

LA SUBCONTRATACIÓN EN LOS CONTRATOS DE BIENES Y SERVICIOS DEL ESTADO

Karina Aguilera Marín¹

Antes de realizar un análisis de esta figura jurídica conviene definir el parámetro bajo el cual se aplica la subcontratación y realizar un examen del marco jurídico que le da sustento en nuestro país.

Marco jurídico

En nuestra legislación se prevé el llamado contrato de obra pública que ha sido objeto de varias conceptualizaciones. El tratadista Roberto Dromi lo ha definido como aquel contrato en el que interviene la Administración y el particular de tal forma que:

“...se requiere la “colaboración voluntaria” de los administrados y se efectiviza a través de contratos. El contrato de obra pública es un procedimiento mediante el cual el Estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra. Constituye uno de los medios o formas de realizar la obra pública.

El contrato de obra pública no implica necesariamente la existencia de la obra pública. Puede que a través de él se realice una obra que no esté destinada a la utilidad general o colectiva. Por otra parte, ya hemos dicho que existen otros modos para la ejecución de la obra pública, además del contrato de obra pública, como la concesión de obra pública y la realización directa por la Administración.

Sustancialmente, este contrato es una “locación de obra pública”. Así lo ha entendido la Procuración del Tesoro de la Nación, que ha dictaminado: “La necesidad de ajustarse a determinadas especificaciones técnicas hace deducir claramente que la obligación pactada fue de resultado, consistente en la obra que resultaría de la actividad de la empresa contratista. Y es precisamente el resultado buscado por las partes (la obra terminada) unido a la especialidad del trabajo solicitado...”²

En Costa Rica, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa prevé el contrato de obra pública en su artículo 147 al disponer:

“La contratación de obras públicas se hará mediante los procedimientos de licitación pública, abreviada o por contratación directa de escasa cuantía, de acuerdo con la estimación del negocio, según lo dispone la ley.”

En la legislación anterior se guardó silencio sobre la posibilidad de realizar procedimientos de esta naturaleza al amparo de la contratación directa de escasa cuantía, lo que llevó a muchos a interpretar erróneamente que la ley no facultaba dicha eventualidad en tratándose de montos de escasa trascendencia. Hoy día el legislador y el reglamentista optaron por salvar ese silencio de la normativa consintiendo expresamente el uso de dicho procedimiento en contrataciones para obra pública. No obstante ese será un tema a analizar en otro momento.

¹ Licenciada en Derecho.

² DROMI (Roberto), *Licitación Pública*, 2 edición, Madrid, España, Editorial de Ciencia y Cultura, 1999, p. 563.

Importa por ahora indicar que existe una herramienta de la cual pueden los contratistas echar mano para desarrollar los contratos de obra que deseen formalizar con la Administración, y esa será la subcontratación que de seguido se analizará.

Concepto

El *Diccionario Jurídico Elemental* de Guillermo Cabanellas de Torres define el subcontrato como aquel

“Nuevo contrato derivado o dependiente de otro previo, llamado básico u originario, y con su mismo contenido en todo o en parte. Los dos contratos coexisten, ya que la subcontratación no extingue el contrato básico ni afecta el vínculo que éste había establecido. Pero nace un nuevo vínculo contractual, distinto, aunque sea autónomo (Masnatta).”

De ahí que se llame subcontratista, según expresa Capitant, la persona que, a precio fijo o a destajo, se encarga de la realización de una parte separada del trabajo, confiado en conjunto a un empresario principal.”³

Es importante indicar que en nuestro país la subcontratación opera en materia de contratación administrativa, para los contratos de obra que se ejecutan por cuenta de un tercero o particular. Es el mecanismo para disponer de obras, maquinaria, equipo o materiales de las cuales el Estado no dispone para llevar a cabo la construcción de la obra. No obstante, la aplicación del mencionado mecanismo tiene limitaciones importantes según nuestra propia legislación.

