

OPINIÓN N° 021-2019/DTN

Solicitante: Henry Santa Cruz Castro
Asunto: Contrataciones bajo el Sistema de Tarifas.
Referencia: Documento S/N de fecha 21.DIC.2018

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Henry Santa Cruz Castro formula consultas relacionadas con el sistema de contratación aplicable a contratos de supervisión de obras, bajo los alcances de 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 sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”), y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

De manera previa, corresponde señalar que con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 -*Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado*-, y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF -*Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF*-, cuyas disposiciones rigen a partir de esa fecha salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria¹.

Por tanto, tomando en cuenta que las consultas formuladas refieren a las disposiciones modificadas de la Ley y el Reglamento, el análisis de la presente Opinión se efectuará bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado vigente. Al respecto, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. *“¿Qué sucede si es que pese a que la norma lo dispone, existen diversos pronunciamientos al respecto, las bases, la proforma del contrato, la oferta*

¹ De acuerdo a lo establecido en la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Legislativo N° 1341.

ganadora y demás documentos relacionados al procedimiento de selección establecían que la forma de pago por el servicio de supervisión correspondía al sistema de pago por tarifas y pese a ello la entidad modificó en el contrato la forma de pago al de valorización mensual, lo cual no advirtió el contratista y suscribió el contrato de buena fe; lo que generó que la entidad se negara a pagar conforme lo establece la norma, pese a que en diversas oportunidades se ha requerido se haga prevalecer la forma de pago por las tarifas debido a que así corresponde?” (Sic).

- 2.1.1 De modo preliminar, resulta importante recalcar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a una situación o caso concreto; toda vez que ello excedería las atribuciones conferidas en el literal o) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que el artículo 159 del Reglamento establece que durante la ejecución de una obra debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor², según corresponda; salvo que el valor de la obra a ejecutarse sea igual o superior al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo, supuesto en el cual, necesariamente debe contarse con un supervisor de obra.

Al respecto, el artículo 160 del Reglamento precisa que a través del supervisor la Entidad controla los trabajos realizados por el contratista ejecutor de la obra, siendo aquel (el supervisor) el responsable de velar de forma directa y permanente³ por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato⁴.

Así, considerando que el contrato de supervisión de obra tiene una naturaleza accesoria respecto del contrato de ejecución de obra *-característica que implica que los eventos que afectan la ejecución de la obra afectan también las labores del supervisor-*, es necesario señalar que el supervisor debe ejercer su actividad de control durante todo el periodo de ejecución y recepción de la obra, incluso si el contrato de obra original sufre modificaciones.

- 2.1.2 Sobre el particular, es propicio anotar que el numeral 4) del artículo 14 del Reglamento dispone que el Sistema de Tarifas es “(...) aplicable para las contrataciones de consultoría en general y de supervisión de obra, cuando no puede conocerse con precisión el tiempo de prestación de servicio. En este caso, el postor formula su oferta proponiendo tarifas en base al tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en los documentos del procedimiento y que se valoriza en relación a su ejecución real. Los pagos se

² Al respecto, debe indicarse que el inspector es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta; por su parte, el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada por la Entidad para dicho fin.

³ Cabe precisar que, por el término “permanente” debe entenderse que el profesional designado como inspector o supervisor debía estar en el lugar de la obra durante todo el periodo de ejecución de la misma. Por el término “directa” debe entenderse que el profesional designado como supervisor o inspector debía realizar sus funciones personalmente, sin intermediarios.

⁴ El supervisor debe atender las consultas que le formule el contratista ejecutor de la obra, de conformidad con los procedimientos indicados en el artículo 165 del Reglamento.

basan en tarifas. *Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades.*” (El resaltado es agregado).

En esa medida, el Sistema de Tarifas se aplica a aquellas contrataciones en las que, en atención a su particular naturaleza, no es posible definir previamente y con precisión, el plazo que será necesario para el cumplimiento de las prestaciones contractuales; por tal razón, los documentos del procedimiento de selección en este tipo de contrataciones solamente establecen un plazo de ejecución estimado o referencial.

En relación con lo anterior, cabe señalar que la aplicación del referido sistema requiere que los postores, al formular sus ofertas, asignen una tarifa *-precio fijo que incluye costo directo, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidad-* por el periodo o unidad de tiempo (hora, día, mes, entre otros) definido en los documentos del procedimiento de selección; debiendo pagarse la tarifa respectiva hasta la culminación de las prestaciones contractuales.

Conforme a ello, es pertinente indicar que este Organismo Técnico Especializado ha señalado en anteriores Opiniones⁵ que, al no ser posible definir con precisión el plazo que se requerirá para supervisar la ejecución de una obra debido a que este *- el plazo de supervisión-* se encuentra vinculado a la ejecución y recepción de la obra, y a las posibles variaciones de esta última, la normativa de contrataciones del Estado establece que la supervisión de una obra debe ejecutarse bajo el sistema de tarifas y pagarse en función a su ejecución real; esto es, se debe pagar la tarifa fija contratada (horaria, diaria, mensual, etc.) hasta la culminación de las prestaciones del supervisor de obra.

En este punto, resulta importante distinguir entre (i) el sistema de contratación y (ii) la periodicidad del pago. Así, cuando se contemple el sistema de tarifas, la Entidad calcula el monto a pagar de acuerdo a lo **efectivamente supervisado por el contratista**, en base a la tarifa que este ofertó en su momento por el periodo o unidad de tiempo definido en los documentos del procedimiento de selección. En cuanto a la periodicidad del pago, en virtud de esta puede establecerse que cada cierto periodo de tiempo (quincenal, mensual, trimestral, etc.) se deberá valorizar lo efectivamente ejecutado hasta ese momento y efectuar el pago correspondiente por dichas prestaciones.

