato lógico y cronológicamente sucesivo en el tiempo al contrato base y coexisten simultáneamente. Este es un antecedente indispensable no solo para la existencia del subcontrato, sino para su caracterización jurídica, ya que contienen el mismo objeto y contenido económico.

Finalmente, el subcontrato posee el mismo contenido económico, naturaleza y objeto que el contrato base. Por ello, se califica la relación entre el contrato base y el subcontrato como una de tipo filial, en la que el primero le imprime genéticamente su objeto, naturaleza y contenido económico. El contrato base y el subcontrato tienen un objeto común y una naturaleza jurídica homogénea dados por el tipo contractual al que pertenecen. No solo el contrato base le proyecta en el subcontrato, su naturaleza consensual, bilateral, onerosa o conmutativa, sino también el tipo de contrato mismo, de modo que un contrato base de suministro, se desdoblará en un subsuministro y de un contrato base de obra se derivará un subcontrato de obra.¹² En este sentido, coincidimos con **LOPEZ FRIAS**, cuando indica que *“(...) Como resulta evidente, el subcontrato solo existe en la medida en que se ha concluido un acuerdo principal que proporciona a aquel sus elementos esenciales y definidores. Así por ejemplo, si se subcontrata el transporte de una mercancía, el subcontrato contribuirá a alcanzar el mismo resultado (traslado del objeto de un sitio a otro) que persigue el contrato originario, y deberá realizarse en las condiciones (ruta a seguir, momento y lugar de entrega) pactadas en dicho convenio”¹³*

Pero esta homogeneidad entre el contrato base y el subcontrato, esta referida al aspecto cualitativo de la prestación base que se desdobla y transfiere al subcontratista, mas no al aspecto cuantitativo del mismo (por ejemplo, transferir una prestación menor cuantitativamente hablando a la asumida frente al contratante original). Por ello tiene razón, **MASNATTA** cuando advierte que *“el contrato derivado debe tener el mismo objeto del contrato básico. Los derechos y las obligaciones de éste pueden ser modificados cuantitativamente -sin exceder sus límites-, pero no pueden transformarse cualitativamente”¹⁴*

3. Diferencias del Subcontrato con la Cesión de Posición Contractual y los Contratos de Aprovisionamiento de Medios

Para los fines de este ensayo conviene diferenciar, el subcontrato con dos figuras contractuales que guardan importancia con ocasión de la contratación

11 LOPEZ FRIAS, Ana; “Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal”. José María Bosch Editor, 199, Barcelona, p. 208 y 9.

12 Si no hubiera esta homogeneidad entre ambos, estaríamos frente a un subcontrato impropio. Así sucediera, si por ejemplo, un arrendador, diera en comodato el bien arrendado.

13 LOPEZ FRIAS, Ana; op. cit., p. 207.

14 MASNATTA, Héctor; “El subcontrato”. Serie Monografías Jurídicas No. 99, Bs. As., Abeledo Perrot, 1966. p. 41.

administrativa. Nos referimos a la cesión del contrato que podría realizar una de las partes contractuales y a los contratos de aprovisionamiento de medios que el contratista del estado puede realizar para cumplir con las prestaciones a que se ha comprometido.

3.1. El Subcontrato y la Cesión de Posición Contractual

Como aspectos comunes, la cesión de contrato y la subcontratación se muestran como fenómenos de ingreso de un tercero a una relación contractual preexistente generada sin su participación originaria, que inciden en el cumplimiento contractual de la relación básica. Sin embargo, poseen innumerables diferencias que las sintetizamos a continuación.

La cesión de posición contractual constituye un contrato típico que traspasa por uno de los contratantes (cedente) a un tercero (cesionario) de su íntegra posición jurídica (no sólo de su calidad de acreedor o de deudor) en un contrato base preexistente, por el que el cesionario pasa a vincularse directamente con el primer contratante (cedido) como sustituyente; y el cedente desaparece jurídicamente de la relación. Es decir, mientras en el subcontrato hay coexistencia de dos relaciones jurídicas contractuales (una primaria y otra derivada) pero ambas de contenido homogéneo (mismo contenido económico y naturaleza jurídica), en la cesión de posición contractual, hay sustitución de una unidad jurídica a otra.¹⁵ Por ello, la cesión constituye un contrato de tracto único: agota su ser en el acto mismo de transferencia; en cambio, el subcontrato lo es de tracto sucesivo, con cumplimiento duradero en tiempo¹⁶:

En un modo más explícito, el maestro **DE LA PUENTE Y LAVALLE**¹⁷ nos informa –apoyado en los textos de ALTERINI y REPETTI– que entre el subcontrato y la cesión de posición contractual existen las siguientes diferencias:

- a. La cesión permite el ingreso del cesionario en la relación contractual primitiva; en el subcontrato, el subcontratista no integra esta relación, –ni es tampoco necesario que la integre– ya que no habiendo en rigor un “cedido”, no es menester su consentimiento.

- b. El presupuesto de eficacia del contrato de cesión es que las tres partes –cesionario, cedente y cedido– deben participar en el contrato; en el subcontrato, son solo dos partes: uno de los contratantes originarios, y el subcontratista.

- c. En la cesión, la relación contractual básica es una sola, y a ella se ingresa; en el subcontrato se forman dos situaciones jurídicas diferentes: una contractual primigenia, y otra, entre uno de los contratantes de esa relación, y el subcontratista. Este no entra a formar parte de la primera relación originaria, sino que constituye una nueva.

3.2. El Subcontrato y los Contratos de Aprovisionamiento de Medios para el Cumplimiento de la Prestación

No quedaría plenamente delimitado el fenómeno de la subcontratación sino lo diferenciamos de otras figuras contractuales próximas y muy usuales en el ámbito de las contrataciones de objeto complejo, como son la mayoría en la contratación administrativa. Nos referimos al conjunto de contratos de diversas naturaleza y objeto que el contratista intermedio puede realizar con personas naturaleza o jurídicas para proveerse a sí mismo, de los medios necesarios para cumplir con la o las prestaciones a su cargo frente al contratista originario. Por ejemplo, el empréstito para proveerse de fondos para afrontar la obra, la contratación de personal para realizar las prestaciones, la adquisición de equipos que serán suministrados a la entidad, o las materias primas para producir el bien requerido por la otra parte, etc.

Si bien la doctrina administrativa comprendió dentro del término lato de subcontratación administrativa a esta figura¹⁸, la moderna doctrina ha realizado el deslinde conceptual necesario. Como bien afirma al respecto, Roberto **Dromi**, “*No todo convenio celebrado por el contratista con un tercero, respecto del cumplimiento del contrato principal, implica un subcontrato, ni menos aún una cesión. Así, no son subcontratos los acuerdos que el contratista realice con terceros para proveerse de fondos que faciliten la ejecución del contrato, o con las personas que trabajan a destajo, o con sus proveedores*”.¹⁹

15 Las diferencias entre ambas figuras, es analizada desde la óptica administrativa por DROMI, en los siguientes términos “El subcontrato difiere de la cesión, ya que en el primero el contratista de la Administración sigue siendo el responsable directo de la ejecución contractual. El subcontratista no se convierte en parte del contrato principal, ni sustituye al contratista de la Administración. El subcontrato solo toma en cuenta la ejecución por un tercero de una fracción o de un elemento del objeto del contrato principal. En la cesión del contrato, el cesionario ingresa en la relación contractual primitiva en calidad de parte sustituyente; en la figura del contrato derivado, también denominado subcontrato, el subcontratante o subcontratista no integra la relación básica sino que, por el contrario, se forman dos relaciones o situaciones jurídicas diferentes: una originaria o primigenia, el contrato base y otra derivada o subcontrato” DROMI, Roberto; La Licitación Pública, p. 522.

16 GARCIA AMICO, Manuel; “La cesión de contratos en el derecho español” Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 85.

17 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; “El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XV, Segunda Parte – Tomo V, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 43.