El artículo 58 de la Ley de Contratación Administrativa establece:

Las empresas participantes en licitaciones de obra pública que deban subcontratar obras, maquinaria, equipos o materiales presentarán junto con la oferta, únicamente para calificar, un listado de subcontratación. En él se indicarán los nombres de todas las empresas con las cuales se va a subcontratar, además se aportará una certificación de los titulares de capital social y de los representantes legales de las empresas.

El mismo cuerpo normativo dispone en su numeral 62:

El contratista no podrá subcontratar por más de un cincuenta por ciento (50%) del total de la obra, salvo autorización previa y expresa de la administración, cuando a juicio de esta última circunstancias muy calificadas lo justifiquen. Sin embargo la subcontratación no relevará al contratista de su responsabilidad por la ejecución total de la obra. Asimismo, los subcontratistas estarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 22 bis de esta Ley.”

Se desprende de dichos numerales un supuesto que el propio legislador no previó en la anterior ley, cual es que se excediera ese tope máximo permitido por Ley, bajo justificadas razones y con la debida autorización de la Administración contratante.

Respecto de la previsión que se realizó hoy ya a nivel legal, es necesario advertir que de excederse el límite del 50% en la ejecución total de la obra, debe constar la motivación correspondiente en el expediente administrativo que se levante al efecto, puesto que pareciera desprenderse del texto de la norma que la autorización no puede ser

³ CABANELLAS DE TORRES (Guillermo), *Diccionario Jurídico Elemental*, 5 edición, Argentina Editorial Heliasta, 2001.

arbitraria o ayuna de motivación. La Administración tiene el deber de verificar que existan razones de peso para autorizar la ejecución de un contrato en esas condiciones.

Otro aspecto no menos importante es que la Administración puede prever la subcontratación desde el pliego cartelario; sin embargo, deberá verificar que la lista propuesta por el oferente cumpla con las exigencias previstas por la ley. Y ello de ninguna forma salva la responsabilidad que adquiere el contratista de frente a la Administración.

No se podría dejar de lado un aspecto medular que atrae la normativa al mundo jurídico. Existe, según nuestra opinión, un cambio en la vertiente legislativa y ejecutiva, como se verá en el texto del artículo No 62 ya citado y el artículo No 149 del Reglamento a la Ley que desarrolla sus alcances indicando:

“En las licitaciones de obra pública, los participantes deberán presentar con su oferta el listado de todas las empresas a las que planea subcontratar para llevar a cabo servicios o trabajos especializados.

En ese listado se indicarán los nombres de las personas físicas o jurídicas de quienes se pretende subcontratar y se aportará una declaración jurada de que no están afectas al régimen de prohibiciones previsto en la Ley de Contratación Administrativa, así como una certificación de los titulares de su capital social y de sus representantes legales, cuando ello corresponda.

En caso de que en la fase de ejecución se modifique el listado de subcontratistas, se deberá reportar con la antelación debida a la Administración, a fin de que ésta verifique lo previsto en el párrafo anterior en cuanto al régimen de prohibiciones.”

Se propuso a nivel de Ley y Reglamento una garantía para la Administración de que a través de la subcontratación no se burlara el régimen de prohibiciones. Si bien no existe una relación directa con la Administración desde el punto de vista formal, lo cierto es que en la práctica muchas de esas empresas subcontratadas mantienen un vínculo estrecho con la Administración. Ellas están llamadas a desarrollar aquellos alcances del objeto contractual que por razones técnicas el contratista no puede desplegar porque requieren de cierta especialidad de la que carece el contratista. Dichas empresas desarrollan por ese hecho una fase o segmento específico de la contratación.

Bajo los anteriores supuestos se pueden extraer varias conclusiones previas.

1. Será posible subcontratar obras, maquinaria, equipos o materiales.
2. Deberá aportarse una lista de los subcontratistas.

3. Existe un límite para subcontratar de un 50% de la ejecución total de la obra a menos que existan razones de peso que ameriten que se sobrepase es porcentaje y para cuyo caso es menester contar con el anuencia de la Administración.

