

OPINIÓN N° 154-2019/DTN

Solicitante: Proyecto Verde Asesores y Consultores S.A.C.

Asunto: Prestaciones adicionales en contratos de supervisión de obra

Referencia: Carta N° 05-08-2019-PROVER

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Representante Legal del Proyecto Verde Asesores y Consultores S.A.C., formula varias consultas sobre la regulación de las prestaciones adicionales en contratos de supervisión de obra.

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 n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTAS¹ 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° 1341, vigente desde el 3 de abril del 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril del 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE; advirtiéndose que la primera consulta se encuentra referida a la prestación de servicios, aspecto que no se encuentra vinculado a las otras consultas formuladas, referidas a las prestaciones adicionales en contratos de consultoría de obra (supervisión); asimismo, la última consulta busca que se efectúe un desarrollo respecto de un marco normativo distinto al que es materia de análisis; por lo que ante el incumplimiento de los requisitos previstos en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 90 del TUPA, dichas consultas no serán absueltas.

Adicionalmente, cabe precisar que las consultas materia de análisis serán absueltas en orden distinto al formulado, a efectos de estructurar un mejor desarrollo.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 *En cuanto a la supervisión de obras (consultoría de obras) ¿La extensión del plazo de supervisión de obra puede constituir o tramitarse como una prestación adicional o la extensión del plazo debe extenderse como una consecuencia de alguna aprobación de prestacional adicional u otra situación de modificación contractual o circunstancia de la ejecución de la obra?; si resultase posible que la extensión del plazo sea tramitado como prestación adicional, ¿Normativamente, que condiciones tienen que cumplirse?.*

2.1.1 En primer lugar, debe reiterarse que las consultas que absuelve el OSCE 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.

A continuación se desarrollarán los aspectos relacionados con la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión, en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2 Así, 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 supervisor, a elección de la Entidad, a menos 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.

Por su parte, el artículo 160 del Reglamento precisa que a través del supervisor la Entidad **controla** los trabajos realizados por el ejecutor de la obra, siendo aquel el responsable de velar de forma **directa y permanente** por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato.

De esta manera, si bien el contrato de supervisión es un contrato independiente del contrato de obra -en tanto constituyen relaciones jurídicas distintas-, ambos se encuentran directamente vinculados en virtud de la naturaleza accesoria que tiene el primero respecto del segundo. Esta relación de accesoriedad determina que los eventos que afectan la ejecución de la obra, por lo general, también afectan las labores del supervisor.

Como se aprecia, la naturaleza accesoria 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.

Bajo esa premisa, la normativa de contrataciones del Estado contempla diversos supuestos en virtud de los cuales una Entidad puede aprobar prestaciones adicionales en los contratos de supervisión de obra, siendo estos los siguientes: (i) aquellos que se derivan de aspectos propios del contrato de supervisión; (ii) aquellos que derivan de prestaciones adicionales de obra; (iii) aquellos que se generan a partir de variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra,

autorizadas por la Entidad; y, (iv) aquellos que consisten en la elaboración del expediente técnico del adicional de obra.

(I) Adicionales de supervisión que derivan de aspectos propios del contrato de supervisión

2.1.3 En cuanto al primer supuesto, cabe precisar que existen casos en los que la necesidad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión de obra puede tener su origen en el propio contrato de supervisión, y no en eventos relacionados con la obra supervisada².

Así, el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley establece que *“Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato (...)”*. (El subrayado es agregado).

Por su parte, el numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento dispone que *“Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria (...)”*. (El subrayado es agregado).

Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado establece que, de manera excepcional y previa sustentación por el área usuaria, el Titular de la Entidad mediante una resolución puede ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de consultorías *-incluida la supervisión de obra-* hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que ello sea indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y la Entidad cuente con disponibilidad presupuestal.

Por lo tanto, **para ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión de obra que tengan su origen en el propio contrato de supervisión, y que no deriven de eventos relacionados a la ejecución de la obra supervisada**, la Entidad debe verificar **que el adicional no exceda el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original de supervisión** y que su aprobación sea indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

(II) Adicionales de supervisión que derivan de prestaciones adicionales de obra

2.1.4 De otro lado, el segundo párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley establece que *“(...) el Titular de la Entidad puede autorizar prestaciones adicionales de supervisión que deriven de prestaciones adicionales de obra, siempre que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precios pactados, según corresponda. En este último supuesto, no es aplicable el límite establecido en el numeral 34.2 del presente artículo.”* (El subrayado es agregado).

