



**BOLETÍN INFORMATIVO
CONTRATACIONES CON EL ESTADO**



AGOSTO 2016

COMENTARIO DE OPINIÓN I**OSCE PRECISA SOBRE LOS ALCANCES DE LA SUBCONTRATACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO**

Comentario elaborado por el Área de Contrataciones con el Estado.

Mediante Opinión N° 108-2016/DTN el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado ha señalado que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la subcontratación implica que un tercero ejecute parte de las prestaciones a las que se obligó el contratista frente a la Entidad, entendiéndose por "tercero" a una persona, natural o jurídica, necesariamente distinta a las partes conformantes de la relación contractual; es decir, una persona distinta del contratista.



Según la opinión en comentario, la suscripción del contrato entre la Entidad y el proveedor da origen a 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.

En este sentido, en principio, es el contratista quien ha sido elegido conforme a los métodos de contratación previstos en la normativa de contrataciones del Estado para ejecutar las obligaciones objeto del contrato en favor de la Entidad, siendo responsable de realizar dicha ejecución; sin embargo, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de que, cuando se cumplan determinadas condiciones, sea un tercero ajeno a la relación obligacional existente entre la Entidad y el contratista, quien ejecute algunas de las obligaciones de cargo del contratista.

Así, el artículo 35 de la Ley establece que *"el contratista puede subcontratar, previa autorización de la Entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección."*

Del artículo citado, se advierte que el contratista puede subcontratar algunas de las prestaciones previstas en el contrato, siempre que dicha subcontratación no se encuentre prohibida por los documentos del procedimiento de selección y cuente con autorización previa de la Entidad.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 124 del Reglamento, solo se puede subcontratar por un máximo del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original, **no pudiendo ser objeto de subcontratación aquellas prestaciones esenciales que se encuentran vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.**

De igual forma, es importante precisar que la subcontratación no enerva la responsabilidad del contratista, pues conforme a lo previsto en el cuarto párrafo del artículo 35 de la Ley, este "(...) *mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad.*"

Para estos efectos, debe tenerse presente que el subcontrato es un contrato derivado y dependiente de otro anterior de la misma naturaleza (contrato base o principal), en virtud del cual uno de los contratantes, en vez de ejecutar personalmente la obligación a su cargo, decide contratar a un tercero para que realice dicha ejecución, en cumplimiento del contrato base o principal.

Cabe precisar que, conforme al tercer párrafo del artículo 35 de la Ley, este subcontratista debe contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores y no estar impedido ni inhabilitado para contratar con el Estado.

COMENTARIO DE OPINIÓN II**LA IMPOSIBILIDAD DE APLICAR LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO AL CONTRATAR CON UN PROVEEDOR DEL EXTERIOR**

Comentario elaborado por el Área de Contrataciones con el Estado.



Mediante Opinión N° 101-2016/DTN el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado ha señalado absolviendo una consulta realizada por una Entidad sobre la imposibilidad de aplicar la normativa de Contrataciones con el Estado de conformidad con el literal f) del artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado - Ley N° 30225.

Según la Opinión, para que una Entidad pueda llevar a cabo una contratación con un proveedor no domiciliado en el país inaplicando la normativa de contrataciones del Estado, debe constatar

previamente la inexistencia de proveedores en el mercado nacional en capacidad de prestarle el bien o servicio requerido para satisfacer su necesidad. Para tal efecto, la Entidad debe realizar una indagación de mercado, producto de la cual se advierta que el bien o servicio requerido no puede ser prestado por ningún proveedor en el mercado nacional, tal como lo ha señalado este Organismo Supervisor en opiniones previas (Opiniones N° 014-2009/DOP, N° 009-2011/DTN Y N° 084-2011/DTN).