18 Por ejemplo, cuando JEZE describe la prohibición de subcontratar prestaciones de contratos administrativos afirma que “El subcontrato es, muy a menudo, indispensable en la práctica. Es muy raro que un mismo empresario o proveedor pueda, por sí mismo, solo con sus recursos, cumplir integralmente el contrato. Veamos, por ejemplo, un suministro de automóviles. El proveedor, titular del contrato, deberá entenderse con fabricantes de neumáticos, de cristales, etc. para poder cumplir el pedido. El no fabrica todo. Deberá también, procurarse las pinturas, géneros, telas, etc. etc., necesarios para la carrocería de los vehículos, etc. Se verá forzado, pues, a celebrar subcontratos. La misma comprobación se haría respecto a una obra pública. El empresario, titular del contrato, deberá tratar con otros proveedores, para obtener los materiales, máquinas y herramientas, necesarios para la ejecución”. JEZE, Gastón; “Principios Generales del Derecho Administrativo”, Tomo IV, Primera Parte, Editorial Depalma, 1950, p. 211.

19 DROMI, Roberto; La Licitación Pública, p. 523.

Evidentemente estos contratos tienen peculiaridades que los aproxima al subcontrato, tales como, su carácter sucesivo en el tiempo respecto al contrato base y estar funcionalmente dirigidos a permitir el cumplimiento del mismo, sin embargo no están jurídicamente derivados del contrato base manteniendo independencia jurídica frente al primero, y no están sujetos al deber de poseer el mismo contenido económico del contrato base. Nótese que para la procedencia de esta diferencia es necesario apreciar si el contrato base es uno de medios (ej. si la prestación del contratista es tanto producir y entregar un determinado número de productos o bienes) o simplemente uno de fines (ej. solamente entregar los productos o bienes), ya que el escenario para la procedencia de los contratos de aprovisionamientos se vera restringido en los contratos que son de medios, por lo que en caso el contratista convoque a un tercero para producir el bien, estaremos frente a una subcontratación.

Por tanto, los contratos que pueda o deba realizar el contratista intermedio para cumplir con sus prestaciones, en principio no constituyen una modalidad de subcontrato, sino la actividad ordinaria del proveedor o contratista para poder cumplir sus prestaciones.²⁰ La mencionada posición ha sido confirmada por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en la Resolución No. 608/2004.TC-SU, en el que estableció que no constituye subcontratación, aunque las partes así lo hubieren denominado, al contrato de aprovisionamiento de maquinarias y equipos para la ejecución de la obra si la prestación fue ejecutada directamente por el contratista:

“Sobre el particular este Colegiado advierte que el denominado “subcontrato de obra” suscrito entre el Contratista y la empresa Constructora (...), con prescindencia de su denominación, tenía por objeto que aquélla se agenciase de las maquinarias y equipos necesarios para la ejecución de la obra y no la realización ésta en sí, atendiendo a que el equipo mecánico se alquiló por horas de trabajo, según consta en presupuesto de obra ofertado por el Contratista y aprobado por la Entidad. Abona en ese sentido lo dispuesto por el numeral 12.3 - G de las bases cuando señala que “el Postor deberá indicar a manera de declaración jurada, si el equipo es propio debiendo presentar documentos sustentatorios y si es alquilado presentar la carta de Compromiso de alquiler”, contemplándose de forma expresa la posibilidad de que la Contratista alquilase la maquinaria necesaria para ejecutar la obra solicitada por la Entidad. Asimismo, en autos obra la Constancia emitida por el

supervisor externo de la obra, mediante el cual señala que “en el desarrollo de la obra no se realizó ninguna subcontratación y que el equipo mecánico fue alquilado por horas” En este sentido, este Colegiado considera que la Contratista no contrató con la empresa (...), la realización parcial y menos total de la obra de “Rehabilitación del camino vecinal: Huacurragra – Llata (Primera Etapa), departamento de Huanuco”, en razón a que la mencionada obra fue ejecutada por la Contratista en su totalidad, no infringiéndose lo estipulado en la cláusula vigésimo tercera, numeral 2 del contrato de Obra N° 592-2003-MTC/21, ni lo dispuesto por el literal e) del artículo 205 del Reglamento”.

“(…) los contratos que pueda o deba realizar el contratista intermedio para cumplir con sus prestaciones, en principio no constituyen una modalidad de subcontrato, sino la actividad ordinaria del proveedor o contratista para poder cumplir sus prestaciones.”

Con similar tesis se manifestó el mismo Tribunal en su Resolución N° 1061/2003.TC-S1, con relación al subcontrato de suministro, estableciendo que no constituye subcontratación el aprovisionamiento de los bienes por otras empresas dado que la prestación debida en el suministro era la entrega y no la producción del bien:

“3. De los términos contractuales del compromiso suscrito entre (...) y la Entidad queda claro que la calidad de fabricante era irrelevante para efectos del debido cumplimiento de las obligaciones contraídas, puesto que no se había contratado la fabricación u elaboración de gasas quirúrgicas, sino el debido abastecimiento de ellas, dentro de las adecuadas condiciones de calidad e higiene inherentes a la naturaleza del producto.

En este sentido, la firma habría incurrido en un supuesto de subcontratación si hubiese encargado a terceros el abastecimiento

20 En materia de contratación administrativa, esta posición es compartida por CONSUMCODE, para quien “Sólo estaremos frente a una subcontratación de obra en caso que el contratista contrate a un tercero para que realice parte de la obra, entendiendo 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”. (Informe No. 14-2004-GTN Subcontratación de contrato de obra sin autorización previa de la Entidad).

de dichas gasas quirúrgicas a ESSALUD, es decir si hubiese delegado en otros, total o parcialmente, la entrega de los productos materia del contrato de tal manera que aún siendo la firma adjudicataria de la Buena Pro - obtenida conforme a las cualidades exigidas en las Bases-, sea otro el que satisfaga el suministro pactado.

4. Una interpretación contraria a lo expuesto en el acápite anterior, nos llevaría al absurdo de identificar el contrato de suministro con la obligación del suministrante de participar en todas y cada una de las etapas de elaboración del bien que vende, hecho que no se condice con la naturaleza de dicho contrato ni mucho menos con el carácter interdependiente de las cadenas de producción o del uso de materias primas o componentes que no necesariamente deben tener un mismo origen. De este modo, y sólo por citar algunos ejemplos, habría que exigir que aquellos que suministren automóviles, maquinarias o vestimenta, sean los fabricantes de dichos productos y que hayan elaborado cada uno de sus componentes”.

4. El Subcontrato en la Contratación Administrativa

4.1. Sobre la Compatibilidad de la Subcontratación con el Carácter Personalísimo del Contrato Administrativo

La doctrina administrativa tradicional ha afirmado el carácter personalísimo (intuitu personae) de los contratos administrativos²¹ en el entendido que cuando el Estado contrata con un determinado proveedor o contratista lo hace por que posee una serie de particularidades individuales evidenciados en los procesos de selección que imposibilitan que otra persona pueda sustituirlo. Por esta naturaleza personalísima del contrato administrativo, la doctrina deriva la regla de la intransferibilidad o incesibilidad de los contratos celebrados con la Administración Pública²². Testimonia esta posición, la doctrina francesa expuesta por JEZE, cuando enseñaba que, *“En los contratos administrativos propiamente dichos, la regla es que las obligaciones a cargo del contratante debe cumplirlas el mismo y no otro. La Administración ha elegido su co-contratante en razón de sus cualidades personales. Este último colabora en un servicio público, y esta colaboración tiene carácter personal: no se trata de una prestación que cualquier individuo puede proporcionar en lugar del contratante”*²³

Desde una perspectiva contemporánea la doctrina ha puesto en cuestión esta peculiaridad absoluta de

la contratación administrativa. En esta orientación encontramos por ejemplo, a **GARCIA TREVIJANO** cuando se pregunta *“(…) Hasta que punto es viable que tras el complejo procedimiento garantista preciso para designar al contratista, pueda sustituirle una tercera persona en parte de la ejecución del contrato (subcontrato) o incluso llegue a desligarse complementamente del contrato ya perfeccionado mediante la sustitución por un tercero –cumpliendo determinados requisitos- en su posición contractual (cesión del contrato). En definitiva, cabría preguntarse si las citadas figuras jurídicas (cesión y subcontratación) son compatibles con el principio de licitación pública, o si constituyen en realidad un falseamiento de dicho principio”*²⁴

En nuestra opinión, el alegado carácter personalísimo del contrato administrativo derivado del procedimiento de selección seguido para individualizar al contratista proviene de un sobredimensionamiento del término “personalísimo”. Como se recuerda, un contrato intuitu personae es aquel que la consideración de la persona del otro contratante, es para el otro, el elemento determinante para su celebración, por lo que solo él y no otro puede efectivamente cumplir la prestación asumida. Este es una peculiaridad solo de algunos contratos excepcionales.