De esa manera, el pago de la tarifa podría realizarse por un monto proporcional a esta cuando se requiera pagar periodos de tiempo inferiores a los previstos en el contrato.

Por todo lo expuesto, puede concluirse que a diferencia del sistema a suma alzada, donde existe un costo total y único por la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, en el sistema de tarifas, el pago se realiza en función de las actividades efectivamente realizadas, lo cual quiere decir que el monto establecido en el contrato es solo una aproximación o estimado, pudiendo resultar menor o mayor a lo inicialmente calculado.

Finalmente, debe reiterarse que el contrato debe comprender los términos

⁵ Entre ellas, las Opiniones N° 253-2017/DTN, N° 077-2017/DTN y N° 154-2016/DTN.

previstos en el conjunto de documentos que lo integran, esto quiere decir que, la Entidad *-con ocasión de la suscripción-* no puede modificar unilateralmente las condiciones contempladas en los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora u otros documentos derivados del procedimiento de selección que prevean obligaciones para las partes⁶; por consiguiente, solo resultan exigibles aquellas obligaciones que se ajusten a lo señalado en los documentos derivados del procedimiento de selección⁷.

2.2. ***“En el entendido que por tratarse de un servicio de supervisión de obra de saneamiento de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas servidas, correspondía al pago por el sistema de tarifas, lo cual quiere decir que el monto contractual debía dividirse de manera prorrateada entre el plazo contractual, de modo que al finalizar dicho plazo se hubiera cancelado al supervisor el monto total del contrato, ¿Qué sucede si debido a que la entidad modificó de modo unilateral la forma de pago y lejos de utilizar el sistema de pago por tarifas lo hizo por valorización mensual y al concluir el plazo contractual no ha pagado la totalidad del monto contractual? ¿corresponde que al concluir el plazo del contrato se pague la totalidad del monto contractual por el servicio prestado debido a que el plazo contractual ha concluido? (Sic).***

2.2.1 En principio, debe reiterarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a una situación o caso concreto. En esa medida, en vía de consulta, no es posible analizar el escenario planteado ni definir cómo debía efectuarse el pago en dicho contexto; toda vez que ello excedería las atribuciones conferidas en el literal o) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe recalcar que los contratos de supervisión de obra deben ejecutarse bajo el sistema de tarifas, debido a que *-por su naturaleza accesoria respecto del contrato de obra-* no es posible definir con precisión el tiempo de la supervisión de la obra, al encontrarse vinculado con la ejecución y recepción de dicha obra, y sus posibles variaciones.

Ahora bien, la aplicación del sistema de tarifas implica que los postores, al formular sus ofertas, asignen una tarifa⁸ (precio fijo que incluye costo directo, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidad) por el periodo o unidad de tiempo (hora, día, mes, entre otros) definido en los documentos del procedimiento de selección; debiendo pagarse el monto que corresponde por las prestaciones efectivamente ejecutadas en función de la tarifa pactada. Cabe precisar que el pago de la tarifa podría realizarse por un monto proporcional a esta cuando se requiera pagar periodos de tiempo inferiores a los previstos en el contrato.

⁶ En coherencia con lo señalado en la Opinión N° 133-2018/DTN.

⁷ Al respecto, el literal 32.1 del artículo 32 de la Ley señala que *“El contrato debe celebrarse por escrito y se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con la modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo.”* (El subrayado es agregado).

⁸ Cabe señalar que el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española contempla la definición de “tarifa” como el *“Precio unitario fijado por las autoridades para los servicios públicos realizados a su cargo.”* (El subrayado es agregado). Información recuperada de: <http://dle.rae.es/?id=ZCKWPFd>

En esa medida, a diferencia del sistema a suma alzada, donde existe un costo total y único por la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, **en el sistema de tarifas, el pago se realiza en función de las actividades efectivamente realizadas**, eso quiere decir que el monto establecido en el contrato es solo una aproximación o estimado, pudiendo resultar menor o mayor a lo inicialmente calculado.

Finalmente, debe reiterarse que el contrato debe comprender los términos previstos en el conjunto de documentos que lo integran, esto quiere decir que, la Entidad *-con ocasión de la suscripción-* no puede modificar unilateralmente las condiciones contempladas en los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora u otros documentos derivados del procedimiento de selección que prevean obligaciones para las partes; por consiguiente, solo resultan exigibles aquellas obligaciones que se ajusten a lo señalado en los documentos derivados del procedimiento de selección, con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La aplicación del sistema de tarifas implica que los postores, al formular sus ofertas, asignen una tarifa (precio fijo que incluye costo directo, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidad) por el periodo o unidad de tiempo (hora, día, mes, entre otros) definido en los documentos del procedimiento de selección; debiendo pagarse el monto que corresponde por las prestaciones efectivamente ejecutadas en función de la tarifa pactada. El pago de la tarifa podría realizarse por un monto proporcional a esta cuando se requiera pagar periodos de tiempo inferiores a los previstos en el contrato.
- 3.2 A diferencia del sistema a suma alzada, donde existe un costo total y único por la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, en el sistema de tarifas, el pago se realiza en función de las actividades efectivamente realizadas, eso quiere decir que el monto establecido en el contrato es solo una aproximación o estimado, pudiendo resultar menor o mayor a lo inicialmente calculado.

Jesús María, 28 de enero de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.