Cabe precisar que la necesidad de verificar la inexistencia de proveedores en el mercado nacional como condición para llevar a cabo una contratación en el extranjero responde, principalmente, a las siguientes razones: la naturaleza excepcional de los supuestos de inaplicación de la Ley, las cautelas que mantiene el Estado cuando contrata sometido a sus normas internas en salvaguarda de los fondos públicos involucrados, y la existencia de políticas de fomento e incentivo en la contratación estatal. Asimismo, es importante demostrar que la aplicación de los métodos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, imposibilitaría la contratación del bien o servicio requerido por la Entidad, pudiendo ello deberse a condiciones que el proveedor requiere que sean cumplidas, para contratar con la Entidad; toda vez que en la aplicación de este supuesto, es la Entidad la interesada en contratar con determinado proveedor no domiciliado en el país. De esta forma, para que el supuesto previsto en el literal f) del artículo 5 de la Ley se configure, será necesario que concurren dos condiciones: (i) la inexistencia de proveedores en el mercado nacional en capacidad de prestar el bien o servicio requerido para satisfacer la necesidad; y (ii) se demuestre la imposibilidad de realizar la contratación a través de los métodos previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

Asimismo añade que puede afirmarse que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, el término "imposibilidad" empleado en el literal f) del artículo 5 de la Ley hace referencia a los casos en los cuales contratar con un proveedor no domiciliado en el país, utilizando la normativa de contrataciones del Estado es imposible o irrealizable, debido a diversas circunstancias que no permiten a la Entidad efectuar la contratación mediante los métodos previstos en la Ley.

COMENTARIO DE OPINIÓN III**CUANDO SE PRODUCEN LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN UN CONTRATO BAJO LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO**

Comentario elaborado por el Área de Contrataciones con el Estado.

Recientemente mediante OPINIÓN N° 089-2016/DTN, el OSCE ha realizado una interpretación de los daños y perjuicios tanto a favor de la Entidad Estatal como a favor del Contratista que deriven de la suscripción de un Contrato de Obra.

En ese contexto, el OSCE señala que la liquidación del contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra.



Adicionalmente, también puede incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.

En esa medida, la liquidación de obra solo puede incluir conceptos que forman parte del costo de la obra y otros que han sido autorizados expresamente por la normativa de contrataciones del Estado.

Además agrega que *"el segundo párrafo del artículo 36 de la Ley establece que "Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados."*

En el caso específico de los contratos de obra, el cuarto párrafo del artículo 177 del Reglamento precisa que *"En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignar y se hacen efectivas las penalidades que correspondan."* Cabe precisar, señala el OSCE que, entre otras cuestiones, las penalidades tienen por finalidad resarcir a la Entidad por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contratista.

Asimismo, en los casos en que la resolución del contrato sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, en atención a lo indicado en el quinto párrafo del artículo 177 del Reglamento. En este caso, la Entidad reconoce dicho porcentaje de la utilidad en atención al daño por lucro cesante ocasionado al contratista.

De esta manera, considerando que la resolución de un contrato de obra por incumplimiento origina el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, la normativa de contrataciones del Estado establece que en la liquidación de obra derivada de la resolución del contrato deben incluirse los conceptos resarcitorios señalados expresamente (penalidades o el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad dejada de percibir, según corresponda).

Adicionalmente, es importante precisar que, si bien la normativa de contrataciones del Estado establece la posibilidad de incluir en la liquidación de obra (derivada de un contrato resuelto) algunos conceptos que tienen carácter resarcitorio, también se establece que, en caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, en la liquidación de obra se debe incluir, a favor de la Entidad, el mayor costo por la extensión de los servicios de supervisión, concepto que también tendría carácter resarcitorio dado que la Entidad asumió dicho pago durante la ejecución de la obra, de conformidad con lo señalado en el artículo 161 del Reglamento.

En virtud de lo expuesto, si bien la normativa de contrataciones del Estado permite la inclusión de conceptos resarcitorios en la liquidación de obra, dicha inclusión está permitida únicamente para aquellos supuestos expresamente contemplados; en consecuencia, una Entidad no puede incluir en la liquidación de obra cualquier otro concepto resarcitorio que sea ajeno a los previstos expresamente por la normativa de contrataciones del Estado.

Este criterio responde a que los conceptos resarcitorios que la normativa permite incluir en la liquidación son fácilmente determinables, en atención a que establecer su cuantía no requiere de un complejo trabajo probatorio.