

### **OPINIÓN N° 103-2022/DTN**

Solicitante : Kapsch Trafficcom Perú S.A.C.  
Asunto : Subcontratación por parte de consorcios  
Referencia : Formulario S/N de fecha 02.NOV.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

---

#### **1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el señor Mario Raúl Ortega Sanhueza, Representante Legal de la empresa Kapsch Trafficcom Perú S.A.C., formula varias consultas relacionadas a la subcontratación por parte de consorcios.

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 en términos genéricos y vinculadas 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

#### **2. CONSULTAS Y ANÁLISIS**

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la consulta planteada, para su absolución se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N°30225 y modificada por el Decreto Legislativo N°1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF modificado por Decreto Supremo N°377-2019-EF, vigente desde el 15 de diciembre de 2019.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

**2.1. *“¿Es posible que cada consorciado (miembro de un consorcio) suscriba contratos independientes de servicios con proveedores para la prestación de determinados servicios no esenciales ligados al contrato, sin tener que comunicar a la Entidad?”***

2.1.1. De forma preliminar, y conforme a lo señalado en los antecedentes, cabe señalar que este Organismo Técnico Especializado absuelve consultas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado y no sobre situaciones o casos concretos. En tal medida, a partir del enunciado, no se puede determinar si corresponde —o no— comunicar a la Entidad los contratos que celebre el consorcio —o alguno de sus integrantes— con terceros, toda vez que para ello se requiere previamente analizar la naturaleza de dichos contratos y ver si se tratan o no de una modalidad de subcontratación.

Sin perjuicio de lo indicado, se brindarán alcances generales sobre lo que la normativa de contrataciones del Estado establece sobre la **subcontratación por parte de consorcios**.

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

Al respecto, cabe indicar que el artículo 35 de la Ley establece que:

*“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)

Por su parte, el artículo 147 del Reglamento establece 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 un contratista pueda subcontratar parte de las prestaciones que se encuentra obligado a ejecutar.

2.1.3. Cabe indicar que lo señalado no resulta ajeno a los proveedores agrupados en **consorcio**. Así, de conformidad al primer párrafo del numeral 7.8 de la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD<sup>1</sup> “Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado” (en adelante, la “Directiva”) se establece que: **“El consorcio puede subcontratar las obligaciones asumidas por sus integrantes en el contrato de consorcio, siempre que se cumplan los presupuestos establecidos en el artículo 35 de la Ley y el artículo 147 del Reglamento; y, además, que todos los integrantes de dicho consorcio manifiesten de forma indubitable su conformidad.”** (El énfasis es agregado)

Como se aprecia, en el supuesto que los proveedores agrupados en consorcio suscriban un contrato con el Estado, la normativa de contrataciones del Estado les permite subcontratar con terceros las obligaciones asumidas por sus integrantes; para tal efecto: (i) **deben cumplir los presupuestos<sup>2</sup> establecidos en el artículo 35 de la Ley**

---

<sup>1</sup> Aprobada mediante Resolución N° 017-2019-OSCE/PRE, publicada en el Diario oficial El Peruano el 29 de enero de 2019.

<sup>2</sup> **La Entidad debe aprobar la subcontratación por escrito y de manera previa, dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido**, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 35.1 del artículo 35 de la Ley y el numeral 147.2 del artículo 147 del Reglamento.  
**El monto máximo de subcontratación es de cuarenta (40%) del monto del contrato original**, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 147.1 del artículo 147 del Reglamento.  
**No debe existir prohibición en las bases**, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 35.1 del artículo 35 de la Ley y el numeral 147.1 del artículo 147 del Reglamento.  
**No debe tratarse de obligaciones o prestaciones esenciales del contrato vinculadas a aspectos que determinaron la selección del contratista**, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 35.2 del artículo 35 de la Ley y el numeral 147.1 del artículo 147 del Reglamento.  
**No cabe subcontratación en la selección de consultores individuales**, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 147.3 del artículo 147 del Reglamento.

y el artículo 147 del Reglamento; y (ii) los integrantes del consorcio manifiesten su consentimiento por unanimidad de forma indubitante.

