

Lucía de Fátima Peláez Ramírez*

La suerte del supervisor de obra en la suspensión de plazo de ejecución en los contratos de obra, a propósito del COVID 19

“EL CONTRATO DE SUPERVISIÓN DE OBRA ES INDEPENDIENTE AL CONTRATO DE OBRA, CONSTITUYÉNDOSE EN UNA RELACIÓN JURÍDICA DISTINTA, PERO DIRECTAMENTE VINCULADO POR LOS EVENTOS QUE AFECTAN LA EJECUCIÓN MISMA DE LA OBRA, CARACTERÍSTICA DE SU NATURALEZA ACCESORIA”

Resumen: El presente artículo pretende retratar la realidad del supervisor de obra frente a un acuerdo externo de suspender el plazo de ejecución de obra, imponiéndosele la misma suerte (efectos) afectando el principio de equidad que debe regir toda contratación pública.

Palabras claves: Contrato de ejecución de obra – Contrato de supervisión de obra – Suspensión del plazo de ejecución – Gastos generales – Costo Directo – Utilidad – Fuerza Mayor – Principio de Equidad.

Resumed: This article aims to portray the reality of the work of the supervisor in the face of an external agreement to suspend the term of execution of the work, imposing the same fate (effects) affecting the principle of equity that should govern all public contracting.

Key words: Work execution contract – Work Supervision Contract – Suspension of the execution period – General expenses – Direct Cost – Utility – Force Majeure – Principle of Equity.

* Abogada con nueve años de experiencia y árbitro especializada en Contrataciones con el estado y Derecho Administrativo, adscrita a la Cámara de Comercio y Producción de La Libertad, Cámara de Comercio del Santa y Cámara de Comercio y Producción de Lambayeque .

Ya reza el apotegma que *“lo accesorio sigue la suerte de lo principal”*, es innegable que el contrato de supervisión de obra es accesorio¹ al contrato de ejecución de obra; pues, la existencia del primero depende directamente del segundo. En este sentido, podemos afirmar que, si el contrato de ejecución de obra sufre una modificación en el plazo, esta modificación afecta, de igual manera, al contrato de supervisión de obra, a pesar de relaciones jurídicas distintas.

Considero que no existe mayor debate en las ampliaciones plazo que sean aprobadas por la entidad posterior a su trámite, en forma y oportunidad; sin embargo, si el ejecutor de obra decide voluntariamente² acordar la suspensión del plazo de ejecución³ de la obra, corresponde también la suspensión del contrato de super-

visión de acuerdo al numeral 178°.3 del artículo 178° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

El efecto de la suspensión de plazo de ejecución, en la supervisión de obra, es la renuncia al pago del gasto general, el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad⁴; dejándole únicamente aquellos mayores gastos generales y costos directos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión.

1. El COVID 19 genera la suspensión del plazo de ejecución

Como hemos señalado previamente, la suspensión del plazo de ejecución deviene del acuerdo de las partes

¹ La naturaleza accesorio que tiene el contrato de supervisión respecto del contrato de obra -naturaleza que se origina en la obligación que tiene el supervisor de velar de forma directa y permanente por la correcta ejecución del contrato de obra- implica que el supervisor ejerza su actividad de control **durante todo el plazo de ejecución** (y la recepción), incluso si el contrato de obra original sufre modificaciones. (Quinto párrafo del numeral 2.1.1 de la Opinión N° 232-2019/DTN)

² No estamos señalando que sea la decisión más o menos conveniente, solo utilizando esta hipótesis para efectos del presente artículo

³ De acuerdo al numeral 178.1 artículo 178° del RLCE establece que cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la paralización de obra.

⁴ Numeral 158.5 del artículo 158° del RLCE

(entidad – ejecutor de obra) ante eventos no atribuibles a ellas pero que originan la paralización⁵ de obra. Con la emisión del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM⁶ que declara el estado de emergencia nacional por el plazo de quince (15) días calendario, por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID-19.

Suspendiéndose todas las actividades distintas a la continuidad de los servicios públicos, abastecimiento de alimentos, medicinas, entidades financieras, seguros y pensiones, combustible y todas las actividades conexas y complementarias de las descritas anteriormente.