Por cuestión de principio, la selección del contratista se realiza no en consideración de la persona que acude al llamado de una licitación, sino de las bondades de la propuesta técnica y económica presentada dentro de un proceso competitivo y abierto, y como consecuencia de su evaluación y selección objetiva (no subjetiva) por parte de la Administración. Siendo la imparcialidad un imperativo fundamental para la legitimidad del actuar de la Administración, es indispensable que la elección del contratista sea adoptado en atención a la convergencia de criterios técnicos y objetivos que permitan discriminar entre los postores, pero nunca en función de quién es el postor, sino de los atributos que logra evidenciar objetivamente a través de su oferta.

Lo que si existe, en todos los casos, es una obligación personal (no personalísima) del postor adjudicatario de cumplir la prestación frente al convocante, que deriva del proceso de selección objetivo llevado a cabo y no de una apreciación subjetiva de la persona postora. Como bien establece **JUSTEN FILHO**, *“Os particulares sao examinados sob criterios objetivos, mesmo na dase de habilitacao. Ultrapassada esta, seleciona-se a melhor proposta e o julgamento nao se relaciona com qualquer elemento subjetivo. Dai deriva que o contrato administrativo nao apresenta vinculo psicologico entre as partes. A Administracao pretende receber a prestacao a que se obrigo o particular. A execucao da prestacao pelo proprio contratado nao se impoe como exigencia meramente subjetiva da Administracao e o recebimento*

21 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas Ramón; “Tratado de Derecho Administrativo”, p. 759.

22 BERCAITZ, Miguel Angel; Teoría General del Contrato Administrativo, p. 354; MARIENHOFF, Miguel; Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, p. 317; FIORINI, Bartolomé A.; Derecho Administrativo, p. 605 y sgte.

23 JEZE, Gastón; op. cit., p. 203.

24 GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, La Cesión del contrato administrativo. La subcontratación”, Cuadernos Civitas, 1997, p. 16.

da prestacao ofertada na proposta vencedora. A identidade do executante da prestacao ate pode ser irrelevante, desde que o contratado se responsabilize pela perfeicao do adimplemento".²⁵

En las propuestas existen elementos absolutamente objetivos y desvinculados de la persona que los ofrece, como los referidos a los objetos de la convocatoria (ej. tipo de bien, plazo de entrega, garantía de postor o fabricante, mejoras, etc.) y el precio. Para el interés de la Administración, debería resultar irrelevante que estas particularidades de la oferta, sean ejecutadas por el postor elegido o por un tercero. Pero, la oferta también contiene factores de origen personal del postor, tales como: los acreditativos de la capacidad jurídica para ser postor (ej. inscripción en registro de proveedores, ausencia de sanciones, solvencia económica, etc.) los referidos a sus antecedentes en el mercado (experiencia) y los referidos al personal o equipo propuesto (experiencia en la especialidad, en caso de servicios). Respecto a estos últimos, no estamos frente a elementos apreciados subjetivamente por la administración, sino a partir de la competencia con otros postores y conforme a lo que ha podido probarse en el proceso de selección. Por ello, tampoco llegan a constituir obstáculos para que el contratista transfiera a un tercero la ejecución material de parte de las prestaciones, máxime cuando el contratista mantiene la responsabilidad por la prestación. Lo que si resulta necesario, es tener en cuenta estos factores evaluados objetivamente en la propuesta, para llegado el momento de una subcontratación, estar en condiciones de apreciar el mantenimiento de esas condiciones en el subcontratista, con el objeto de aminorar los posibles riesgos de dicha operación para el interés público.

Por eso participamos del planteamiento de **GARCIA TREVIJANO** cuando afirma que *"cuando la Administración adjudica un contrato administrativo a un particular (y salvo que se trate de prestaciones que deban necesariamente ser cumplidas de manera directa por el contratista) habrá tomado en consideración –y esto es lo trascendental- la oferta formulada por quien finalmente se convirtió en adjudicatario. La circunstancia de que materialmente el contrato sea ejecutado en su totalidad por el contratista o solo parcialmente, es algo que, salvados los citados supuestos en los que se pacten prestaciones personalísimas, carece estrictamente de interés para la Administración (lo que no obsta para que*

*deba tener conocimiento de su existencia) toda vez que el contratista sigue siendo el responsable directo de la ejecución del contrato, que es quien infundió confianza en la Administración al acordar la adjudicación a su favor"*²⁶

No podemos dejar de advertir que en el ámbito de la contratación administrativa existen algunos contratos de naturaleza necesariamente personalísima, en los que es correcto que no proceda la figura de la subcontratación. Es el caso, en nuestro ordenamiento de las compras estatales, de los contratos celebrados vía exoneración por servicios personalísimos²⁷, de los contratos celebrados entre entidades estatales²⁸ o, en general, de los contratos de personal para ejercer función pública. Aquí, solo el contratista de una prestación personalísima puede dar cumplimiento a la prestación a que esta convenida.

4.2. El Surgimiento de la Necesidad de Subcontratar en el Contratista del Estado

Dada la complejidad y volumen de las prestaciones requeridas por las entidades resulta sumamente frecuente que los contratistas del Estado recurran a la subcontratación como un mecanismo adecuado para el mejor cumplimiento de las prestaciones generadas por los contratos. Incluso en los contratos de suministro de grandes volúmenes de bienes o de obras altamente complejas, la labor del contratista se muestra en forma creciente como un coordinador de subcontratistas.

Como habíamos adelantado, un contratista acude a la subcontratación como un mecanismo para dar un más adecuado cumplimiento al contrato inicial en los términos pactados –plazos o calidades- en favor de su acreedor cuando por ejemplo, el subcontratista se encuentre en mejores condiciones técnicas que el intermediario de cumplir con la prestación comprometida (subcontratación de especialidad) o cuando para el intermediario el cumplimiento de la prestación comprometida dentro del plazo requerido le sea poco probable o demasiado gravoso para sus intereses (subcontratación por capacidad). En la contratación estatal, no resulta compatible admitir, que la decisión del contratista intermediario se fundamente en que le resulte más económico o rentable externalizar la actividad para explotar en su beneficio la posición jurídica obtenida en el contrato con el Estado, satisfaciendo sus intereses fundamentalmente

25 JUSTEN FILHO, Marcal; "Comentarios a Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Dialectica, Novena Edición, Sao Paulo, 2002, p. 516.

26 GARCIA-TREVIJANO, Ernesto; op. cit., p. 18.

27 Reglamento,

Art. 145.- Servicios personalísimos

(...)

Las prestaciones que se deriven de los contratos celebrados al amparo del presente artículo no serán materia de subcontratación.

28 Reglamento.-

Artículo 139.- Contratación entre Entidades

La contratación directa entre Entidades procede únicamente bajo las siguientes condiciones:

1) Que la adquisición o contratación resulta más favorable y ventajosa en comparación con los precios del mercado, siempre y cuando ello no sea el resultado del uso o aprovechamiento, por parte de la Entidad proveedora, de ventajas o prerrogativas derivadas de su condición de Entidad del Estado que supongan colocar en situación de desventaja a los otros proveedores de los mismos bienes, servicios y obras;

2) Que, en razón de costos de oportunidad, resulta más eficiente adquirir o contratar con otra Entidad; y

3) Que la adquisición resulta técnicamente idónea y viable.

(...)