En tal sentido, para que un consorcio pueda subcontratar parte de las prestaciones que se encuentra obligado a ejecutar, deberá observarse lo dispuesto en el numeral 7.8. de la Directiva, así como cumplirse los presupuestos establecidos en el artículo 35 de la Ley y el artículo 147 del Reglamento.

2.1.4. Ahora bien, es preciso diferenciar la subcontratación de otras figuras contractuales próximas y muy usuales en el ámbito de las contrataciones.

Así, podemos referirnos al conjunto de contratos de diversa naturaleza y objeto que el contratista puede realizar con personas naturales o jurídicas para proveerse a sí mismo, de los medios necesarios para cumplir con la o las prestaciones a su cargo frente a una Entidad. Por ejemplo, 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.

Sobre el particular, como bien afirma 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”*.<sup>3</sup>

Evidentemente estos contratos tienen peculiaridades que los aproxima al subcontrato, tales como, su carácter sucesivo en el tiempo respecto al contrato base o principal y estar funcionalmente dirigidos a permitir el cumplimiento del mismo, sin embargo, no están jurídicamente derivados del contrato base o principal manteniendo independencia jurídica frente al primero, y no están sujetos al deber de poseer el mismo contenido económico del contrato base o principal.

Por tanto, los contratos que pueda o deba realizar el contratista 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.

En ese mismo sentido, el Tribunal de Contrataciones del Estado mediante Resolución No. 878/2022-TCE-S3, señaló: *“(...) es importante tener en cuenta que no precisamente todos los contratos que vinculen al contratista con terceros para provisionarse de los medios e implementos necesarios y cumplir con las prestaciones a su cargo, constituyen subcontratos, pues dicha interpretación conllevaría a que el Contratista participe en cada una de las etapas productivas del bien que se ha comprometido a entregar.”* (El subrayado es agregado)

---

**El subcontratista debe encontrarse inscrito en el RNP y no encontrarse inmerso en los impedimentos previsto por el artículo 11 de la Ley,** de conformidad a lo dispuesto por el numeral 35.3 del artículo 35 de la Ley.

**El contratista mantiene la responsabilidad para la ejecución total del contrato,** de conformidad a lo dispuesto por el numeral 35.4 del artículo 35 de la Ley.

<sup>3</sup> Roberto DROMI; *“La Licitación Pública”*, p. 523.

Por las consideraciones antes expuestas, los contratos con terceros que celebre el consorcio o sus integrantes para cumplir con las prestaciones a su cargo, en principio, no necesariamente constituyen una modalidad de subcontratación, sino la actividad ordinaria en su calidad de contratista para cumplir con las prestaciones a su cargo; será un subcontrato el contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza (contrato base o principal), originado por la decisión de uno de los contratantes, que en vez de ejecutar personalmente la obligación asumida, se decide a contratar con un tercero la realización de aquella, para lo cual debe cumplir con lo establecido en los artículos 35 de la Ley y 147 del Reglamento y en el numeral 7.8 de la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD.

**2.2. ¿Es posible que uno de los miembros del consorcio no domiciliado ejecute prestaciones esenciales del contrato a través de una empresa vinculada domiciliada en el Perú?**

2.2.1. Se reitera que este Organismo Técnico Especializado absuelve consultas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado y **no** sobre situaciones o casos concretos.

Sin perjuicio de lo indicado, se brindarán algunos alcances generales en relación a la consulta.

2.2.2. En principio, cabe precisar que las prestaciones u obligaciones esenciales<sup>4</sup> **son aquellas indispensables para alcanzar la finalidad del contrato** y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte.

2.2.3. Ahora bien, cuando se trate de una subcontratación por parte de consorcios, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 7.8 de la Directiva y numeral 147.1 del artículo 147 del Reglamento, **no se pueden subcontratar prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del consorcio**; las prestaciones a las que se hayan comprometido cada consorciado deberán ser las suscritas en la promesa de consorcio. Aunado a ello, la subcontratación requiere la voluntad de todos los integrantes del consorcio y no solo de uno de sus integrantes.