² Conforme a lo señalado en la Opinión N° 057-2013/DTN.

De esta manera, en virtud de la naturaleza accesoria del contrato de supervisión respecto del contrato de obra, cuando en la obra se presentan escenarios como la ejecución de adicionales, resulta necesario que el supervisor realice el control de trabajos no contemplados inicialmente y *-por consiguiente-* se aprueben **prestaciones adicionales de supervisión derivadas de adicionales de obra**,

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las prestaciones adicionales de supervisión derivadas de la aprobación de adicionales de obra no se encuentran sujetas al límite establecido en el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley, en consecuencia, **dichas prestaciones adicionales pueden superar el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original**; esto último responde exclusivamente a la necesidad de efectuar un control ininterrumpido de los trabajos que se realicen en la obra, tal como lo dispone la normativa de contrataciones del Estado.

(III) Adicionales de supervisión generados a partir de variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizados por la Entidad

2.1.5 Por su parte, el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley establece que *“Respecto a los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requiere la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República.”* (El subrayado y resaltado son agregados).

Como se aprecia, de conformidad con lo previsto por la normativa de contrataciones del Estado, también pueden aprobarse prestaciones adicionales en el contrato de supervisión como consecuencia de las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra); y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión; así, este tipo de prestaciones adicionales se encuentran sujetas a un límite del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, correspondiendo solicitar la autorización *-previa al pago-* de la Contraloría General de la República únicamente cuando se supere dicho porcentaje.

En relación con lo señalado, es importante mencionar que el Anexo Único del Reglamento “Anexo de Definiciones” dispone que la *“Prestación adicional de supervisión de obra”* es *“Aquella no considerada en el contrato original, pero que, por razones que provienen del contrato de obra, distintas de la ampliación de obra, resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento al contrato de supervisión; y aquellas provenientes de los trabajos que se produzcan por variaciones en el plazo de obra o en el ritmo de trabajo de obra.”* (El resaltado es agregado).

Como se advierte de una lectura integral de la Ley y del Reglamento, a efectos de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra

(autorizadas por la Entidad), es menester verificar que estos eventos originen la necesidad de ejecutar prestaciones no contempladas en el contrato original.

En tal sentido, se pueden aprobar prestaciones adicionales de supervisión -al amparo de lo dispuesto en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley- cuando las variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra (autorizadas por la Entidad) generen la necesidad de realizar labores no consideradas en el contrato original.

(*) Variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra que no generan prestaciones adicionales de supervisión

2.1.6 Ahora bien, en relación con lo señalado previamente, resulta importante mencionar que no todas las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de obra generan la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión, toda vez que, en algunos casos, las labores de supervisión efectiva pueden ser ejecutadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado³.

Así por ejemplo, en el caso de una ampliación del plazo otorgada por una paralización total de la obra no imputable al contratista, si bien la ejecución de los trabajos propios de la obra se mantuvo detenida (por ejemplo, durante 10 días calendario en los cuales el supervisor no realizó sus labores) y con ello el periodo de permanencia del supervisor en la obra se incrementa (por ejemplo, de 180 a 190 días calendario), las labores de **supervisión efectiva** desarrolladas por este último deben ser realizadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado, lo cual no genera la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión.

De esta manera, cuando las variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra), **no originen la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión, sino que impliquen la paralización de la obra –lo cual supone que el control efectivo por parte del supervisor se interrumpe por determinado tiempo– corresponde ampliar del plazo del contrato de supervisión**⁴.

En dicho contexto, debe tenerse en cuenta que el penúltimo párrafo del artículo 140 del Reglamento –*en tanto resulte aplicable*– dispone que “(...) Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios en general y consultoría en general dan lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista el gasto general variable y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad. (...)” (El subrayado es agregado).

2.1.7 Por otro lado, cuando las variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra (distintas a los adicionales de obra), que **no generen prestaciones**

³ La ejecución de prestaciones de supervisión “en la misma proporción que lo inicialmente pactado”, implica que las labores de control llevadas a cabo por el supervisor de obra sean aquellas contempladas en el contrato original.