A pesar de la delimitación que prevé la Ley, la Contraloría General de la República al amparo de su Ley Orgánica⁴, que impone el deber de fiscalizar el destino de los fondos públicos dentro del ámbito de su competencia, podrá dictar las disposiciones necesarias en materia de contratación administrativa.

Entonces, dicho Órgano se ha dado a la tarea de delimitar los alcances de la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento. La subcontratación no es la excepción. Se evidencia en las resoluciones de la Contraloría la aspiración de demarcar aún más los parámetros fijados por la Ley de forma tal que el uso de medios excepcionales no se erija en una costumbre abusiva.

Anteriormente el Ente Contralor esgrimía en sus consideraciones que el listado al que refiere la ley respecto a los subcontratistas, debía aportarse junto con la oferta de manera que se constituía en un requisito de acatamiento ineludible. Es decir, si la oferta hacía mención a que se iba a subcontratar parte de la obra debía aportar la lista de los subcontratistas. Hoy por hoy esta tesis fue modificada y es en virtud de la nueva tendencia que no se le impide a la Administración solicitar su presentación en caso de que se hubiera omitido. La subsanación como medio para resguardar el principio de eficiencia y eficacia manda que se corrija o adicione toda aquella información necesaria pero que no produce una ventaja del omiso de frente a los demás participantes.

No obstante lo anterior, tal interpretación no se puede llevar al extremo de desatender cuestiones fundamentales como el hecho de que el oferente debe indicar que hará uso de la subcontratación, entenderlo de otra forma sería permitirle modificar su oferta. El listado es un dato que la Administración debe considerar a efectos de llevar a cabo la adjudicación y no todos los oferentes necesariamente harán uso de esta figura de manera que debe quedar claramente establecido las condiciones bajo las cuales se brindará el bien o servicio requerido para que la Administración contratante realice la valoración que corresponda frente a la Ley. Así, es válido que se solicite que se aporte la lista más no que aporte información que varíe los términos de la oferta. Si el oferente omitió referir que subcontrataría parte de la obra no es posible que lo indique después de la apertura de las ofertas.

No obstante, habiéndolo referenciado tal situación en la oferta es posible que con apego al principio de eficiencia y eficacia se pueda subsanar este aspecto. Ello en el tanto se procura que los procedimientos lleguen a un feliz término y se alcance satisfacer el interés público.

Es importante retomar el criterio expuesto por la Contraloría en el pasado. La omisión del listado acarrea necesariamente la exclusión de la oferta, según sus reflexiones,

⁴ LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Ley No 7428 del 26 de agosto de 1996, La Gaceta 210 de 04 de noviembre de 1994.

pues afectaba la integridad de la misma. Bajo ese razonamiento, el oferente no podía presentar ante la Administración datos que previamente no se había llevado a su conocimiento. Así las cosas, la Contraloría había manifestado:

“Respecto de dicha información, este Órgano Contralor es del criterio que la misma es importante, ya que, en primer lugar, tiene la finalidad de que la Administración licitante sepa, de manera clara y sin lugar a dudas -y pueda verificar-, con cuáles empresas la oferente va a subcontratar, y de que ellas poseen la idoneidad técnica adecuada y necesaria para que puedan cumplir, a su entera satisfacción, con los rubros que se van a subcontratar. Por otro lado, también dicha información tiene importancia, ya que, en vista de que comúnmente las empresas subcontratistas constituyen empresas independientes de la del oferente, a quienes, por lo tanto, no les alcanza la declaración jurada rendida por la proponente -establecida en el numeral 53.2 del Reglamento General arriba citado-, tiende a demostrar que las empresas que la oferente va a subcontratar no tienen prohibición alguna para contratar con la Administración. Ahora bien, esta Contraloría General considera que el artículo 67.2 subexámine, es claro al exigir que la información ahí aludida debe presentarse con la oferta, por lo que se concluye que la omisión de aportarla con la plica, no puede subsanarse con posterioridad a la apertura de las propuestas.”⁵

No obstante se reitera que dicha tesis fue modificada. La presentación posterior de la lista no constituye un favorecimiento al concursante, no le confiere ventaja alguna frente a los demás participantes. Sin embargo, lo anterior no significa que la total omisión sobre este aspecto se pueda pasar por alto; es decir, hecha la prevención, el oferente debe atenderla y aportar lo solicitado para que sea valorado por la Administración, precisamente por la necesidad de comprobar que lo planteado por el oferente no riñe con las limitaciones impuestas por la Ley de Contratación Administrativa. La exclusión de la oferta, en todo caso, se produciría cuando del todo no se aporte la información requerida y no por la simple omisión de la lista en el momento de la apertura.