De otro lado, en relación a su consulta cabe indicar que la normativa de contrataciones del Estado no restringe que el consorcio se encuentre integrado por proveedores no domiciliados ni que éstos puedan subcontratar con empresas vinculadas a uno o más integrantes del consorcio.

Por lo expuesto, si bien la normativa de contrataciones del Estado no restringe que el consorcio se encuentre integrado por proveedores no domiciliados ni que éstos puedan subcontratar con empresas vinculadas a uno o más integrantes del consorcio, **si prohíbe la subcontratación de prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del consorcio**, de conformidad al numeral 35.2 del artículo 35 de la Ley.

---

<sup>4</sup> Sobre el particular, véase la Opinión N° 027-2014/DTN

**2.3. ¿Es posible que uno de los miembros del consorcio pueda subcontratar a una de sus vinculadas (domiciliada y/o no domiciliada) para ejecutar determinadas prestaciones no esenciales a su cargo?**

2.3.1. Como ya se ha señalado, en el supuesto que los proveedores agrupados en consorcio suscriban un contrato con el Estado, la normativa de contrataciones del Estado les permite subcontratar con terceros las obligaciones asumidas por sus integrantes; para tal efecto: (i) deben cumplir los presupuestos establecidos en el artículo 35 de la Ley y el artículo 147 del Reglamento; y (ii) los integrantes del consorcio manifiesten su consentimiento por unanimidad de forma indubitable.

2.3.2. Así, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 7.8 de la Directiva y numeral 147.1 del artículo 147 del Reglamento, se puede subcontratar prestaciones esenciales y no esenciales hasta por un máximo del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original (base o principal), salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección. Aunado a ello, la subcontratación requiere la voluntad de todos los integrantes del consorcio y no solo de uno de sus integrantes.

De otro lado, cabe indicar que la normativa de contrataciones del Estado **no** impide que un consorcio pueda subcontratar con empresas vinculadas a uno o más integrantes, se encuentren o no domiciliadas, prestaciones esenciales y no esenciales por el límite establecido en el Reglamento.

Por lo expuesto, un consorcio puede subcontratar—con empresas vinculadas a uno o más integrantes, se encuentren o no domiciliadas— prestaciones esenciales y no esenciales hasta por el límite del 40% del monto del contrato original (base o principal), salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección y, siempre que, se cumplan los presupuestos establecidos en el artículo 35 de la Ley y el artículo 147 del Reglamento, para tal efecto, todos los integrantes del consorcio deben haber manifestado su consentimiento y no solo de uno de sus integrantes.

**2.4. ¿Se debe solicitar la autorización de subcontratar prestaciones de “Servicios” o de “Ejecuciones de Obra” cuando el objeto de la contratación fue de “Bienes”?**

2.4.1. Cabe indicar que la subcontratación de prestaciones del contrato base o principal deben contar con **la aprobación de la Entidad por escrito y de manera previa, dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido**, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 35.1 del artículo 35 de la Ley y el numeral 147.2 del artículo 147 del Reglamento.

**2.5. Si el resultado de la pregunta 4 es afirmativa, ¿Los subcontratistas deben tener el RNP de Servicios, Obra y (de ser el caso también) de bienes? ¿Cuál es su tratamiento?**

2.5.1. Cabe indicar que, **el subcontratista debe encontrarse inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)**, de conformidad al numeral 35.3 del artículo 35 de la Ley.

