

OPINIÓN N° 018-2024/DTN

Solicitante: Seguro Social de Salud – EsSALUD

Asunto: Subcontratación de prestaciones de obra

Referencia: Formulario S/N de fecha 23.FEB.2024 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el gerente central de asesoría jurídica de EsSALUD, Alejandro Trejo Maguiña, formula varias consultas relacionadas con la subcontratación de prestaciones en contratos de obra, en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS ¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1444 (en adelante, la “Ley”).
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus posteriores modificatorias (en adelante, el “Reglamento”).

Precisado lo anterior, corresponde anotar que las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. *“¿Es posible que la Entidad pueda aprobar la subcontratación solicitada por el contratista en un contrato de obra bajo el sistema de suma alzada?”*

2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que en mérito a la suscripción de un contrato con el Estado

¹ En atención a la competencia conferida a esta Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad del TUPA del OSCE, advirtiéndose que de las ocho (8) consultas planteadas en el formulario, las tres últimas no cumplen con dichos requisitos, al no haber sido formuladas en términos genéricos, toda vez que plantean supuestos específicos (y distintos entre sí) que implican el análisis que la propia Entidad contratante debe realizar a fin de definir si se cumplen las condiciones para la autorización de la solicitud de subcontratación de prestaciones en un contrato de obra. Por tal motivo, tales consultas no serán absueltas en el marco de la presente opinión, pues ello excedería las facultades conferidas a esta Dirección, a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

surge la relación jurídica patrimonial en virtud de la cual el contratista se encuentra obligado a ejecutar determinada prestación a favor de la Entidad —que puede consistir en la entrega o suministro de bienes, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra— y esta, a su vez, se encuentra obligada a ejecutar su contraprestación que, fundamentalmente, consiste en retribuir económicamente al contratista por la prestación ejecutada por éste.

Téngase presente que, cuando el contratista suscriba un contrato con un tercero — ajeno a la relación contractual existente entre la Entidad y el contratista— derivado y dependiente de otro anterior (contrato base o principal) de su misma naturaleza para que ejecute determinadas prestaciones en su lugar, nos encontramos ante una subcontratación.

Cabe indicar que, esta Dirección Técnico Normativa a través de la Opinión N° 099- 2015/DTN señaló: “(...) *el subcontrato viene a ser un contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza (contrato base o principal), originado por la decisión 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.*” (El énfasis es agregado).

2.1.2. Al respecto, cabe indicar que el artículo 35 de la Ley establece lo siguiente:

“35.1. El contratista puede subcontratar, previa autorización de la Entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato, hasta el porcentaje que se establezca el Reglamento, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección.

35.2. No se puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección al contratista.

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

35.4. El contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad.” (El énfasis es agregado).

2.1.3. A su vez, el artículo 147 del Reglamento dispone que:

“147.1. Se puede subcontratar por un máximo del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección o cuando se trate de prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

147.2. La Entidad aprueba la subcontratación por escrito y de manera previa, dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido. Si transcurrido dicho plazo la Entidad no comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido rechazado.

147.3. No cabe subcontratación en la Selección de Consultores Individuales.” (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto determinadas condiciones que deben cumplirse para que el contratista pueda subcontratar parte de las prestaciones que se encuentra obligado a ejecutar; asimismo, dicha normativa establece los supuestos en los cuales no cabe la subcontratación. Dentro de estos, no se restringe la posibilidad de autorizar la subcontratación de prestaciones en contratos de obra bajo el sistema de suma alzada.

2.1.4. En ese contexto, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 35 de la Ley y 147 del Reglamento, una Entidad puede autorizar la solicitud del contratista para subcontratar ciertas prestaciones del contrato, incluso cuando el objeto contractual corresponda

a la ejecución de obras y el sistema de contratación sea el de suma alzada.

2.2. “¿El requerimiento de subcontratación presentado por el contratista debe ser evaluado por el área usuaria, al ser el responsable de la supervisión del contrato, o del órgano encargado de las contrataciones, en su condición de administrador del contrato, de acuerdo al numeral 5.2 del artículo 5 del Reglamento?”

2.2.1. Sobre el particular, corresponde señalar que el artículo 5 del Reglamento establece la organización de la Entidad para las contrataciones, precisando en su numeral 5.1 que cada Entidad identifica en su Reglamento de Organización y Funciones, u otros documentos de organización y/o gestión, al órgano encargado de las contrataciones, de acuerdo con lo que establece el Reglamento.