Los contratos suscritos al amparo de la presente causal de exoneración no admiten subcontratación ni cesión de derechos o de posición contractual.

económicos a través de la retribución que recibe del subcontratista (subcontratación por razones económicas del contratista). Admitir ello, supondría habilitar a los adjudicatarios puedan obtener ventajas económicas con recursos presupuestales.

En la contratación administrativa, no tenemos un momento determinado para el surgimiento de la necesidad del subcontrato para el contratista, como sucede en algunos otras regímenes legales, en los que admiten la subcontratación solo si es contenida en la propuesta técnica como parte del diseño del cumplimiento de la prestación. En este sentido, el aún postor puede tenerlo ya previsto e identificado desde el momento de su propuesta (como parte del diseño del proyecto), o devenir su conveniencia posteriormente, si surgiera como una necesidad por los términos del contrato, la complejidad de las prestaciones o lo ajustado del cronograma de cumplimiento del servicio. Lo que si el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ha dejado establecido que el subcontrato constituye una figura incompatible entre los postores que conforman un solo consorcio, como lo dejó establecido en el Resolución N° 550/2004.TC-SU:

“(…) Al margen de la legalidad o procedencia de la subcontratación, que no es el asunto en debate en el presente caso, lo cierto es que dicha figura jurídica no se condice con la naturaleza del consorcio conforme a lo antes expresado, en vista de no tratarse del mecanismo idóneo ni pertinente para viabilizar las obligaciones a las que se comprometen los integrantes de un consorcio. En efecto, considerando que la vocación de ambos consorciados es relacionarse directamente con la Entidad, aportando a dicho contrato asociativo las habilidades, aptitudes o destrezas de cada cual a fin de conformar una sola unidad económica -sin constituir propiamente una persona jurídica distinta de ellos-, carece de todo sentido y necesidad que uno subcontrate al otro, no sólo porque no puede asumirse como válida la dudosa premisa de que ya se obtuvo la autorización previa indispensable sino porque, además, el consorciado supuestamente subcontratado ya se habría vinculado con esa Entidad merced del contrato celebrado con la finalidad de aprovisionarle de los medicamentos con los que requiere contar, adquiriendo frente a él derechos y responsabilidades que no caben en una subcontratación”.

Más bien, del tenor de la comunicación aludida, se observa que las obligaciones que ha asumido una de las consorciadas, (...), carecen de un basamento objetivo al sostener en diversos párrafos que dicho compromiso «se cumplirá mediante la subcontratación del servicio de importación y almacenaje», así como que «para cumplir con estas obligaciones sin quebrantar las bases y los dispositivos legales es que fue necesario» aplicar «la modalidad de subcontratación». Entonces, siguiendo el mismo razonamiento que el consorcio plantea, puede sostenerse válidamente que la empresa (...) sólo podrá cumplir con las obligaciones a su cargo si y solo si subcontrata a su consorciado (...), por lo que dicha subcontratación se convierte en una condición sine qua non para el cumplimiento de las obligaciones que, empero, ya ha asumido. (...)”

4.3. Las Condiciones para la Procedencia del Subcontrato Parcial de un Contrato Administrativo

Nuestra normativa habilita directamente a los contratistas del Estado a subcontratar parte de sus prestaciones asumiendo la posición doctrinaria que califica a los contratos administrativos de cumplimiento personal pero no personalísimos. No obstante, la normativa, también habilita, en una suerte de deslegalización de la prohibición, a las propias entidades administrativas para que, apreciando casuísticamente las particularidades de cada contrato, puedan prohibir la subcontratación de modo absoluto o de manera parcial respecto a alguna prestación en particular (ej. si declara subcontratables sólo las prestaciones accesorias o complementarias, o, siendo específico, identifica las partidas de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas)²⁹ y consignarlo así en las bases convocadas a proceso, o como sucede, por lo general, en el modelo de contrato que conforma las bases. De ahí, que no pueda afirmarse que en nuestro ordenamiento, el contratista cuente con un derecho absoluto a subcontratar parte de sus prestaciones, dado que de un lado dependerá de lo que cada entidad incluya en sus pliegos, y, de la otra, cuando los pliegos de habiliten expresamente, o, en vía supletoria por imperio de la norma, quedara sujeta a la necesidad de obtener la aprobación específica de la entidad respecto al proyecto de subcontrato.

La única consideración legal relevante para esta restricción a la subcontratación, es que la prohibición sea “*expresa*”; lo que a nuestro criterio se logra no solo mediante una explícita limitación a subcontratar, sino

29 Al respecto, la doctrina afirma “Cuestión distinta es que la Administración predetermine en el contrato principal que determinada prestación no pueda subcontratarse, posibilidad perfectamente admisible en derecho, por la aplicación del viejo aforismo de que quien puede lo mas puede lo menos; si en el contrato principal la Administración puede excluir expresamente la subcontratación, nada impide que dicha exclusión sea solo parcial (es decir, que afecte solo a alguna de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato mismo)” GARCIA TREVIJANO y GARNICA; op. cit., p. 105.

30 En una posición mas prudente, Contrariamente a nuestra posición, CONSUCODE considera que es necesario precisar los alcances de la cláusula contractual, cuando solo expresa una prohibición de transferencia de contrato sin mayor explicación adicional. En efecto, en el pronunciamiento No. 290-2005-GTN, este organismo afirmó: “La Cláusula Décimo Séptima del modelo de contrato establece que el contratista no podrá transferir parcial ni totalmente su contrato, salvo autorización expresa de la Entidad. De la redacción de la precitada cláusula no se desprende si con “transferencia total y/o parcial del contrato”, la Entidad se refiere a la posibilidad de subcontratación regulada por el artículo 208° del Reglamento o si, por el contrario, está refiriéndose a los supuestos de cesión contractual o cesión de derechos contemplados por el artículo 209° del Reglamento. (...) **En este sentido, corresponde al Comité Especial efectuar las precisiones del caso, definiendo a qué se refiere la referencia a “transferencia total y/o parcial del contrato”, debiendo suprimir la misma en tanto se refiera a la posibilidad de efectuar una cesión de posición contractual.**

también referencialmente, si la entidad ampliamente indica que los derechos y obligaciones del contrato no pueden cederse o transferirse, ya que la subcontratación implica la transferencia de prestaciones³⁰. Lo que si es indudable que conforme lo ha explicitado CONSUCODE, la apreciación de si las prestaciones del contrato pueden ser objeto de subcontratación, es una decisión de competencia institucional en función de la mayor o menor trascendencia que sea el contratista mismo quien ejecute las prestaciones objeto del contrato, que no puede ser objeto de cuestionamiento vía observación a las bases.³¹

“(...) la aprobación previa a cargo de la administración no es una declaración de mero trámite, sino una expresión de conformidad de la entidad con los términos en que se plantea el desdoblamiento de la prestación y respecto de quien se pretende sea el subcontratista.”

Esto sí, en caso de silencio de parte de la administración sobre este tema, se considerara que el contratista podrá subcontratar las prestaciones a su cargo hasta el límite señalado por la ley, sujeta a la aprobación que la entidad le otorgue posteriormente.

Las condiciones para que proceda la subcontratación en contratos administrativos son los siguientes:

i) La aprobación Previa de la Entidad Contratante

Para la validez de la subcontratación, el contratista del Estado interesado en desdoblar la prestación a su cargo, deberá acudir ante la entidad con la cual ha concertado el contrato para solicitarle³² la aprobación de dicha

acción, previa a la eficacia del acuerdo con el tercero. Por su parte, la entidad contratante deberá proceder a analizar el pedido durante el plazo máximo de cinco días hábiles, para a través del funcionario competente (por lo general, quien suscribió el contrato a nombre de la entidad) declare su conformidad o inconformidad de la subcontratación. Si transcurre el plazo aludido sin pronunciamiento expreso de la entidad, la subcontratación quedará aprobada fictamente, en virtud de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 208 del Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. La Ley no dispone específicamente cuando debe presentarse la solicitud ante la entidad, pero debe entenderse que debe ser siempre previamente a la celebración del acuerdo con el subcontratista.