Va de suyo agregar que al igual que otros documentos la lista en cuestión no es un requisito que se pueda prever en el cartel con carácter de admisibilidad de las ofertas. En ese sentido, el Órgano Contralor ha manifestado:

“la omisión en la presentación del listado de subcontratistas no puede tener la fuerza de implicar la exclusión de los oferentes que no hayan cumplido con ese requisito, siendo de principio que, la Administración esté en posibilidad de solicitar el listado de los subcontratistas si el oferente lo hubiera omitido agregar a su oferta. Todo ello adquiere relevancia en el marco de los principios que informan la Ley de Contratación y su Reglamento General, por cuanto, en primer lugar, ni la Ley ni el Reglamento califican la omisión, con sanción de inelegibilidad de la oferta (ver artículos 62, LCA y 67.2 y 67.3. del RGCA). En segundo término, ante esa falta de calificación de la omisión en la presentación del listado de subcontratación, es procedente entender que el vacío normativo sea resuelto en aplicación de los principios. Para determinar si el aspecto es subsanable o no y así dar contenido al principio de eficiencia, debemos verificar si la presentación de esa documentación le confiere ventaja o no

⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Resolución No 122-98 de las 8:00 horas del 11 de mayo de 1998.

al oferente omiso. En nuestro criterio, la finalidad del artículo 62, LCA, es establecer un claro límite al monto límite que puede un contratista subcontratar y, ello es así, en virtud de que el contrato administrativo es personal, es decir, para la selección del contratista se consideran aspectos de experiencia, idoneidad, etc. que concurren en la persona del seleccionado, sea que fuere persona física o jurídica. En ese sentido, una subcontratación de un porcentaje mayor tornaría irreal la valoración de atestados de una empresa. Por otra parte, el numeral 62, de la ley de cita, claramente dispone una responsabilidad solidaria del contratista con respecto a lo que ejecuten sus subcontratistas, por cuanto dispone que "la subcontratación no relevará al contratista de su responsabilidad por la ejecución total de la obra". Finalmente, una tercera finalidad de requerir el listado de subcontratistas es verificar que no se viole por esa vía el régimen de prohibiciones. Si no que otra finalidad queda manifiesta en el 67.2. del Reglamento citado, el cual dispone que "en este listado se indicará los nombres de todas las empresas con las cuales se va a subcontratar y se aportará una certificación de los titulares del capital social y de los representantes legales de aquellas."... Como observamos, en el citado precedente se destacó la importancia del listado de subcontratación y la finalidad de verificar que las empresas que concurren a la ejecución del objeto contractual, independientes del contratista principal, no les afecta el régimen de prohibiciones. De esas premisas, estimamos que no se puede concluir, sin contravenir el principio de eficiencia, que la omisión en la presentación del listado de subcontratistas, conlleve la exclusión de la oferta. Justamente, podría abonarse que sería igualmente trascendente para el concurso determinar la capacidad financiera del oferente y, sin embargo, el artículo 56.1.1.4. del RGCA permite la aportación posterior de los estados financieros, o bien, que es igualmente trascendente que se hubiera dejado de aportar literatura técnica complementaria que el numeral 56.1.1.5 ibidem permite subsanar, o en general, la presentación de certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones del bien ofrecido (56.1.1.2. ibidem). / Ante ausencia de norma, la solución debe ser la que armonice en mejor forma con los principios y sobre el particular, estima este Despacho que se vería mejor servido el interés general, con una mayor disponibilidad de ofertas entre las cuales las entidades puedan escoger a su contratista. Ello no la releva, en nuestro criterio, de efectuar todas las verificaciones que la técnica le impone, a fin de determinar la idoneidad de los subcontratistas que llegue a presentar el oferente principal, en el entendido que la responsabilidad del contratista principal es por el todo y por el plazo total que fija el numeral 35 de la LCA, que al efecto dispone: "En cinco años, prescribirá la facultad de la Administración de reclamar, al contratista, la indemnización por daños y perjuicios, originada en el incumplimiento de sus obligaciones. Si se trata de obras públicas, el término para el reclamo indemnizatorio originado por vicios ocultos será de diez años contados a partir de la entrega de la obra." / En consecuencia, este Órgano Contralor reconsidera el criterio vertido por la anterior Dirección General de Contratación Administrativa, en el sentido de que el listado de subcontratistas es procedente que sea prevenido por vía de la subsanación, en caso de que se omita su presentación con la oferta."⁶

⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Oficio 15031-2001 del 17 de diciembre del 2001 (DAGJ 2355-2001).

Adicionalmente a las limitaciones esbozadas, es importante considerar que el recurso a contratar esté estrechamente relacionado con una actividad subsidiaria y que requiera de cierta especialidad que no tiene el contratista en un campo determinado, lo que nos lleva a afirmar que el subcontratista bajo ningún motivo puede desplegar la acción que corresponde al objeto medular de la contratación sino sólo aquellas actividades especializadas pero subsidiarias al mismo.

En el mismo orden de ideas, y sobre la sustitución en cuanto a la ejecución de esa parte suplementaria no debiera encontrarse impedimento para que en la etapa de ejecución contractual el contratista proponga una modificación de los subcontratistas; siempre que el sustituto mantenga las condiciones de idoneidad ofrecidas por el subcontratista original. También podrían mejorarse las aludidas condiciones pero en ningún caso a *contrario sensu*. El subcontratista debe guardar durante toda la ejecución contractual el perfil o características iniciales, aunque exista una sustitución del sujeto como tal.

Sobre las analogías y contrastes de la subcontratación y la cesión

Es importante aclarar en este punto que la subcontratación no implica de ninguna manera la cesión del contrato. Esta última involucra el traslado de los derechos y obligaciones del contratista. En el último caso es otro el que asume la responsabilidad respecto del objeto contractual en el porcentaje que se haya cedido el contrato. Además, ya no solo se está en presencia de un traslado de cuestiones accesorias, sino que incluso podrían cederse obligaciones principales, y consecuentemente, los derechos que dichas obligaciones generan. Aunque existen elementos comunes en nuestra legislación, como el permiso de la Administración cuando la cuantía del negocio así lo determine, lo cierto es que son figuras jurídicas diferentes. En la cesión, además, corresponderá que la Contraloría General de la República se pronuncie, si el monto del contrato fuere de su competencia cuando se sobrepase un 50% de la totalidad del objeto contractual. Ésta última tesis se sustenta en la nueva corriente que se ha venido gestando en el seno de ese Órgano, que aboga por la fiscalización de los procedimientos cuyas cuantías merecen una especial atención, dejando librada a la Administración la responsabilidad de los montos cuya importancia se ve mermada, sin que ello obstaculice una revisión facultativa de la Contraloría General de la República cuando así sea pertinente. Si bien el Reglamento no hace especial hincapié en la cuantía del negocio, se ha interpretado que la Contraloría no debe enfrascarse en el análisis de contrataciones cuyo monto no sea de una especial envergadura. Muchos de los representantes de esa tesis sustentan sus aseveraciones incluso en la Constitución Política, pero ese será un tema a desarrollar en otra oportunidad.

Dentro de las semejanzas se podría apuntar que ninguno de los dos institutos se puede emplear en los contratos “*intuitu personae*”, ya que el contratista se elige por sus especiales características. De manera que, tanto la subcontratación como la cesión resultan incompatibles con la naturaleza de este tipo de negocios.