⁴ De conformidad con el numeral 171.3 del artículo 171 del Reglamento, cuando se otorgue la ampliación de plazo en un contrato de obra, la Entidad debe ampliar el plazo de los otros contratos que hubiera celebrado que se encuentren vinculados directamente al contrato principal, tal como es el caso del contrato de supervisión de obra.

adicionales de supervisión, no tengan su origen en una paralización total de obra, la Entidad debe efectuar el pago en función de la tarifa pactada; en este caso, no corresponde la aplicación del penúltimo párrafo del artículo 140 del Reglamento, puesto que los conceptos mencionados en dicho dispositivo se encuentran comprendidos dentro de la tarifa pagada⁵.

Por lo tanto, cuando las variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra (distintas a los adicionales de obra), no originen la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión, la Entidad debe efectuar el pago empleando, la tarifa pactada o proceder conforme a lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 140 del Reglamento, según corresponda.

Adicionalmente, cabe precisar que el límite porcentual previsto por el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley (quince por ciento del monto contratado de la supervisión) se aplica a las **prestaciones adicionales de supervisión** generadas como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra), **mas no a los pagos que -según la tarifa pactada o procediendo al amparo de lo previsto en el artículo 140 del Reglamento- se deben realizar al contratista cuando se amplía el plazo del contrato de supervisión de obra sin que ello conlleve prestaciones adicionales de supervisión.**

(IV) Adicionales de supervisión consistentes en la elaboración del expediente técnico de un adicional de obra.

2.1.8 En cuanto al último supuesto de adicional en contratos de supervisión de obras, el numeral 175.4 del artículo 175 del Reglamento señala que *“La Entidad debe definir si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra está a su cargo, a cargo de un consultor externo o **a cargo del inspector o supervisor, este último en calidad de prestación adicional, aprobada conforme al procedimiento previsto en el artículo 139.** Para dicha definición, la Entidad debe tener en consideración la naturaleza, magnitud, complejidad, entre otros aspectos relevantes de la obra principal, así como la capacidad técnica y/o especialización del inspector o supervisor, cuando considere encargarle a este la elaboración del expediente técnico.”* (El subrayado y resaltado son agregados).

En tal sentido, cuando la Entidad opte por encargar la elaboración del expediente técnico del adicional de obra al supervisor, en calidad de prestación adicional, corresponde emplear el procedimiento previsto en el artículo 139 del Reglamento; lo cual implica observar el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original al momento de aprobar dicha prestación adicional.

2.1.9 Por tanto, a efectos de determinar si nos encontramos ante prestaciones adicionales de supervisión –o no–, deberá analizarse si se configura alguno de los supuestos desarrollados previamente, para lo cual resulta necesario tomar en consideración las circunstancias particulares que se presenten en cada caso.

⁵ Este criterio responde a la misma lógica que aquella que subyace a la regulación contemplada en el tercer párrafo del numeral 171.1 del artículo 171 del Reglamento: *“(…) salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.”*

2.2 *¿Cuándo el numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley hace referencia a “Variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra”, debe interpretarse que la extensión del plazo del servicio de supervisión que se genera constituye una prestación adicional o, puede interpretarse que dicha “Variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra” es una condición para tramitar una prestación adicional de supervisión de obra, el cual, además debe constituir prestaciones no previstas inicialmente en el contrato – destinadas al cumplimiento de la finalidad de la contratación- pero distintas a un mayor plazo para continuar con los mismo servicio (considerando lo señalado en la Opinión N° 96-2015)?*

2.2.1 Al respecto, debe indicarse que conforme al Anexo Único del Reglamento “Anexo de Definiciones” la “**Prestación adicional de supervisión de obra**” es “Aquella no considerada en el contrato original, pero que, por razones que provienen del contrato de obra, distintas de la ampliación de obra, resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento al contrato de supervisión; y aquellas provenientes de los trabajos que se produzcan por variaciones en el plazo de obra o en el ritmo de trabajo de obra.” (El resaltado es agregado).

Siguiendo esta línea, la normativa de contrataciones del Estado, ha previsto que “...cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas...”

En ese sentido, a efectos de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra (autorizadas por la Entidad), es menester verificar que estos eventos originen la necesidad de ejecutar prestaciones no contempladas en el contrato original.