Posteriormente, el OSCE a través del Comunicado N° 005-2020-OSCE

precisa que la declaratoria de emergencia nacional constituye una situación de “fuerza mayor”⁷ que pueden afectar los vínculos contractuales celebrados al amparo de la normativa de contrataciones. En su numeral 4, señala que en los contratos de obra se puede aplicar: i) procedimiento de ampliación de plazo, ii) posponer el inicio del plazo de la ejecución y iii) **suspender el plazo de ejecución del contrato**⁸; dejándole a las partes adoptar el acuerdo respectivo, en formas que no vulnere el mandato dentro la emergencia sanitaria.

Posteriormente mediante los Decretos Supremos N°s 051-2020-PCM⁹, 064-2020-PCM¹⁰, 075-2020-PCM¹¹ y 084-2020-PCM¹² se establece prorrogar el Estado de Emergencia Na-

⁵ Se define “paralización” como la detención de la ejecución de todas las actividades y partidas que forman parte de la obra de acuerdo a la Opinión N° 017-2014-DTN

⁶ Publicado en el Diario Oficial “EL Peruano”, el 15 de marzo del 2020

⁷ Circunstancia inevitable e imprevisible

⁸ Negrita y subrayado propio.

⁹ Publicado en el Diario Oficial “EL Peruano”, el 27 de marzo del 2020

¹⁰ Publicado en el Diario Oficial “EL Peruano”, el 10 de abril del 2020

¹¹ Publicado en el Diario Oficial “EL Peruano”, el 25 de abril del 2020

¹² Publicado en el Diario Oficial “EL Peruano”, el 10 de mayo del 2020

cional (...), por el término de trece (13) días calendario, a partir del 31 de marzo; por el término de catorce (14) días calendario, a partir del 13 de abril hasta el 26 de abril; por el término de catorce (14) días calendario, a partir del 27 de abril hasta el 10 de mayo y, por el término de catorce (14) días calendario, a partir del 11 de mayo hasta el 26 de abril; respectivamente.

El COVID 19, hasta la fecha, estaría paralizando la ejecución de obras por el plazo de setenta (70) días calendario; por cuanto, la entidad se estaría viendo afectada al no obtener la finalidad pública de la contratación y el ejecutor de obra no estaría recibiendo su utilidad en el plazo proyectado; pero ¿cuál sería la afectación al supervisor de obras?

2. Particularidades del contrato de supervisión de obras.

El supervisor de obra es una persona natural o persona jurídica (obligatoriamente designa a una persona na-

tural) que se encuentra de modo permanente y directo durante la ejecución de la obra, no pudiendo prestar servicios en más de una obra a la vez¹³, siendo pasible de sanción por su incumplimiento de acuerdo al literal e) del numeral 50.1 del artículo 50° de Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

Adicionalmente, el personal ofertado como personal clave debe permanecer como mínimo sesenta (60) días calendario desde el inicio de su participación en la ejecución del contrato o por el íntegro del plazo de ejecución si es menor a los sesenta (60) días calendario, bajo la sanción de aplicar penalidad¹⁴ no menor a la mitad de una Unidad Impositiva Tributaria (0.5 UIT) ni mayor a una Unidad Impositiva Tributaria (1 UIT) de acuerdo al artículo 190° del RLCE.

Sin duda el contrato de supervisión de obra es un contrato personalísimo, porque la prestación no puede ser

¹³ Salvo en obras convocadas por paquete que se establezca en los documentos del procedimiento de selección la participación en más de una obra.

¹⁴ Al amparo del artículo 163° del RLCE – Otras penalidades

ejecutada por otra persona que la persona natural o la designada para tal efecto, de ser persona jurídica; ya sea, la ofertada inicialmente o aprobada por la entidad por sustitución.

La contraprestación¹⁵ del supervisor depende del sistema de contratación¹⁶: sistema de tarifas¹⁷ o suma alzada. El sistema de tarifas cuando se desconoce el tiempo de la prestación, ofertándose una tarifa en base al tiempo estimado o referencial y se valoriza de acuerdo a su ejecución real; sin embargo, si se conoce el tiempo de la prestación se puede contratar por el sistema de suma alzada, ofertándose un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.

En el caso, que se ampliase el plazo de ejecución del contrato de obra, el

supervisor dependiendo el sistema de contratación se le tendría que aprobar mayores gastos generales o una prestación adicional en el sistema de contratación de suma alzada, o multiplicar la tarifa por los días ampliados, en el sistema de tarifas.