Ahora bien, no se trata de una mera comunicación o puesta en conocimiento a la entidad, sino de un real petitorio para obtener la conformidad del subcontrato, pues de no hacerlo o hacerlo contrariando la decisión de la administración, la acción estará viciada de nulidad y el infractor pasible de sanción administrativa. Del mismo modo, la aprobación previa a cargo de la administración no es una declaración de mero trámite, sino una expresión de conformidad de la entidad con los términos en que se plantea el desdoblamiento de la prestación y respecto de quien se pretende sea el subcontratista. Para el efecto, el solicitante deberá explicitar ante la administración la voluntad de subcontratar, identificar las prestaciones objeto de esta acción, como se computa su valor para efectos de identificar su incidencia en el contrato principal, y revelar quién será el subcontratista y los términos técnicos y económicos en que se plantea esta acción contractual.

Por su parte, la conveniencia de la subcontratación administrativa –a efectos de su aprobación– debe ser avalada, caso por caso, por la Administración, con la comprobación tanto de su viabilidad jurídica y física como el nivel de satisfacción que se estima que la subcontratación reporte al interés público, con la finalidad de evitar o minimizar ciertos riesgos implícitos en toda subcontratación³³ En este sentido, es correcto afirmar como lo hace **Dromi**, en el sentido

31 Pronunciamiento No. 20-2005-GTN “Sistema de atención al cliente” - adquisición de soluciones informáticas (software, servicios de ad OBSERVACIÓN N° 01: El observante cuestiona que en el presente proceso de selección no se permita la subcontratación de parte de las prestaciones de cargo del contratista, toda vez que a través de esta medida se logra la prestación de un servicio más eficiente, con personal especializado y a precios competitivos, buscando de esta manera el beneficio de la Entidad.// PRONUNCIAMIENTO: (...) NO ACOGER la observación. **De conformidad con lo dispuesto por el artículo 38° del Reglamento, constituye facultad de la Entidad establecer en las Bases la posibilidad de subcontratar algunas de las prestaciones objeto del contrato, siempre y cuando dichas prestaciones se encuentren enmarcadas dentro de lo establecido en el artículo 120° del mismo cuerpo legal.**

Pronunciamiento No. 105-2002-GTN Servicio de cobranza en centros autorizados de SEDAPAL. OBSERVACION 2: subcontratación. El observante señala que la posibilidad de tercerizar servicios debe alcanzar a todas las especificaciones técnicas y no solo a determinados servicios. // PRONUNCIAMIENTO: **no se acoge la observación puesto que el artículo 120° del Reglamento ha precisado los supuestos en los cuales se permite la subcontratación siendo potestad exclusiva de la entidad aprobarla, asimismo es su derecho determinar en que casos y que actividades podrán ser concertadas con terceros, en función de sus objetivos y necesidades y siempre que en su conjunto no superen el 60% del contrato original.**

32 Pronunciamiento No.318-2005-GTN Ejecución de la obra de mantenimiento periódico de la Carretera Panamericana Sur. (Idem Pronunciamiento 217-2005-GTN).

“la autorización de subcontratar debe ser otorgada por la Entidad y no por el CONSUCODE; adicionalmente, la obligación de solicitar la aprobación de la Entidad para subcontratar se encuentra a cargo del contratista principal y no a cargo del subcontratista, precisándose, inclusive, que aquél es el único responsable de la ejecución total del contrato frente a la Entidad”.

33 JUSTEN FILHO, Marçal; Comentarios a Lei de Licitacoes e Contratos Administrativos”, Dialectica, Novena Edición, Sao Paulo, 2002, p. 517.

que "(...) la autorización de la entidad procede cuando los subcontratistas reúnan las condiciones deseadas por la Administración y además constituya una notoria ventaja para el Estado"³⁴

De este modo, el análisis de la entidad para aprobar o desaprobar la subcontratación debería comprender además de los requisitos previstos en el artículo 208 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aspectos trascendentes, como: i) Analizar la calificación del subcontratista, para que no sea menor a la experiencia empresarial del contratista; ii) Analizar la equiparidad del equipo del subcontratista con el ofrecido por el contratista intermediario para adjudicarse el contrato; iii) Analizar las condiciones económicas en que se relaciona con el subcontratista, entre otros aspectos.

Es importante tener en cuenta que el derecho comparado³⁵, se hace explícita mención a la necesidad que el pedido de aprobación se acompañe los términos del acuerdo económico arribado con el proyectado subcontratista, de modo de cautelar que las condiciones no sean más desfavorables a las pactadas con la entidad y el contratista intermediario, de modo que puedan esconderse una subcontratación en función de la economía del contratista, en la que lucre con su posición contractual, incluya condiciones de pago leoninas o con precios temerarios que no aseguren la calidad y oportunidad de la prestación. Debemos recordar que el contratista tiene un estatuto jurídico de colaborador con el interés público que no resulta compatible – a diferencia del contrato y el subcontrato privado- con un rol de gestor de subcontratos con un doble beneficio: la contraprestación que el Estado tiene en su favor, y el derivado de las operaciones financieras con el subcontratista (ej. reducción de precios, diferencias en los plazos de cobro y pago a los subcontratistas, etc.). Con la autoridad que su trayectoria les prodigan, los maestros españoles **GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ**, afirman la necesidad de medidas administrativas que de "*elemental justicia que pretenden evitar que el subcontrato pueda convertirse en un negocio para aquél (el contratista intermediario)*"³⁶

No consideramos correcta la tesis que afirma que a la Administración, le es indiferente con quien se subcontrate y en que términos se haga, pues –según

afirman- el subcontrato es un contrato privado en el que no participa la administración, y porque el contratista intermediario siempre será quien responda frente a la entidad por el cumplimiento de todas las prestaciones.³⁷ Compartimos, por el contrario, la tesis del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones en el sentido que "*Aunque la subcontratación supone una relación privada entre el contratista y subcontratista, en vista de su índole accesoria y de que procede de un contrato público (en el que está involucrada la utilización de recursos públicos para el cumplimiento de los fines estatales), requiere necesaria e ineludiblemente para su procedencia, de la aceptación expresa de la Entidad, manifestada de manera indubitable*".³⁸

ii) El Límite Cuantitativo de 60% del Monto Original del Contrato para las Prestaciones Subcontratadas

En el ordenamiento nacional no se permite la subcontratación de todas las prestaciones a cargo del contratista intermediario, por la confusión que produciría operativamente con la figura de la cesión de posición contractual que esta prohibida. Por ello, la subcontratación es solo parcial, respecto a no más de aquellas prestaciones que en conjunto representen el 60% del valor total original del contrato adjudicado por la entidad.³⁹

Teniendo en cuenta la naturaleza cuantitativa de este límite, corresponderá al contratista determinar dentro de este límite cuales partidas concretas subcontratará, y si recurra a más de una subcontratación simultánea de diversas partidas de las prestaciones a su cargo, sin que la entidad pueda observar esta decisión, salvo que la entidad hubiere calificado en las bases algunas partidas como personalísimas.

iii) La Habilidad del Subcontratista para Contratar con el Estado

El ordenamiento se preocupa por evitar que la subcontratación se convierta en un mecanismo para eludir las inhabilidades y sanciones administrativas depurativas aplicadas a los contratistas del Estado. Con este objeto se restringe razonablemente la libertad del contratista intermediario de elegir al subcontratista de su predilección, manteniendo la

34 DROMI, Roberto; Derecho Administrativo, p. 422.

35 La Comisión de la Comunidad Europea ha recomendado a los países Europeos "*adoptar las disposiciones necesarias para garantizar que se realice, en plazos razonables, el pago a los subcontratistas en el marco de los contratos públicos*" (Artículo 6 literal f) Recomendación de la Comisión de la Comunidad Europea 95/198 CE de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales). Dentro de este marco tenemos en Europa dos modelos que se orientan a dicha finalidad: i) El *modelo francés* que establece que la entidad pública no solo debe aprobar las condiciones económicas del contrato con el subcontratista sino que le corresponde pagar directamente al subcontratista, sin perjuicio de la relación que tiene con el contratista principal (artículo 2 de la Ley relativa a la subcontratación, modificado por Resolución n° 2000-916 de 19 de septiembre de 2000 art. 5 V Diario Oficial del 22 de septiembre de 2000 con entrada en vigor el 1 de enero de 2002); ii) El *modelo español* que establece legalmente las condiciones para los pagos a los subcontratistas, tales como plazos máximos para la conformidad y el pago por el contratista, la obligatoriedad del pago de intereses, la exigibilidad de acción cambiaria en favor del subcontratista en caso de retardo, etc. (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, art. 116).