2.2.2 Ahora bien, cabe reiterar que no todas las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de obra generan la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión; toda vez que, en algunos casos, las labores de supervisión efectiva pueden ser ejecutadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado, esto quiere decir que las labores de control llevadas a cabo por el supervisor de obra serán aquellas contempladas en el contrato original.

En estos casos, la Entidad debe efectuar el pago empleando la tarifa pactada o proceder conforme a lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 140 del Reglamento (esto último, en caso se presente una paralización total de la obra), según corresponda.

2.3 *Si se entendiese que la extensión del plazo del servicio de supervisión que se genera como consecuencia de la “Variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra constituye una prestación adicional, ¿Una vez cubierto el 15% del monto del contrato de supervisión para las prestaciones adicionales, el supervisor de la obra puede resolver el contrato de supervisión o negarse a seguir prestando el servicio?; y ¿El supervisor de la obra pierde la obligación de velar de forma directa y permanente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra así como por el cumplimiento del*

contrato, conforme a lo previsto en el artículo 160 del Reglamento?; ¿El supervisor está obligado a prestar sus servicios aun cuando exista la posibilidad que la Contraloría General de la República rechace la prestación adicional por un monto mayor al 15% del contrato de ?; ¿Qué mecanismos de protección para el supervisor ha previsto la normativa de contrataciones del Estado?

2.3.1 En primer término, debe reiterarse que este Organismo Técnico Especializado, en vía de opinión, no puede pronunciarse sobre situaciones o escenarios concretos, pues ello excede la habilitación establecida en el literal n) del artículo 52 de la Ley. En ese sentido, el presente análisis se limitara a brindar alcances generales sobre los temas materia de consulta.

Así, de acuerdo a lo indicado previamente, la Entidad puede aprobar prestaciones adicionales de supervisión *–al amparo de lo dispuesto en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley–* cuando las variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra (autorizadas por la Entidad) generen la necesidad de realizar **prestaciones no consideradas en el contrato original**; el monto hasta por el cual puede aprobarse dichas prestaciones es del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión⁶, y solo en aquellos casos en los se supere el citado porcentaje, se requiere la autorización –previa al pago– de la Contraloría General de la República.

2.3.2 Ahora bien, considerando que las prestaciones adicionales implican la ejecución de presupuestos adicionales que se encuentran fuera del alcance original del contrato e involucran la erogación de mayores recursos públicos, resulta indispensable que para su ejecución se cuente *previamente* con la autorización del Titular de la Entidad o del funcionario que cuenta con facultades para ello; es decir, al amparo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley, **solo procede el pago de prestaciones adicionales que han sido debidamente aprobadas de manera previa a su ejecución.**

No obstante, en el caso que el cumplimiento de la exigencia de aprobar la prestación adicional de supervisión de forma previa a su ejecución comprometa el control permanente de los trabajos propios de la obra, la Entidad **de manera excepcional –en una decisión de gestión debidamente sustentada y de su exclusiva responsabilidad–** puede autorizar que el adicional de supervisión sea ejecutado antes de su aprobación formal, en cuyo caso esta última debe ser llevada cabo antes de realizar el pago correspondiente.

En este punto, resulta importante precisar que dado que el supuesto mencionado en el párrafo anterior tiene un carácter netamente *excepcional*, por regla general, las prestaciones adicionales de supervisión que ejecute el supervisor de obra deben contar con la aprobación previa correspondiente.

Por último, debe mencionarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de que el supervisor de obra deje de prestar sus servicios por el solo hecho de haberse superado el límite del quince por ciento (15%) *–para*

⁶ Conforme a lo dispuesto en el numeral 139.4 del artículo 139 del Reglamento, para el cálculo del límite establecido en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley, **solo debe tomarse en consideración las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra.** distintos a los adicionales de obra.

autorización de prestaciones adicionales de supervisión– previsto en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley, ya que éste tenía la función de supervisar la obra durante el tiempo que durase su ejecución, conforme a los términos previstos en su contrato; por tanto, el cese injustificado de sus labores como supervisor de la obra acarrearía un incumplimiento contractual.

2.3.3 Ahora bien, es preciso recordar que no todas las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de obra generan la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión, toda vez que, en algunos casos, las labores de supervisión efectiva pueden ser ejecutadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado, esto quiere decir que las labores de control llevadas a cabo por el supervisor de obra serán aquellas contempladas en el contrato original.