Lo señalado, resulta concordante con lo dispuesto en el numeral 46.1 del artículo 46 de la Ley que señala que para ser participante, postor, contratista y/o **subcontratista** del Estado, se requiere estar inscrito en el RNP. Mientras que el numeral 9.2 del artículo 9 del Reglamento establece que: “**En el RNP se inscriben o reinscriben todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, estas últimas domiciliadas o no domiciliadas con o sin representante legal, que deseen participar en procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, para la provisión de bienes, servicios, consultoría de obras y la ejecución de obras, sea que se presenten de manera individual o en consorcio (...)**” (El énfasis es agregado)

En este punto cabe precisar que, conforme a la normativa de contrataciones del Estado, el RNP opera los siguientes registros: registro de proveedores de bienes, registro de proveedores de servicios, registro de proveedores ejecutores de obras y registro de proveedores consultores de obras, estableciendo condiciones y requisitos para el acceso a cada uno de ellos.

En tal medida, el subcontratista debe encontrarse inscrito en el RNP según la naturaleza de la prestación que le corresponda ejecutar, de conformidad a lo establecido en el numeral 35.3 del artículo 35 de la Ley.

**2.6. Si el resultado de la pregunta 4 es negativa ¿Se entendería que las prestaciones que brindarán los subcontratistas no reciben un tratamiento de esenciales y por tanto no deben ser comunicadas a la Entidad?**

Se pueden subcontratar prestaciones esenciales y no esenciales del contrato base o principal, 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 de conformidad a lo dispuesto por el numeral 35.2 del artículo 35 de la Ley y el numeral 147.1 del artículo 147 del Reglamento. Para tal efecto, el contratista debe contar con la aprobación de la Entidad por escrito y de manera previa, dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 35.1 del artículo 35 de la Ley y el numeral 147.2 del artículo 147 del Reglamento.

### **3. CONCLUSIONES**

- 3.1. Los contratos que celebre el consorcio o sus integrantes para cumplir con las prestaciones a su cargo con terceros, en principio, no necesariamente constituyen una modalidad de subcontratación, sino la actividad ordinaria en su calidad de contratista para cumplir con las prestaciones a su cargo; será un subcontrato el contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza (contrato base o principal), originado por la decisión de uno de los contratantes, que en vez de ejecutar personalmente la obligación asumida, se decide a contratar con un tercero la realización de aquella, para lo cual debe cumplir con lo establecido en los artículos 35 de la Ley y 147 del Reglamento y en el numeral 7.8 de la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD.
- 3.2. Si bien la normativa de contrataciones del Estado no restringe que el consorcio se encuentre integrado por proveedores no domiciliados ni que éstos puedan

subcontratar con empresas vinculadas a uno o más integrantes del consorcio, si prohíbe la subcontratación de prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del consorcio, de conformidad al numeral 35.2 del artículo 35 de la Ley.

- 3.3. Un consorcio puede subcontratar—con empresas vinculadas a uno o más integrantes, se encuentren o no domiciliadas— prestaciones esenciales y no esenciales hasta por el límite del 40% del monto del contrato original (base o principal), salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección y, siempre que, se cumplan los presupuestos establecidos en el artículo 35 de la Ley y el artículo 147 del Reglamento, para tal efecto, todos los integrantes del consorcio deben haber manifestado su consentimiento y no solo de uno de sus integrantes.
- 3.4. La subcontratación de prestaciones esenciales y no esenciales del contrato base o principal deben contar con la aprobación de la Entidad por escrito y de manera previa, dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 35.1 del artículo 35 de la Ley y el numeral 147.2 del artículo 147 del Reglamento.
- 3.5. El subcontratista debe encontrarse inscrito en el RNP según la naturaleza de la prestación que le corresponda ejecutar, de conformidad a lo establecido en el numeral 35.3 del artículo 35 de la Ley.
- 3.6. Se pueden subcontratar prestaciones esenciales y no esenciales del contrato base o principal, 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, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 35.2 del artículo 35 de la Ley y el numeral 147.1 del artículo 147 del Reglamento. Para tal efecto, el contratista debe contar con la aprobación de la Entidad por escrito y de manera previa, dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 35.1 del artículo 35 de la Ley y el numeral 147.2 del artículo 147 del Reglamento.

Jesús María, 30 de noviembre de 2022

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

PMR/cajs.