36 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; y, FERNANDEZ, Tomás Ramón; op. cit., Tomo I, p. 760.

37 Esta tesis la plantea el profesor español Ernesto GARCIA TREVIJANO GARNICA, op. cit., p. 94.

38 Resolución N° 550/2004.TC-SU.

39 Pronunciamento No. 138-2004-GTN Contratación de los servicios de reparación menor de tanques, líneas y otros.

4. subcontratación. El artículo 120° del Reglamento señala que salvo prohibición expresa prevista en el Reglamento, en las Bases o en el contrato, el contratista podrá concertar con terceros la subcontratación de parte de sus prestaciones, siempre y cuando se cumpla que las prestaciones parciales que el contratista subcontrate con terceros no excedan del 60% de las prestaciones derivadas del contrato original. Conforme lo expuesto, se advierte que el porcentaje permitido para subcontratar será aplicado a la prestación total requerida y no a las prestaciones de cada una de las órdenes de trabajo emitidas por la Entidad.

exclusión de esta posibilidad para todos aquellos que no posean la habilidad para ser contratista del Estado por no encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Proveedores o por estar suspendidos o inhabilitados para contratar con el Estado.

Por tanto, el contratista del Estado que desee subcontratar parte de las prestaciones a su cargo deberá seleccionar al subcontratista, entre las personas inscritas ante el Registro Nacional de Proveedores y que no se encuentre inhabilitado para contratar con el Estado al momento de suscribir el subcontrato (incluso si la inhabilitación proviene de otra causal, tales como los mandatos judiciales). Es importante advertir que la norma no señala la necesidad que el subcontratista participe o no de la categorización de proveedor registrado análoga a la que corresponde al contratista original, lo cual deberá ser dilucidado por la práctica.

iv) La Condición de Capacitar y Transferir Tecnología a Subcontratistas Nacionales

La normativa nacional contiene una obligación complementaria aplicable a los contratistas extranjeros que deseen subcontratar sus prestaciones, la de comprometerse a capacitar y transferir tecnología a los contratistas nacionales. Para ello, el contratista deberá precisar en su oferta o en su pedido de autorización de la subcontratación, la forma como se desarrollara dicha capacitación o transferencia, los destinatarios y la forma de medición. En este último extremo, este compromiso será una obligación frente a la entidad pública, por lo cual su incumplimiento debe acarrear las consecuencias sancionadoras propias de la contratación administrativa.

v) La Preferencia de las PYMES y MYPES para ser Subcontratista

El artículo 208 in fine del Reglamento contiene un tratamiento diferenciado en favor de las pequeñas, medianas y microempresas sobre las demás empresas nacionales. Este artículo establece que "las subcontrataciones se efectuarán de preferencia con las micro y pequeñas empresas", aunque la normativa ha omitido establecer, algunos aspectos claves para el cumplimiento de esta preferencia. Ha sido necesario establecer en que consiste esta preferencia dada en términos generales, por ejemplo, si en todo caso en el que exista una PYMES o MYPES especialidad en determinada prestación deba ser la beneficiaria del subcontrato, o los mecanismos de sanción en caso de incumplimiento. En nuestra opinión, la apreciación de si la contratante intermedio elige o no a una MYPE o una PYME ameritaría ser analizada por la entidad contratante antes de aprobar la subcontratación.

4.4. La Responsabilidad del Contratista Intermediario por el Cumplimiento Total del Contrato Frente a la Entidad. La Potestad de Dirección y de Control de la Administración Respecto a la Situación del Subcontratista

Como no podría ser de otra manera, conforme a su propia naturaleza, la responsabilidad personal e intransferible frente a la administración por el cumplimiento oportuno, correcto y honesto de las prestaciones debidas a la administración competen al contratista original y no al subcontratista. La norma nacional indica que el único responsable de la ejecución total del contrato frente a la Entidad es el contratista y no el subcontratista.

"(...) la alegación en el sentido que la conducta determinante del incumplimiento del contratista fue el subcontratista, no puede ser estimada ya que la responsabilidad contractual incumbe solamente a quien tiene la relación prestacional con la administración."

En tal sentido, en caso de incumplimientos o vicios ocultos, la responsabilidad recaerá en el contratista, como si no hubiese habido subcontrato. Por ello, la alegación en el sentido que la conducta determinante del incumplimiento del contratista fue el subcontratista, no puede ser estimada ya que la responsabilidad contractual incumbe solamente a quien tiene la relación prestacional con la administración. Como bien ha señalado la jurisprudencia española, "(...) El contratista al comprometerse en los plazos de entrega de la obra debe valorar los actos que realiza para el buen fin de contrato, entre estos actos se encuentran los subcontratos, asumiendo el resultado de los mismos, y por tanto, su posible fracaso y debe tomar las medidas adecuadas para impedirlo, ya que en otro caso estos resultan desfavorables tendrá que afrontarlos como derivados de actos propios frente a la Administración lo que no impide que por su parte lógicamente pueda cubrirse frente al subcontratista con las garantías que estime convenientes, pero en ninguna forma puede intentar trasladar estos efectos desfavorables a la Administración achacándolos a actos de terceros".⁴⁰

No obstante la responsabilidad del contratista intermediario por el cumplimiento total del contrato frente a la Entidad, es menester apreciar si existe

40 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1990. Tomado de JIMENEZ APARICIO (Coordinador) "Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas". Segunda Edición, Aranzandi. España.

algún rol del contratante respecto a la situación jurídica del subcontratista. No nos referimos a la posibilidad de acción directa sobre el subcontratista para hacer efectivas las prestaciones desdobladas, que reconocemos imposible por la especial naturaleza del fenómeno subcontractual. Nos referimos a la posibilidad que la potestad de dirección y de control de la administración se pueda proyectar respecto a la situación del subcontratista, por ejemplo, respecto al cumplimiento de los pagos en su favor. Al respecto, CONSUCODE tiene establecido que "(...) *De otro lado, es pertinente indicar que la subcontratación no genera relación alguna entre el subcontratista y la Entidad, por lo tanto, no cabe que el subcontratista se dirija a la Entidad para reclamar respecto de algún tema relacionado a la ejecución del contrato*".⁴¹

A nuestro criterio, la posición expuesta por dicho organismo parte de la confusión de considerar que la exclusividad y centralidad de la responsabilidad del contratista intermediario frente a la Entidad determina que la administración solo puede relacionarse con aquel, sin advertir que de un lado, ha aprobado las condiciones de la subcontratación y, de la otra, que el interés público comprometido en la oportunidad y calidad de la ejecución del contrato estatal involucra también el cumplimiento de las relaciones contractuales dirigidas a la prestación material que va a satisfacer la elaboración de los bienes, la prestación de los servicios o la construcción de la obra, que ella requiere.

