

OPINIÓN N° 003-2021/DTN

Solicitante: Corporación OTINGSA S.A.C

Asunto: Obligaciones derivadas de un contrato con el Estado

Referencia: Formulario S/N de fecha 16.DIC.2020 – Consultas del Sector Privado o Sociedad Civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Representante Legal de la Corporación OTINGSA S.A.C. formula consulta respecto de las obligaciones esenciales derivadas de una contratación pública, 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 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. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE “Consultas del sector privado o la sociedad civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que, de las siete consultas planteadas, seis de éstas (consultas N° 1, N°2, N°4, N°5, N°6 y N°7), no se han formulado en términos genéricos, haciendo alusión a situaciones específicas o concretas – en el marco de un determinado contrato de supervisión de obra, y otras, referidas a un contrato de ejecución de obra; donde se solicita que el OSCE se pronuncie sobre cada situación en particular – razón por la cual, las consultas indicadas anteriormente no serán absueltas por este Organismo Técnico Especializado, debido a que su análisis excede la habilitación legal otorgada a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

2.1 “¿Es una obligación esencial de la entidad brindar una supervisión directa y permanente, de acuerdo a lo estipulado en la contratación del servicio de consultoría de supervisión de obra?”

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que -conforme a lo señalado en los antecedentes de la presente opinión- las consultas que absuelve el OSCE 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.

Al respecto, se advierte que la consulta planteada está relacionada con la supervisión directa y permanente a que se obliga el contratista supervisor de una obra, y busca que el OSCE determine si dicha obligación, que surge de una relación jurídico patrimonial entre la Entidad y **el contratista supervisor de obra, constituye** o no una obligación esencial de la Entidad en el marco de **otra** relación jurídico patrimonial: la surgida entre la Entidad y el **contratista ejecutor de obra**; aspecto que no puede ser determinado mediante opinión, toda vez que dicho análisis excede la habilitación legal conferida a este despacho conforme al literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, a continuación se desarrollarán los aspectos generales relacionados con las obligaciones esenciales derivadas de una determinada contratación, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

Sobre el deber jurídico y la obligación

2.1.2. En primer lugar, resulta pertinente hacer referencia a la diferencia existente entre el deber jurídico y la obligación. Según ESCOBAR ROSAS, “*el deber jurídico (...) se traduce en la necesidad de efectuar un comportamiento normativamente impuesto (...)*”². Por su parte, según GIORGI³, la obligación es “*un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan ligadas con otra u otras (acreedor o acreedores), para dar, hacer o no hacer algo*”.

Al respecto, HERNÁNDEZ GIL⁴ sostiene que la diferencia entre obligación y deber “*radica en que éste último sólo expresa el directo sometimiento a las normas, mientras que por medio de la **obligación** ese sometimiento se traduce en un **concreto deber de conducta hacia otros**, que integra el contenido de la obligación*”. (El énfasis es agregado).

² Escobar Rozas, F. *Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico*, en: Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 52, 1999, p. 296.

³ Citado por CASTILLO FREYRE, M. y OSTERLING PARODI, F. (2020). *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Segunda Edición. Lima: Rimay Editores, p.55

⁴ Ibid., p.73.

Como se puede apreciar, el deber jurídico impone una conducta general a través del ordenamiento jurídico, que supone su debido cumplimiento, mientras que la obligación, por su parte, implica la existencia de una relación jurídica patrimonial individualizada, en virtud de la cual el acreedor tiene derecho a exigir al deudor el cumplimiento de determinadas prestaciones.

Asimismo, cabe resaltar que los caracteres típicos de una obligación son los siguientes:

“(a) La relación de obligación crea un vínculo jurídico entre acreedor y deudor, (b) Una de las particularidades más importantes es la patrimonialidad de la prestación y (c) El deber de la prestación se dirige a satisfacer el interés, patrimonial o no del acreedor, y éste está autorizado para exigir su cumplimiento”⁵.

Así, una obligación, para ser considerada como tal, deberá poseer las características antes mencionadas, a fin de que ésta sea exigible entre las partes que conforman la relación jurídica patrimonial.

Sobre las relaciones jurídico patrimoniales que constituyen las contrataciones del Estado

2.1.3. En este contexto, en el marco de un contrato con el estado, surge una relación jurídica patrimonial entre la Entidad y el contratista, en la cual ambos se obligan al cumplimiento de determinadas prestaciones. Así pues, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras que ésta última se compromete a pagar al contratista la contraprestación acordada. En estos términos, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes ejecuten sus prestaciones a satisfacción de sus respectivas contrapartes, de conformidad con lo previsto en el contrato y en la Ley.