Otra similitud se da a partir del deber de los subcontratistas y el cesionario de no encontrarse afecto a las prohibiciones reguladas en el artículo No. 22 y No 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, sea que su capacidad para contratar también se ve socavada cuando se encuentra cobijado por alguna de las prohibiciones allí formuladas.

La idoneidad que deben gozar tanto subcontratistas como cesionarios no escapa a este espectro de analogías. Los subcontratistas deben contar con experiencia determinada en la parte que les corresponda desarrollar del contrato principal, y el cesionario está en la obligación de adquirir los deberes según su particular capacidad técnica en cuanto a los contratos que asume.

La responsabilidad, no obstante, no es la misma para un subcontratista que para un cesionario. En el primer caso, el sujeto tiene responsabilidad con el co-contratante de la Administración, más no con la Administración misma como sí sucede con el cesionario.

Adicionalmente cabe señalar que de común en ambos institutos jurídicos se debe tomar en consideración la propuesta por el contratista. En uno de los casos, para determinar la procedencia de la subcontratación de forma que se ajuste a los requerimientos legales y; en el otro caso, la Administración debe referirse necesariamente a la conveniencia o no de aceptar la cesión propuesta. Así las cosas, ese mismo elemento común forja una distinción importante. En la subcontratación, la Administración contratante debe verificar que lo propuesto por el oferente se ajuste a la Ley y al cartel del procedimiento, mientras que en la cesión entra en juego la discrecionalidad que le permite, además, valorar criterios de oportunidad y conveniencia, ya en una etapa posterior para aceptar o rechazar la solicitud del contratista.

Es acá donde se puede encontrar otra diferencia significativa. Los oferentes deben dejar claro en su propuesta, que desean contratar con la Administración haciendo uso del mecanismo de la subcontratación. En el caso de la cesión, esto es inconciliable con su naturaleza. Ella se da en un momento posterior a la apertura de las ofertas, existe, además, un acto de adjudicación en firme y hasta podría estarse en la etapa de ejecución contractual, donde el contratista se encuentra en una situación que le imposibilita cumplir a cabalidad con las obligaciones contraídas, por lo que solicita permiso para ceder el contrato parcial o totalmente.

Sobre las similitudes y contrastes de la Subcontratación y la Oferta en Consorcio y la Oferta en Conjunto

Sin ánimo de agotar el tema de las ofertas en consorcio así como de las ofertas en conjunto, interesa únicamente para los efectos subrayar que pese a que existe algún tipo de relación con la Administración Contratante, en el caso de la subcontratación no existe una responsabilidad directa como sí la habría tratándose de las otras dos figuras mencionadas.

La oferta en consorcio presupone una responsabilidad solidaria de los consorciados, quiere decir que llegado el caso en que dos empresas se asocien para desarrollar un proyecto determinado la falta de uno puede serle imputable al otro en su calidad de responsable solidario.

Por su parte la oferta conjunta dispone el deber de ambos asociados de cumplir en aquel fragmento que se comprometió. La responsabilidad se deslinda y por tanto cada cual es garante de su segmento ante la Administración.

Hay de común entre ambos institutos que siempre existe una relación inmediata con la Administración. La subcontratación no presupone tal cosa. Con ella se pierde ese nexo o relación. Se insiste que el subcontratista le debe cuentas únicamente al co-contratante de la Administración, quien en última instancia responde por las faltas del subcontratista.

El contrato entre terceros no implica necesariamente subcontratación

En otro orden de ideas, tampoco puede asumirse que toda relación del contratista con un tercero sea una subcontratación; ejemplo de ello son las relaciones de financiamiento comunes entre sujetos privados. Debe existir una incidencia directa del tercero en la relación contractual que se genera con la Administración, aunque eso no implica que el contratista se libere de responsabilidad alguna frente al contrato.

Se insiste en que la subcontratación no releva al contratista del compromiso por el contrato que se llegare a ejecutar. Así, se podría hablar de tres sujetos en esta relación particular: la Administración, el contratista y el subcontratista. Este último le debe cuentas al contratista y el contratista a su vez es responsable ante la Administración por el correcto cumplimiento de sus obligaciones.