En ese contexto, cabe anotar que según lo dispuesto en el numeral 5.2 de dicho artículo, el órgano encargado de las contrataciones tiene como función la gestión administrativa del contrato, siendo que las normas de organización interna de la Entidad pueden designar dicha función a otro órgano. A su vez, conforme al mismo numeral le compete al área usuaria la supervisión de la ejecución del contrato; ello sin perjuicio de las funciones que conforme al artículo 187 del Reglamento le corresponde al supervisor o inspector, en contratos de ejecución de obra².

2.2.2. En relación con lo anterior, debe indicarse que el procedimiento de evaluación de la solicitud de subcontratación dirigida a la Entidad, no se encuentra establecido en la normativa de contrataciones del Estado, sin perjuicio de lo cual y en atención a la naturaleza de tal solicitud y los aspectos y condiciones que deben ser verificados corresponde que participen la o las dependencias involucradas en la gestión de la ejecución del contrato (entre ellas, el órgano encargado de las contrataciones, área usuaria, oficina de asesoría jurídica y/u otras involucradas según las funciones asignadas), de conformidad con las normas de organización interna de la propia Entidad, tal como establece el artículo 5 del Reglamento. Cabe indicar que para efectos de realizar dicha evaluación y dependiendo de la necesidad de cada caso, puede resultar razonable contar con opiniones técnicas u otras que se estimen necesarias.

2.3. “De ser el caso que, en el expediente técnico de obra, en los documentos del procedimiento de selección y en el contrato no se ha determinado que prestaciones son esenciales y no esenciales vinculados a los aspectos que determinaron la selección del contratista, ¿es factible que se pueda llevar a cabo una subcontratación?”

Tal como se indicó al absolver la primera consulta, una Entidad puede autorizar la solicitud del contratista para subcontratar ciertas prestaciones del contrato -incluso cuando el objeto contractual corresponda a la ejecución de obras y el sistema de contratación sea el de suma alzada-, **siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 35 de la Ley y 147 del Reglamento.**

En ese contexto, cabe precisar que los artículos 35 de la Ley y 147 del Reglamento no exigen como condición para autorizar la subcontratación que el Expediente Técnico de Obra, las bases o el contrato establezcan expresamente cuáles son -y cuáles no- las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista; por tanto, una Entidad puede autorizar la subcontratación de ciertas prestaciones del contrato en la medida que se cumplan las condiciones previstas en los artículos antes mencionados, entre ellas, que la misma Entidad haya determinado, como producto de su evaluación, que dicha solicitud no involucra prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la

² Conforme a lo dispuesto en el numeral 187.1 del referido artículo, “La Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, además de la debida y oportuna administración de riesgos durante todo el plazo de la obra, debiendo absolver las consultas que formule el contratista según lo previsto en los artículos siguientes.”.(El subrayado es agregado).

selección del contratista.

2.4. ***“De ser el caso que, en el expediente técnico de obra, en los documentos del procedimiento de selección y en el contrato no se ha determinado que prestaciones son esenciales y no esenciales, ¿es factible que se pueda realizar la determinación de una prestación esencial y no esencial? De ser afirmativa dicha interrogante ¿Quién sería el responsable de realizar dicha determinación: el área usuaria, el proyectista (responsable de elaborar el expediente técnico), el supervisor de obra o el órgano encargado de las contrataciones?”***

2.4.1. En concordancia con lo señalado al absolver la consulta anterior, debe indicarse que los artículos 35 de la Ley y 147 del Reglamento no exigen como condición para autorizar la subcontratación que el Expediente Técnico de Obra, las bases o el contrato establezcan expresamente cuáles son -y cuáles no- las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista; por tanto, **una Entidad puede autorizar la subcontratación de ciertas prestaciones del contrato en la medida que se cumplan las condiciones previstas en los artículos antes mencionados**, entre ellas, que la misma Entidad haya determinado, como producto de su evaluación, que dicha solicitud no involucra prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

2.4.2. En relación con lo anterior, cabe señalar que la normativa de contrataciones del Estado no establece sobre quién o cuál dependencia de la Entidad recae la función de determinar cuáles son o no las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista; no obstante, dicha determinación deberá ser realizada atendiendo a las funciones y competencias asignadas según las normas de organización interna de la propia Entidad, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento.