Si bien la Administración no puede convertirse en el garante de las relaciones contractuales sustituyendo a su contratista frente al subcontratista, compartimos el planteamiento de sectores de la doctrina en que la potestad de control y dirección de la entidad sobre la gestión contractual comprenda, en su aspecto financiero, el cumplimiento de las cláusulas relativas al pago de los subcontratistas autorizados por la administración, particularmente teniendo en cuenta en –de cumplirse la decisión de la ley– las pequeñas y medianas empresas serán las preferidas como subcontratistas. En estos casos, la administración tiene un compromiso ineludible derivado de haber autorizado la posibilidad de subcontratar, de la aprobación de los términos del subcontrato, y, cuando el subcontratista sea una pyme o mype, derivados de la previsión legal que les da la preferencia para serlo.⁴²

4.5. Los Ilícitos Administrativos Relativos a la Subcontratación

4.5.1. La Infracción Administrativa por la Subcontratación Indebida

La configuración del régimen legal del subcontrato administrativo no estaría completa si no advirtiéramos que la normativa nacional ha previsto como conducta sancionable la subcontratación indebida. El artículo respectivo del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, indica lo siguiente:

Artículo 294.- Causales de aplicación de sanción a proveedores, participantes, postores y contratistas.- El Tribunal impondrá la sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

7) Realicen subcontrataciones sin autorización de la entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento

Los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las causales establecidas en los incisos 3), 7), 8), 9) y 10) precedentes, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado, por un periodo no menor de tres meses ni mayor de un (1) año.

Comprendemos dentro de la subcontratación indebida, y por ende, sancionable administrativamente, dos conductas distintas:

- La subcontratación sin autorización de la entidad (sea por que en las bases estuvo prohibida, o por que habiendo admitido su posibilidad, la propuesta de subcontratación hubiere sido desestimada por la entidad). A criterio de CONSUCODE, dentro de este supuesto se incluye también a la subcontratación recaída en una persona natural o jurídica impedidos o inhabilitados para contratar con el Estado.⁴³
- La subcontratación celebrada por un porcentaje mayor al 60% establecido como límite cuantitativo para su procedencia.

41 CONSUCODE, Manual Electrónico de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Módulo IV, Ejecución Contractual, p. 37.

42 La doctrina expresa que el poder de control y dirección abarca cuatro aspectos de la gestión del co-contratante: a) Un aspecto material: para determinar si cumple los actos o ejecuta los hechos que el contrato pone a su cargo; b) Un aspecto técnico: para determinar si esos actos o hechos se cumplen conforme a las prescripciones especiales del contrato; c) un aspecto financiero: para determinar si cumple las cláusulas relativas al pago de los subcontratistas que hayan sido autorizados, de los materiales, de la mano de obra, de los impuestos, de las cargas sociales, etc., o referente a las tarifas aprobadas, a los elementos que inciden sobre ellas y las hacen variar, a las inversiones que integran el capital, a la libre disponibilidad de los bienes afectados, etc.; d) Un aspecto legal: para determinar si cumple con las normas jurídicas que regulan el funcionamiento del servicio, la ejecución de la obra, etc., contenidas en el contrato o fuera de él, en cuanto puedan serle aplicables". BERCAITZ, Miguel; op. cit., p.369.

43 Informe No. 14-2004-GTN Subcontratación de contrato de obra sin autorización previa de la Entidad.

"La subcontratación sin autorización de la Entidad o con impedidos o inhabilitados para contratar con el Estado, constituye una causal de imposición de sanción. Para efectos de la configuración de la infracción basta que se haya incurrido en uno de los citados supuestos; es decir, que se trate de una subcontratación sin autorización de la Entidad, o que la subcontratación se haya efectuado con impedidos o con sujetos inhabilitados para contratar con el Estado.

Siendo dos supuestos de infracción por acción y no por resultado, para su consumación no se necesita que se hayan ejecutado las prestaciones subcontratadas, sino solamente con la concreción del pacto contrario al ordenamiento entre el contratista y el subcontratista.⁴⁴

A juzgar por el criterio de literalidad con que deben apreciarse las reglas sancionadoras administrativas, no se encuentran en la posibilidad de ser sancionados los supuestos que no constituyen per se subcontratación⁴⁵, o cuando se incumpla con la norma de preferencia a las MYPES y PYMES, o que desatiendan su compromiso de transferencia tecnológica.

Cuando alguna de estas infracciones es cometida, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones esta habilitado para imponer sanciones de suspensión en su derecho a contratar con el Estado entre tres meses y un año, correspondiendo la máxima sanción cuando no concurren supuestos de atenuación de pena. Así por ejemplo razono el Tribunal mencionado cuando el contratista desde un primer momento subcontrató la obra, no sólo sin el consentimiento de la Entidad, sino por un porcentaje mayor al permitido en la Ley y el Reglamento, no esperando ni siquiera suscribir el contrato con la Entidad, pues la subcontratación se dio con anticipación a este acto, además de haber incumplido con los pagos correspondientes a los subcontratistas⁴⁶.

4.5.2. La Extensión de la Potestad Sancionadora Administrativa Sobre el Subcontratista

El artículo 208 del Reglamento del Texto Unico Ordenado, contiene la previsión de la extensión de la potestad punitiva de la administración contratante frente al subcontratista por el incumplimiento de sus obligaciones.⁴⁷

La inclusión de esta extensión atípica de la potestad sancionadora de la Administración con respecto a quien no tiene una relación jurídica directa, manifiesta

una expresa intervención administrativa respecto a una relación privada, que solo puede tener explicación en la búsqueda de resguardar el interés público comprometido con el debido cumplimiento de las prestaciones subcontratadas. De suyo, la doctrina respalda la tesis de la inexistencia de acción directa de la Administración y el subcontratista, de suerte que los subcontratistas quedan obligados frente al contratista intermediario asumiendo frente a él, la responsabilidad por el cumplimiento o incumplimiento. No es común encontrar ordenamiento que reconozcan acción sancionadora directa de la administración frente al subcontratista, que significaría tener una potestad respecto al deudor de su deudor por el incumplimiento de los deberes frente al contratista intermediario.

En esa línea de pensamiento, cualquier incumplimiento debería quedar en el ámbito de la relación privada, y solo en la medida que ese incumplimiento determine el del contratista intermediario le acarrearía a éste, las consecuencias provenientes de la administración. Por ejemplo, afirma **GARCIA TREVIJANO**:

“En definitiva, la Administración solo tiene frente a si al contratista, de tal manera que el eventual incumplimiento por el subcontratista de las obligaciones que hubiera asumido frente al contratista principal no son oponibles frente a la Administración; dicho incumplimiento queda en la esfera particular de las relaciones entabladas entre contratista-subcontratante y el subcontratista.

Nada impide, por ejemplo, que el incumplimiento del subcontratista, conlleve también el incumplimiento del contratista del contrato principal. En este caso, la Administración si pretendiera resolver el contrato como consecuencia de dicho incumplimiento, no deberá aducir que el subcontratista incumplió, sino que simplemente, sin entrar en las relaciones jurídico-privadas entabladas

44 “Por otro lado, si bien como señalamos, existe un documento que muestra el acuerdo de la CONTRATISTA y de la empresa CONCRELSA sobre subcontratación, se pueden observar otros documentos, exhibidos por la CONTRATISTA, tales como comunicaciones a la Entidad, planillas de pago, recibos por honorarios profesionales, constataciones policiales y de autoridades. De ello se colige que si bien se celebró el indicado subcontrato, existen evidencias suficientes que difieren la efectiva participación de la CONTRATISTA, hecho que debe ser tenido en cuenta al momento de cuantificar la sanción aplicable. En este sentido debe tenerse en cuenta que la infracción se configura con la sola subcontratación indebida de las obligaciones objeto del contrato, pese a lo cual no debe dejar de apreciarse la mayor o menor desvinculación del ganador de la Buena Pro a su cargo”. Resolución N° 639/2004.TC-SU de 12.OCT.2004 (En igual orientación, tenemos la Resolución No. 469/2003.TC_S1).

45 **Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Resolución N° 896/2005.TC-SU.** “Este Tribunal considera que la utilización por parte del INGENIERO TALAVERA de la Licencia de Operación de SERMABU con la finalidad de realizar el servicio de inspección semestral de amarraderos de la Refinería de Talara, per se no es una conducta que podría ser considerada como una subcontratación. Se hace tal afirmación al considerar que la utilización de la mencionada licencia no implicó necesariamente que la empresa SERMABU realizase las actividades de buceo encomendadas al INGENIERO TALAVERA, máxime si los buzos para quienes se solicitó la autorización de fecha 27 de diciembre de 2004 son los mismos que fueron presentados como parte del personal del INGENIERO TALAVERA”.