3. Costos y gastos generales del servicio de consultoría de supervisión de obras.

La norma es clara al señalar que, si el ejecutor de obra decide suspender el plazo de ejecución, su decisión sustituye la voluntad del supervisor de obra, pero qué tan justa es esta disposición.

Cabe preguntarse, ¿cuáles serían los gastos en que incurre el contratista de supervisión de obras?

¹⁵ Durante muchos años se debatió sobre el modo y forma que debía percibir sus honorarios el supervisor de obra. En un primer momento, se le pagaba de acuerdo al porcentaje de avance de obra; sin embargo, si el ejecutor de obra incurría en atrasos o paralizaciones se le afectaba directamente al supervisor. Posteriormente, mediante los pronunciamientos de OSCE ante las consultas de los supervisores de obra se dispuso que el pago se realizara de forma mensual independiente del porcentaje de avance de obra.

¹⁶ Regulada en el artículo 35° del RLCE

¹⁷ Regulada con la emisión de la Ley N° 30225, en el artículo 14° de su reglamento

De manera general¹⁸ podríamos señalar que los gastos en que se incurren serían:

- Supervisor de obra o jefe de supervisión
- Asistente de supervisión
- Plantel técnico (especialista en eléctricas, sanitarias, ambientalista, ocupacional, etc.)
- Mantenimiento de Carta fianza
- Oficina
- Servicios de telefonía e internet
- Equipamiento (vehículos, equipamiento topográfico, etc.)

Tenemos, entonces, que el supervisor de obra, en el caso de persona natural, deberá ejecutar exclusivamente la prestación, es decir, que no podrá realizar otras actividades mientras este el contrato vigente¹⁹; por tanto, su único ingreso económico es la contraprestación por el servicio de supervisión que por efecto de la suspensión del plazo de ejecución será afectada en su totalidad.

Para el caso de persona jurídica, deberá tener un contrato por servicios con el profesional designado para que se mantenga en reserva mientras dure la suspensión de plazo de ejecución. Definitivamente mientras el contratista (entiéndase quien suscribió el contrato de supervisión de obra) no va a percibir ingresos por efectos de la suspensión, si tiene que renegociar con su profesional ofertado para evitar sustituirlo.

Respecto a los profesionales claves, debemos remitirnos al porcentaje de participación en obra de los documentos de selección o su participación de acuerdo al cronograma de ejecución de obra, por cuanto no se encuentra obligado a brindar exclusivamente el servicio, a diferencia del supervisor de obra, asistente de obra o jefe de supervisión.

La garantía de fiel cumplimiento debe estar vigente hasta el consentimiento de la liquidación, lo que generan gas-

¹⁸ Trataremos de describir a detalle los gastos en que se incurren, no necesariamente se aplican en todos los contratos.

¹⁹ En el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente de acuerdo al numeral 144.3 del artículo 144° RLCE.

tos en la entidad financiera durante el plazo de la suspensión del plazo de ejecución.

En lo que respecta a los otros gastos van a estar determinados por la oferta, según se haya acreditado la propiedad o el alquiler, en ambos casos los costos se establecerían por depreciación o contratos con terceros.

De lo expuesto, podemos concluir que en el servicio de supervisor de obras se van a tener costos permanentes para cumplir con las exigencias de la ley, siendo el principal mantener en stand by a un profesional experto.

4. Reflexiones sobre la suerte de lo accesorio

Como regla general, el contrato se modifica por la voluntad de las partes; sin embargo, en materia de contrataciones estatales²⁰ se ha normado que, si el ejecutor de obra decide suspender el plazo de ejecución, su decisión sustituye la voluntad del supervisor de obra, el acuerdo debe quedar por escrito, en dicho instru-

mento se puede señalar cuáles son los gastos generales o costos directos que se van a ejecutar para viabilizar dicha suspensión.

Sin embargo, el supervisor de obra al no tener la posibilidad de negociar cuales son los gastos generales²¹ o costos directos que se le van a reconocer tiene necesariamente, que estar supeditado a la voluntad de la entidad que en la mayoría de los casos no reconoce ni paga ningún gasto general o costo directo.