2.5. ***“En la etapa de ejecución contractual de una obra, si en el expediente técnico de obra, en los documentos del procedimiento de selección y en el contrato no se han establecido las prestaciones esenciales, ¿correspondería al supervisor de obra, en su calidad de responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra, determinar que prestaciones se configuran en esenciales y no esenciales ante el requerimiento de subcontratación presentada por el contratista, previa a la autorización de la Entidad, de conformidad con el artículo 187 del Reglamento?”***

2.5.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado no establece sobre quién o cuál dependencia de la Entidad recae la función de determinar cuáles son o no las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista; dicha determinación deberá ser realizada atendiendo a las funciones y competencias asignadas según las normas de organización interna de la propia Entidad, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento.

2.5.2. Ahora bien, es importante señalar que según lo dispuesto en el numeral 187.1 del artículo 187 del Reglamento, ***“La Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, además de la debida y oportuna administración de riesgos durante todo el plazo de la obra, debiendo absolver las consultas que formule el contratista según lo previsto en los artículos siguientes.”*** (El subrayado es agregado).

De la citada norma, se desprende que el inspector o supervisor de obra -según corresponda- tiene entre sus funciones controlar la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, además de absolver consultas, emitiendo su opinión técnica, entre otras funciones asignadas por el Reglamento y su propio contrato.

En relación con ello, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no prevé como una de las funciones del supervisor -o inspector- de obra la determinación de las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del

contratista, en el marco de una solicitud de autorización de subcontratación que deberá resolver la propia Entidad; sin perjuicio de ello, dependiendo de la necesidad de cada caso, puede resultar razonable que para resolver sobre tal solicitud, la Entidad cuente con una opinión técnica, por ejemplo del supervisor, sobre el particular.

3. CONCLUSIONES

- 3.1.** Siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 35 de la Ley y 147 del Reglamento, una Entidad puede autorizar la solicitud del contratista para subcontratar ciertas prestaciones del contrato, incluso cuando el objeto contractual corresponda a la ejecución de obras y el sistema de contratación sea el de suma alzada.
- 3.2.** El procedimiento de evaluación de la solicitud de subcontratación dirigida a la Entidad, no se encuentra establecido en la normativa de contrataciones del Estado, sin perjuicio de lo cual y en atención a la naturaleza de tal solicitud y los aspectos y condiciones que deben ser verificados corresponde que participen la o las dependencias involucradas en la gestión de la ejecución del contrato (entre ellas, el órgano encargado de las contrataciones, área usuaria, oficina de asesoría jurídica y/u otras involucradas según las funciones asignadas), de conformidad con las normas de organización interna de la propia Entidad, tal como establece el artículo 5 del Reglamento. Cabe indicar que para efectos de realizar dicha evaluación y dependiendo de la necesidad de cada caso, puede resultar razonable contar con opiniones técnicas u otras que se estimen necesarias.
- 3.3.** Los artículos 35 de la Ley y 147 del Reglamento no exigen como condición para autorizar la subcontratación que el Expediente Técnico de Obra, las bases o el contrato establezcan expresamente cuáles son -y cuáles no- las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista; por tanto, una Entidad puede autorizar la subcontratación de ciertas prestaciones del contrato en la medida que se cumplan las condiciones previstas en los artículos antes mencionados, entre ellas, que la misma Entidad haya determinado, como producto de su evaluación, que dicha solicitud no involucra prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.
- 3.4.** La normativa de contrataciones del Estado no establece sobre quién o cuál dependencia de la Entidad recae la función de determinar cuáles son o no las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista; no obstante, dicha determinación deberá ser realizada atendiendo a las funciones y competencias asignadas según las normas de organización interna de la propia Entidad, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento.
- 3.5.** La normativa de contrataciones del Estado no prevé como una de las funciones del supervisor -o inspector- de obra la determinación de las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista, en el marco de una solicitud de autorización de subcontratación que deberá resolver la propia Entidad; sin perjuicio de ello, dependiendo de la necesidad de cada caso, puede resultar razonable que para resolver sobre tal solicitud, la Entidad cuente con una opinión técnica, por ejemplo del supervisor, sobre el particular.

Jesús María, 27 de marzo de 2024

CARLA GABRIELA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

LAA.