“(…), se entiende que la subcontratación implica necesariamente que un tercero diferente al contratista efectúe por cuenta propia una o varias prestaciones a las que estaba obligado el contratista, esto es que utilice sus propios recursos para efectuar una actividad a la que estaba obligado quien suscribió el contrato o recibió la orden de compra o servicio.

En el caso bajo análisis, este Tribunal considera que la utilización por parte del INGENIERO TALAVERA de la Licencia de Operación de SERMABU con la finalidad de realizar el servicio de inspección semestral de amarraderos de la Refinería de Talara, per se no es una conducta que podría ser considerada como una subcontratación. Se hace tal afirmación al considerar que la utilización de la mencionada licencia no implicó necesariamente que la empresa SERMABU realizase las actividades de buceo encomendadas al INGENIERO TALAVERA, tal y como afirma la Denunciante, máxime si los buzos para quienes se solicitó la autorización de fecha 27 de diciembre de 2004 son los mismos que fueron presentados como parte del personal del INGENIERO TALAVERA.

46 Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Resolución N° 1123/2005.TC-SU.

47 Dicho artículo es el siguiente:

“(…) Las obligaciones y responsabilidades derivadas de la subcontratación son ajenas a la Entidad. **No obstante, el subcontratistas que incumpla sus obligaciones será sancionado por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**”.

por virtud del subcontrato, deberá aducir que el contratista (se insiste, única persona que existe frente a ella) ha incumplido sus obligaciones contractuales. Las acciones que este último pudiera emprender contra el subcontratista incumplidor son ajenas al contrato administrativo mismo"⁴⁸

“ (...) la experiencia acumulada por la actividad subcontratada debe corresponder solo al subcontratista y no al contratista principal pues es el primero quien obtiene la destreza por la práctica de la prestación material objeto del subcontrato durante el período contratado, aún sin necesidad de la existencia de autorización previa de la entidad (...)”

No obstante, la cláusula incluida en el artículo bajo comento, revisa esta tesis para permitir la sanción al subcontratista por parte del Estado por los incumplimientos en que incurra frente a su contratista. En nuestra opinión, para la aplicabilidad de la sanción será necesario la concurrencia de dos elementos adicionales, para evitar que la acción de la administración sustituya al rol que le corresponde exclusivamente al contratista intermediario respecto del subcontratista: i) Que el incumplimiento del subcontratista determine el propio incumplimiento del contratista intermediario en afectación de la administración (de este modo no sería aplicable la sanción frente a cualquier incumplimiento del subcontratista que sea subsanado o corregido por el contratista intermediario, en aplicación de su deber de cumplir con su prestación frente a la entidad); y, ii) Que la consecuencia sancionadora se ejerza tanto frente al contratista intermediario como al subcontratista, dado que la relación jurídica sustancial de la Administración es la que tiene con su contratista subcontratante.

5. La Inscripción del Subcontrato y la Calificación de la Experiencia del Contratista y Subcontratista

La ejecución de la prestación constitutiva de la subcontratación en la contratación estatal es valiosa para el subcontratista con el objeto de demostrar una determinada experiencia en la actividad y para efectos de su calificación ante el Registro Nacional de Proveedores.

Por una parte, la experiencia acumulada por la actividad subcontratada debe corresponder solo al subcontratista y no al contratista principal pues es el primero quien obtiene la destreza por la práctica de la prestación material objeto del subcontrato durante el período contratado, aún sin necesidad de la existencia de autorización previa de la entidad o algún aspecto similar que corresponde gestionar y obtener al contratista intermediario. Conforme lo ha manifestado CONSUCODE, *“En esa medida, para acreditar su experiencia, bastará que los participantes hayan ejecutado, como contratista principal o como subcontratista, las obras que presenten, sin que resulte necesario, para el caso de aquellas obras ejecutadas como subcontratista, que se acredite la autorización previa de la Entidad respectiva, por no ser responsabilidad del subcontratista solicitarla, ni que se acredite la autorización previa del CONSUCODE, por no ser necesaria”*⁴⁹ y, por otro lado, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado⁵⁰ ha establecido concordantemente que *“En ese sentido, se concluye que para acreditar experiencia, bastará que los participantes hayan ejecutado, como contratista principal o como subcontratista, las obras que presenten, estando la experiencia en función al trabajo efectivamente ejecutado”*.

Por otro lado, la inscripción del subcontrato ante el Registro Nacional de Proveedores deviene en necesario para la calificación de las capacidades (máxima y libre) de contratación y una categorización del subcontratado, conforme a lo previsto en el artículo 13 del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

“Artículo 13.- Subcontratos

Los subcontratos autorizados por las Entidades contratantes y presentados al Registro Nacional de Proveedores dentro de los treinta (30) días naturales de suscritos, serán considerados para efectos de la calificación del subcontratado.

Vencido dicho plazo, los subcontratos que no fueron inscritos oportunamente, podrán regularizar su inscripción conforme lo establecido en el TUPA del CONSUCODE”.

Concordantemente el artículo 4 del Reglamento del Registro Nacional de Proveedores aprobado por Resolución No. 169-2005/CONSUCODE/PRE, indica que:

“Artículo 4.- Subcontratados

Los subcontratados autorizados por las entidades contratantes y presentados al RNP dentro de los treinta (30) días naturales de suscritos, serán considerados para efectos de la calificación del subcontratado.

El monto de la subcontratación no será considerado para efecto de la calificación del contratista principal”.

48 GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto; op. cit., p. 115-6.

49 Pronunciamiento No.318-2005-GTN, al igual que el Pronunciamiento 217-2005-GTN.

50 Resolución Nº 174/2006.TC-SU.

6. A MODO DE CONCLUSION

La subcontratación es una figura emblemática que nos permite revisar la especial relación existente entre el derecho civil y el derecho administrativo. En ambas ramas, el subcontrato posee la base común de ser un contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza (contrato base), originado por la actitud de uno de dos contratantes, que en vez de ejecutar personalmente la obligación asumida, se decide a contratar con un tercero la realización de aquella, en base al contrato anterior del cual es parte. Pero habiendo adquirido relevante presencia en los diversos contratos administrativos, ha sido necesario adecuarlo al interés público mediante una serie de reglas particulares que la diferencian de la subcontratación común.

Para empezar, el contratista acude a la subcontratación como un mecanismo para dar un más adecuado cumplimiento al contrato inicial en los términos pactados –plazos o calidades– en favor de su acreedor cuando por ejemplo, el subcontratista se encuentre en mejores condiciones técnicas que el intermediario de cumplir con la prestación comprometida (subcontratación de especialidad) o cuando para el intermediario el cumplimiento de la prestación comprometida dentro del plazo requerido le sea poco probable o demasiado gravosa para sus intereses (subcontratación por capacidad), pero no

resulta admisible que la decisión del contratista se fundamente en que le resulte más económico o rentable externalizar la actividad, para explotar en su beneficio la posición jurídica obtenida en el contrato con el Estado, satisfaciendo sus intereses fundamentalmente económicos a través de la retribución que recibe del subcontratista (subcontratación por razones económicas del contratista).

A continuación, aparecen una serie de particularidades diferenciadas del Subcontrato común, tales como el límite para solo realizar subcontrataciones parciales y no totales de las prestaciones del contrato, la necesidad de la intervención de la Entidad Pública para autorizar la posibilidad de subcontratar y luego para aprobar el proyecto de subcontrato específico, la necesaria intervención de la entidad estatal para apreciar las condiciones del subcontrato, y en su caso, descalificarlo, la discriminación positiva en favor de las micro y pequeñas empresas para ser subcontratistas; la potestad de sanción directa del Estado frente al subcontratista, no obstante no tener una relación directa con él, etc.

Queda sí un aspecto aun no abordado por nuestra normativa, a diferencia de otros países, como es el aseguramiento de la oportunidad y calidad del pago al subcontratista, con el objeto que su posición débil en la estructura contractual permita al contratista obtener ventajas incompatibles con la equidad 