De esta manera, cuando las variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad –*distintas a los adicionales de obra*– no originen la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión, la Entidad debe efectuar el pago empleando la tarifa pactada o proceder conforme a lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 140 del Reglamento (esto último, en caso se presente una paralización total de la obra), según corresponda.

En este punto, cabe precisar que el límite porcentual previsto por el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley (quince por ciento del monto contratado de la supervisión) se aplica a las prestaciones adicionales de supervisión generadas como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra), **mas no a los pagos que -según la tarifa pactada o procediendo al amparo de lo previsto en el artículo 140 del Reglamento- se deben realizar al contratista cuando se amplía el plazo del contrato de supervisión de obra sin que ello conlleve prestaciones adicionales de supervisión.**

2.3.4 Por otra parte, debe indicarse que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras que esta 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.

En ese contexto, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública; no obstante, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución contractual, puesto que alguna de las partes podría verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, el numeral 36.1 del artículo 36 de la Ley ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, "*por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes*". (El subrayado es agregado).

Asimismo, el artículo 135 del Reglamento establece que **el contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo.**

Al respecto, este Organismo Técnico Especializado ha señalado en diversas opiniones⁷ que las “*obligaciones esenciales*” son aquellas cuyo incumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato, y en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; en otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato. Así, en el caso de la Entidad, la principal obligación esencial que debe cumplir es la del pago, pudiendo, sin embargo, existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas. En esa línea, la determinación de qué obligaciones de la Entidad tenían carácter de esenciales (cuyo incumplimiento, por tanto, podía dar lugar a la resolución del contrato por parte del contratista), dependía de las características y condiciones de cada contrato y su configuración.

Por tanto, a efectos de poder resolver el contrato, el contratista debía verificar que la Entidad hubiese incumplido injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo.

2.4 *A partir de lo expuesto en la Opinión N° 155-2018/DTN, la permanencia del supervisor de obra por mayor tiempo efectuando las mismas prestaciones de lo inicialmente pactado, ¿califica o no califica, como prestación adicional de obra?*

2.4.1 Respecto de la consulta planteada, debe reiterarse que a efectos de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra (autorizadas por la Entidad), es menester verificar que estos eventos originen la necesidad de ejecutar prestaciones no contempladas en el contrato original.

2.5 *Complementando la pregunta anterior, ¿Para invocar la tramitación de una prestación adicional de supervisión de obra, es requisito indispensable determinar cuál o cuáles son las prestaciones que inicialmente no fueron consideradas en el contrato original?*

2.5.1 Al respecto, es importante mencionar que el Anexo Único del Reglamento “Anexo de Definiciones” dispone que la “***Prestación adicional de supervisión de obra***” es “*Aquella no considerada en el contrato original, pero que, por razones que provienen del contrato de obra, distintas de la ampliación de obra, resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento al contrato de supervisión; y aquellas provenientes de los trabajos que se produzcan por variaciones en el plazo de obra o en el ritmo de trabajo de obra.*” (El subrayado es agregado).

Por tanto, a efectos de aprobar una prestación adicional de supervisión deberá identificarse cual o cuales son aquellas prestaciones no consideradas en el contrato original, así como el valor de las mismas; sin perjuicio de los demás requisitos y formalidades que exige la normativa de contrataciones del Estado.

2.6 *Considerando que las prestaciones adicionales se encuentran dentro del ámbito de la facultad discrecional de la Entidad, ¿Si la Entidad no tramita ni aprueba una prestación adicional de supervisión, este último puede negarse a supervisar aquellas prestaciones distintas a las prestaciones en el contrato original, aun*

⁷ Al respecto, pueden revisarse las Opiniones N° 027-2014/DTN y N° 092-2019/DTN.

cuando ello suponga no mantener el control efectivo de la culminación de la obra?

- 2.6.1 Al respecto, debe indicarse que considerando que las prestaciones adicionales implican la ejecución de presupuestos adicionales que se encuentran fuera del alcance original del contrato e involucran la erogación de mayores recursos públicos, **resulta indispensable que para su ejecución se cuente previamente con la autorización del Titular de la Entidad o del funcionario que cuenta con facultades para ello**; es decir, al amparo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley, **solo procede el pago de prestaciones adicionales que han sido debidamente aprobadas de manera previa a su ejecución.**

No obstante, en el caso que el cumplimiento de la exigencia de aprobar la prestación adicional de supervisión **de forma previa a su ejecución** comprometa el control **permanente** de los trabajos propios de la obra, la Entidad de manera excepcional *-en una decisión de gestión debidamente sustentada y de su exclusiva responsabilidad-* puede autorizar que el adicional de supervisión sea ejecutado antes de su aprobación formal, en cuyo caso esta última debe ser llevada a cabo antes de realizar el pago correspondiente.