Sobre el particular conviene destacar que, en el contrato de supervisión de obra, el supervisor se obliga a efectuar el continuo control, seguimiento y evaluación de las actividades del ejecutor de obra; se trata, pues, de un contrato autónomo pero conexo a otro, esto es, al contrato de ejecución de obra⁶.

Al respecto, RICÓN SALCEDO sostiene que la ejecución de obra y la supervisión de ésta son dos prestaciones de naturaleza distinta -la primera, de resultado y la segunda, de actividad-, que originan la celebración de **contratos independientes**; por lo tanto, el contrato de supervisión es autónomo en la medida **que su nacimiento surge de un acuerdo independiente de voluntades que, incluso, proviene de un procedimiento de selección distinto** del efectuado para seleccionar al ejecutor de obra⁷.

⁵ Ibid., p. 75.

⁶ Cfr. MORÓN URBINA, J. (2016) “La Contratación Estatal”. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.p.163.

⁷ Cfr. Citado por MORÓN URBINA, J., p.164.

Así, el contrato de supervisión de obra constituye una relación jurídico patrimonial independiente, sin perjuicio de la vinculación que existe entre éste y el contrato de ejecución obra.

2.1.4 Ahora bien, el numeral 10.1 del artículo 10° de la Ley establece que “*La Entidad **debe** supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros (...)*”. En concordancia con ello, el numeral 186.1 del artículo 186° del Reglamento indica que “*Durante la ejecución de la obra, se cuenta, **de modo permanente y directo**, con un **inspector** o con un **supervisor**, según corresponda. (...) El inspector es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente en la obra*”. (El énfasis es agregado).

Como se puede apreciar, en el marco de una contratación de ejecución de obra, la Entidad **debe** supervisar de forma permanente⁸ y directa⁹, a través de un inspector o supervisor, la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y el cumplimiento del contrato¹⁰. Asimismo, el literal a) del numeral 176.1 del artículo 176° del Reglamento dispone que, para el inicio del plazo de ejecución de obra, la Entidad debe notificar al contratista quién es el inspector o supervisor de obra.

Así pues, la Entidad tiene el **deber jurídico** de supervisar de manera directa y permanente la correcta ejecución de la obra; sin embargo, dicho deber jurídico no constituye una obligación contractual en el marco de la relación jurídico patrimonial entre la Entidad y el contratista ejecutor de obra.

Sobre las obligaciones esenciales en el marco de una contratación con el Estado

2.1.4 Al respecto, este Organismo Técnico Especializado ha señalado en diversas opiniones que las “*obligaciones esenciales*” son aquellas cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato¹¹ y, en esa medida, **satisfacer el interés de la contraparte**; siendo indispensable, como **condición** para tal

⁸ Por el término “permanente” debía entenderse que el profesional designado como supervisor debía estar en el lugar de la obra durante todo el periodo de su ejecución.

⁹ Por el término “directa” debía entenderse que el profesional designado como supervisor debe realizar sus funciones personalmente, sin intermediarios.

¹⁰ Conforme a lo establecido 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 (...)*”.

¹¹ Cabe señalar que no todas las obligaciones establecidas en las Bases o en el contrato constituyen obligaciones esenciales.

determinación, que dichas obligaciones **se hubieran contemplado en el contrato**¹².

Por otro lado, cabe recordar que según la Opinión N° 027-2014/DTN, “*el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales **en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas**”.*

Como se aprecia, la determinación de una obligación como esencial, depende de si ésta es **indispensable** para alcanzar la finalidad del contrato, siendo necesario que aquella se encuentre establecida en éste. En ese sentido, de acuerdo con la citada opinión, el pago es la principal obligación esencial a cargo de la Entidad; sin embargo, pueden existir otras obligaciones esenciales en función a las características y condiciones del contrato. Cabe precisar que en las bases y en el contrato también podrían establecerse obligaciones no esenciales.

3. CONCLUSIÓN

La Entidad tiene el deber jurídico de supervisar de manera directa y permanente la correcta ejecución de la obra; sin embargo, dicho deber jurídico no constituye una obligación contractual en el marco de la relación jurídico patrimonial entre la Entidad y el contratista ejecutor de obra.

Jesús María, 13 de enero de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/ssv/heb.

¹² Concordante con lo señalado en las Opiniones N° 162-2015/DTN, N° 027-2014/DTN, N°92-2019/DTN.