Definitivamente el perjuicio de no reconocer los gastos generales y costos directos que permitan viabilizar la suspensión en su oportunidad no van a ser resarcidos en un arbitraje, que a pesar de ser un medio de resolución de conflictos especializado y célere, no logra renovarle al supervisor de obra todas las expectativas iniciales por las que decidió presentar su oferta.

En tiempos del COVID 19, en los que no existe la demanda de ejecución de otras obras puede favorecer a la renegociación con el profesional ofer-

²⁰ Principio de especialidad

²¹ Son aquellos costos indirectos que el contratista efectúa para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio. Anexo N° 1 – Definiciones del Decreto Supremo N°344-2018-EF.

tado o la esperanza de continuar con el servicio de supervisión de obra; sin embargo, es un problema palpable cuando la causa de la suspensión no es efecto del aislamiento social y el supervisor de obra (profesional especializado) se encuentra obligado a permanecer en stand by porque no puede prestar más de un servicio a la vez.

No cuestionamos la accesoriedad del contrato de supervisión de obra, sino que la decisión de un tercero, ejecutor de obra, no prive al supervisor de obra de sus derechos patrimoniales a mayores gastos generales y costos directos para viabilizar la suspensión, participando del acuerdo al momento de establecer previamente cuales van a ser reconocidos por la entidad en mérito al principio de equidad²².

Como ya ha expresado el OSCE en numerosas opiniones, en las contrataciones públicas se conjugan dos

intereses –entidad²³ y contratista²⁴– sobre ello, en la Opinión N° 237-2017/DTN, la Dirección Técnico Normativo citando a Alberto Retamozo menciona que:

“estas dos racionalidades se articulan en el procedimiento de contratación (...) asumiendo cada una de las partes expectativas, derechos y obligaciones distintas en función de los diferentes intereses a satisfacer. En este escenario, las contrataciones del Estado deben responder a la necesidad de garantizar el adecuado marco en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y el derecho de las personas naturales y jurídicas a participar como proveedores del Estado, acorde con la consecución de sus fines (...)”²⁵.

En este sentido, se debe regular en materia de contrataciones reglas equitativas tanto para contratista y entidad, y no solo que favorezcan a

²² El principio de equidad regulado en el literal i) del artículo 2° de la Ley establece que “Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general”

²³ Maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación de las Entidades Públicas bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios u obras que realizan para el cumplimiento de los fines públicos y en pro del interés general

²⁴ Maximizar sus ganancias, legítimo afán de lucro

²⁵ Retamozo Linares, A., (2011) *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control, Análisis y Comentarios. Tomo I*, Lima - Perú, Jurista Editores E.I.R.L. p.188.

la entidad en desmedro del patrimonio y expectativa del contratista.

La evidente regulación proteccionista a la entidad por parte del legislador no permite proteger los intereses del estado sino facilita la corrupción o el innecesario inicio de arbitrajes y pierde el eje principal que es la colaboración de lo privado con lo público, como una alianza estratégica que permita el cumplimiento de la finalidad pública.

5. Conclusiones

- Los acuerdos, por escrito, sobre la decisión de suspender el plazo de ejecución de obra deben integrar al supervisor de obra para negociar el reconocimiento de gastos generales y costos directos para viabilizar dicha suspensión.
- El legislador debe poner especial cuidado en no afectar los derechos patrimoniales o las expectativas de lucro de los contratistas, regulando este aspecto bajo la misma esencia de la renuncia de gastos generales en las ampliaciones de plazo.
- Sin duda resulta equitativo que al supervisor de obra mínimamente se le reconozca el costo del personal que tenga cien por ciento (100%) de disponibilidad y obligación de exclusividad en la realización del servicio.
- Este reconocimiento debe ser acreditado con los recibos de honorarios o boletas de pago y que su valor y periodicidad sea desde el inicio del servicio y no solo durante la suspensión con el fin de evitar suspicacias o aprovechamiento por parte del contratista.
- El realizar el acuerdo previo a la solicitud de reconocimiento por parte del supervisor conlleva a no iniciar arbitrajes, cuyo costo real no es analizado por la entidad o el Estado, ya que, al margen de las decisiones desfavorables y la condena de costos arbitrales, tienen un costo operativo al interno de la entidad (procuradores, abogados defensores, asesores externos, informes especializados y otros), costo que podría ser invertido en proyectos de desarrollo.