Subcontratación en contratos de bienes y servicios

Luego de haberse aclarado los presupuestos de la subcontratación en contratos de obra, resta analizar la posibilidad de trasladar esta figura a los demás contratos que realiza la Administración, sea los de bienes y servicios.

Según la Contraloría General de la República, la subcontratación podría aplicarse a contratos distintos de los Obra Pública, siempre y cuando se cumpla con las limitaciones impuestas para estos y que se prevenga -desde el cartel- tal posibilidad. Sin embargo, esta figura no puede emplearse indiscriminadamente. Su aplicación en contratos de bienes y servicios, debe obedecer a una situación excepcional, ampliamente motivada por la Administración.

El legislador omitió una norma de carácter general que disponga la subcontratación en materias distintas de la obra pública, donde aparece como un aspecto justificado en virtud de su particular naturaleza. No obstante, por vía de excepción, la subcontratación podría admitirse en contratos diversos de los de obra pública, para los cuales serían plenamente aplicables los principios y límites establecidos para la obra pública, consistentes en: 1) el objeto de la subcontratación, referido a la ejecución de una prestación especializada, siempre subsidiaria a la principal, 2) su necesaria presentación con la oferta y aceptación por la Administración y 3) su ajuste al límite porcentual del 50% en relación con la prestación contratada. La interpretación restrictiva en estos casos, estaría ampliamente justificada en la necesidad de no vulnerar los principios que rigen la selección del co-contratante de la Administración y las características y particularidades que hayan sido tomadas en cuenta al momento de decidir la adjudicación.⁷

Es importante que el contratista, con su propuesta, no amenace la prestación esencial que está obligado a procurar. La Administración, en el momento de verificar la oferta, debe constatar que los subcontratistas tengan la suficiente capacidad de desplegar las actividades subcontratadas y que no estén cobijados por las prohibiciones que prevé la Ley en sus numerales 22 y 22 bis. Por ello, es menester que la lista se aporte desde el principio, sin perjuicio de que la Administración prevenga su presentación, cuando no se aporte con la oferta. Bajo esos razonamientos, no tiene sentido que la Administración solicite una aclaración sobre esos términos, cuando ya exista un acto de adjudicación a favor del oferente omiso. Ello sería objeto, sin lugar a dudas, de un posterior recurso contra el acto de adjudicación dictado.

⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Oficio No. 8080 del 14 de julio de 1999 (DGCA 846-99)*.

Conclusión

- Según las anteriores consideraciones, la subcontratación es una figura prevista por la Ley para contratos de obra pública; sin embargo, y al ser omisa la Ley de Contratación Administrativa respecto de los demás contratos del Estado, la Contraloría General de la República ha interpretado que su aplicación es posible, siempre y cuando se de en situaciones de carácter excepcional y se respeten las limitaciones impuestas para los contratos de obra.
- A pesar de guardar algunas similitudes con la cesión, la subcontratación es una figura jurídica distinta. La cesión implica la necesaria responsabilidad del que la asume los derechos y obligaciones cedidos frente al Estado, mientras que en la subcontratación el contratista no pierde su vínculo y compromiso consecuente con la Administración. Es él el llamado a dar cuentas ante un eventual incumplimiento y no el subcontratista como tal.
- Lo mismo sucede con las ofertas consorciadas y las ofertas en conjunto. La diferencia estriba en los criterios de responsabilidad. Para las primeras la Administración puede reclamarle directamente a los sujetos consorciados o a aquellos que presentaron su oferta de manera conjunta. En el caso de la subcontratación es el co-contratante quien responde por los yerros u omisiones del subcontratista.
- La subcontratación prevista por la Ley es una herramienta accesoria que se pone a disposición de los oferentes, para que logren concretar relaciones contractuales con la Administración cuando razones técnicas le impidan desarrollar en su totalidad un objeto contractual determinado; al igual que algunas otras opciones, como por ejemplo la posibilidad de que se presenten ofertas en consorcio o conjuntas, pero ello es tema que requerirá un desarrollo posterior.