Ahora bien, el supuesto mencionado en el párrafo anterior tiene un carácter netamente **excepcional, por regla general, las prestaciones adicionales de supervisión que ejecute el supervisor de obra deben contar con la aprobación previa correspondiente.**

- 2.7 *¿Para ejecutar prestaciones adicionales de supervisión es requisito indispensable que previamente la misma este aprobada por la Entidad y/o autorizada por la Contraloría General de la Republica en caso se supere el 15% del monto del contrato de supervisión?; ¿la negativa del supervisor a ejecutar prestaciones adicionales de supervisión que no cuenten con autorización del titular de la Entidad y/o aprobación de la Contraloría General de la Republica, aun y cuando ello suponga no mantener el control efectivo de la obra, supone un incumplimiento de contrato y, por tanto, causal para la resolución del mismo por parte de la Entidad?*

- 2.7.1 En primer lugar, cabe mencionar que este Organismo Técnico Especializado, en vía de opinión, no puede pronunciarse sobre **situaciones o escenarios concretos**, pues ello excede la habilitación establecida en el literal n) del artículo 52 de la Ley. En ese sentido, el presente análisis se limitara a brindar alcances generales sobre la aprobación de prestaciones adicionales de supervisión.

Tal como se ha indicado previamente, **por regla general, las prestaciones adicionales de supervisión que ejecute el supervisor de obra deben contar con la aprobación previa correspondiente.**

No obstante, en el caso que el cumplimiento de la exigencia de aprobar la prestación adicional de supervisión de forma previa a su ejecución comprometa el control **permanente** de los trabajos propios de la obra, la Entidad de manera excepcional *-en una decisión de gestión debidamente sustentada y de su exclusiva responsabilidad-* **puede autorizar** que el adicional de supervisión sea ejecutado antes de su aprobación formal, en cuyo caso esta última debe ser llevada a cabo antes de realizar el pago correspondiente.

- 2.7.2 En cuanto a la última interrogante planteada, cabe precisar que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del supervisor se configura cuando éste cesa **injustificadamente** sus labores.

Asimismo, no debe olvidarse que de acuerdo al Principio de Equidad, 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.

- 2.8 ¿Cómo se determina el monto a pagar en la prestación adicional de supervisión, por el sistema de tarifas (que en muchos casos no considera desagregado de costos o precios unitarios) o en función a los términos de referencia de los componentes que implican la prestación adicional?; ¿El sistema de contratación de la prestación adicional puede ser distinta a la tarifa o es necesario determinar una nueva tarifa por las prestaciones no previstas inicialmente en el contrato?; ¿Es posible la ejecución paralela de las labores de ejecución inicialmente contratadas y las prestaciones adicionales de supervisión de obra?**

- 2.8.1 Al respecto, debe reiterarse que cuando existe la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión que se deriven de variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra (autorizadas por la Entidad), el Titular de la Entidad puede autorizarlas **bajo las mismas condiciones del contrato original** y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión. Cuando se supere el citado porcentaje, se requiere la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República.

En este punto, es importante tener en cuenta que **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**⁸.

De esta manera, el pago de las prestaciones adicionales de supervisión derivadas de variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra (autorizadas por la Entidad) **debe calcularse en función a la tarifa pactada, de forma proporcional a la ejecución real**⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar que mediante Opinión N° 017-2017/DTN, se indicó lo siguiente: “...en aquellos casos en los que debían realizarse prestaciones distintas a las inicialmente contratadas o que no era posible recurrir a las condiciones originales de contratación para definir el valor de las prestaciones adicionales, era necesario que las partes lleguen a un acuerdo fijando el costo de dichas prestaciones a efectos de que la Entidad pudiera proceder con su aprobación.”

⁸ Sin perjuicio de lo expuesto, es importante señalar 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. En efecto, si la tarifa es mensual, y la ejecución de las prestaciones contractuales culmina en diez (10) meses y quince (15) días, es razonable que el pago por el periodo inferior al mes (quince días) se realice de manera proporcional a la tarifa señalada, es decir, únicamente se pagará la mitad de la tarifa pactada por dicho periodo.

⁹ Conforme a lo señalado en la Opinión N° 188-2018/DTN.

2.9 *¿La permanencia del supervisor de obra por mayor tiempo, efectuando las mismas prestaciones de lo inicialmente pactado, se paga en función de la tarifa pactada?; ¿Normativamente, existe algún dispositivo legal que le faculte a la Entidad a desconocer dicha tarifa?; ¿El pago de la tarifa por el mayor tiempo de permanencia de la supervisión de obra –realizando las mismas prestaciones de lo inicialmente pactado- tiene algún límite presupuestario como ocurre con las prestaciones adicionales de supervisión?*

2.9.1 En primer lugar, debe reiterarse que este Organismo Técnico Especializado, en vía de opinión, no puede pronunciarse sobre situaciones o escenarios concretos, pues ello excede la habilitación establecida en el literal n) del artículo 52 de la Ley. En ese sentido, el presente análisis se limitara a brindar alcances generales sobre los temas materia de consulta.

Aclarado ello, cabe mencionar que se pueden aprobar prestaciones adicionales de supervisión –*al amparo de lo dispuesto en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley*– cuando las variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra (autorizadas por la Entidad) generen la necesidad de realizar **prestaciones no consideradas en el contrato original. El pago de dichas prestaciones debe calcularse en función a la tarifa pactada, de forma proporcional a la ejecución real.**

Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar que mediante Opinión N° 017-2017/DTN, se indicó lo siguiente: “...*en aquellos casos en los que debían realizarse prestaciones distintas a las inicialmente contratadas o que no era posible recurrir a las condiciones originales de contratación para definir el valor de las prestaciones adicionales, era necesario que las partes lleguen a un acuerdo fijando el costo de dichas prestaciones a efectos de que la Entidad pudiera proceder con su aprobación.*”

Por último, debe considerarse que el monto hasta por el cual puede autorizarse este tipo de prestaciones adicionales es del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión¹⁰, y solo en aquellos casos en los se supere el citado porcentaje, se requiere la autorización –*previa al pago*– de la Contraloría General de la República.

2.9.2 Ahora bien, debe tenerse presente que no todas las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de obra generan la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión, toda vez que, en algunos casos, las labores de supervisión efectiva pueden ser ejecutadas **en la misma proporción que lo inicialmente pactado**, esto quiere decir que las labores de control llevadas a cabo por el supervisor de obra serán aquellas contempladas en el contrato original.

De esta manera, cuando las variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad –*distintas a los adicionales de obra*– no originen la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión, **la Entidad debe efectuar el pago empleando la tarifa pactada** o proceder conforme a lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 140 del Reglamento (esto último, en caso se presente

¹⁰ Cabe precisar que conforme a lo dispuesto en el numeral 139.4 del artículo 139 del Reglamento, para el cálculo del límite establecido en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley, **solo debe tomarse en consideración las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra.**

una paralización total de la obra), según corresponda.

Finalmente, precisar que el límite porcentual previsto por el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley (quince por ciento del monto contratado de la supervisión) se aplica a las prestaciones adicionales de supervisión generadas como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra), *mas no a los pagos que -según la tarifa pactada o procediendo al amparo de lo previsto en el artículo 140 del Reglamento- se deben realizar al contratista cuando se amplía el plazo del contrato de supervisión de obra sin que ello conlleve prestaciones adicionales de supervisión.*

CONCLUSIONES

- 3.1 La normativa de contrataciones del Estado contempla diversos supuestos en virtud de los cuales una Entidad puede aprobar prestaciones adicionales en los contratos de supervisión de obra, siendo estos los siguientes: (i) aquellos que se derivan de aspectos propios del contrato de supervisión; (ii) aquellos que derivan de prestaciones adicionales de obra; (iii) aquellos que se generan a partir de variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad; y, (iv) aquellos que consisten en la elaboración del expediente técnico del adicional de obra.
- 3.2 No todas las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de obra generan la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión, toda vez que, en algunos casos, las labores de supervisión efectiva pueden ser ejecutadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado, esto quiere decir que las labores de control llevadas a cabo por el supervisor de obra serán aquellas contempladas en el contrato original.

Jesús María, 13 de septiembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.