

Expediente: 94548

T.D.: 15801653

OPINIÓN N° 213-2019/DTN

Solicitante: INFORMES Y PROYECTOS S.A.
SUCURSAL DEL PERÚ - INYPSA

Asunto: Especialidad de la normativa de contrataciones del Estado

Referencia: Carta N° 024-2019-GGUDD274/INYPSA

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el apoderado de INYPSA formula varias consultas referidas a la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado y otras materias.

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, aprobada por Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444; así como por el acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

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 Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE, “Consultas del Sector Privado o la Sociedad Civil, sobre la normativa de contrataciones del Estado”, advirtiéndose que las consultas 2, 3 y 4 no se encuentran vinculadas con la primera consulta, ya que ésta se encuentra referida a la prevalencia en la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, mientras que las otras consultas están relacionadas a la participación del supervisor de obra, reemplazo de personal propuesto, aplicación de adicionales de supervisión, paralización de obra, entre otros. Adicionalmente, se observa que las consultas planteadas se refieren a casos concretos, siendo que este Organismo Técnico Especializado no se encuentra autorizado a emitir opinión respecto de casos específicos, sino brindar alcances generales sobre la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado; por lo que, ante el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 90 del TUPA, las consultas 2, 3 y 4 no serán absueltas.

- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

“Lo previsto en el numeral 159.1 del artículo 159 respecto de –durante la ejecución de la obra, debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda (...) En el caso de ser una persona Jurica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente de la obra- y el numeral 160.1 del artículo 160 del Reglamento respecto a las labores de la supervisión –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-, ¿dichas disposiciones normativas prevalecen sobre la aplicación de la legislación laboral vigente en el Perú, aun cuando ello suponga la aplicación de sanciones por parte de las autoridades laborales competentes, por el incumplimiento de derechos laborales fundamentales, que por ley le corresponden a la persona natural que se desempeña como Jefe de Supervisión? ¿El requerimiento efectuado por una entidad, para la prestación de un servicio de supervisión de obra, puede vulnerar derechos laborales fundamentales que por ley le corresponden a la persona natural que se desempeña como Jefe de Supervisión, en virtud de lo dispuesto por los Artículos 159 y 160 del RLCE?”. (Sic).

- 2.1 De manera preliminar, corresponde precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en ese sentido, el OSCE no puede pronunciarse sobre la transgresión de normas laborales, puesto que ello excedería la competencia contenida en el literal n) del artículo 52 de la Ley. Sin perjuicio de ello se brindarán alcances generales referidos a la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.
- 2.2 Con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone lo siguiente:

*“**Artículo 76.-** Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.”*

Como puede apreciarse, la Constitución Política establece que la contratación de

bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos debe efectuarse, obligatoriamente, mediante los procedimientos que establezca la ley que desarrolla este precepto constitucional; es decir, la Ley de Contrataciones del Estado.

Con relación a ello, debe indicarse que la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.3 Ahora bien, el artículo 3 de la anterior Ley delimitaba el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: Uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa, y otro objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito.

Así, en relación al ámbito subjetivo, el citado artículo establecía un listado de los órganos u organismos de la Administración Pública², bajo el término genérico de "Entidad", que se encontraban en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado. Respecto al ámbito objetivo, el referido artículo prescribía que la normativa de contrataciones del Estado se aplicaba a las contrataciones de bienes, servicios u obras, que realicen estas Entidades asumiendo el pago de la retribución correspondiente al proveedor con cargo a fondos públicos.

Conforme a lo anterior, una contratación se encontraba bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, cuando aquella tenía por objeto que una Entidad se abasteciera de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago con cargo a fondos públicos.

- 2.4 Efectuadas las precisiones anteriores debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado constituía el régimen general que regulaba la contratación de bienes, servicios u obras desarrolladas por las Entidades con cargo a fondos públicos, dicha normativa establecía los procedimientos, excepciones y responsabilidades aplicables en el ámbito de la compra pública de los sujetos previstos el artículo 3 de la anterior Ley.

Ahora bien, el hecho que la normativa de contrataciones del Estado regulara la forma en que los sujetos previstos en el artículo 3 de la anterior Ley realizaban la contratación de bienes, servicios y obras, **no implicaba que la ejecución de dichas contrataciones debía colisionar con derechos fundamentales desarrollados en otra normativa especial.** En efecto, los operadores –públicos y privados- de un

² A efectos de precisar el contenido de "administración pública", resulta pertinente citar a Marcial Rubio: "Los órganos del gobierno central, así como los gobiernos regionales, concejos municipales y varios organismos constitucionales con funciones específicas, tienen por debajo de sus jefes u organismos internos rectores, un conjunto más o menos amplio de funcionarios, organizados en distintas reparticiones, que son los que ejecutan, supervisan y evalúan las acciones propias del Estado y constituyen la administración pública." (El subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 65.

determinado conjunto normativo deben cumplir los mandatos de éste sin transgredir las disposiciones contenidas en otros conjuntos normativos.

- 2.5 Por otro lado, dentro de las disposiciones de la anterior normativa de contrataciones del Estado se tiene lo dispuesto en el artículo 159 del anterior Reglamento, el cual indicaba lo siguiente:

“Durante la ejecución de la obra, debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda. Queda prohibida la existencia de ambos en una misma obra. 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 subrayado es agregado).

Asimismo, el primer párrafo del artículo 160 del anterior Reglamento establecía que, *“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 (...). En una misma obra el supervisor no puede ser ejecutor ni integrante de su plantel técnico.”*; señalando en su segundo párrafo que, *“Es obligatorio contratar un supervisor cuando el valor de la obra a ejecutarse sea igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo.”* (El subrayado es agregado).

En ese contexto, en la ejecución de una obra era necesario contar con un profesional a cargo de la inspección o supervisión de la obra. El inspector era un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por ésta, como el responsable de controlar de manera permanente³ y directa⁴ los trabajos efectuados por el contratista de la obra, mientras que el supervisor podía ser una persona natural o jurídica, especialmente contratado para dicho fin, siempre que el valor de la obra a ejecutarse sea igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo.

De esta manera, cuando el supervisor era una persona natural, ésta debía realizar por sí misma las labores de supervisión de modo permanente y directo, y, por tanto, no podía supervisar más de una obra a la vez. Cuando el supervisor era una persona jurídica, ésta designaba a un profesional (persona natural) para realizar la labor de supervisión de manera permanente y directa. La condición de “permanente y directa” implicaba que dicha actividad se realizaba durante todo el periodo de ejecución de la obra y era desarrollada por el propio supervisor sin intermediarios.

³ 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.

⁴ Por el término “directa” debía entenderse que el profesional designado como supervisor debe realizar sus funciones personalmente, sin intermediarios.

Ahora bien, el hecho que se requiriera la participación del supervisor de obra de manera directa y permanente no implicaba que con ello debía transgredirse los derechos fundamentales de este profesional, así como la normativa laboral, más aún si uno de los principios previstos en el artículo 3 de la anterior Ley es el de “Sostenibilidad ambiental y social”, por el cual en el diseño y desarrollo de los procesos de contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social así como al desarrollo humano.

En ese sentido, la participación del supervisor de obra se debía dar de manera permanente y directa durante la ejecución de la obra, debiendo el contratista cumplir con sus obligaciones contractuales sin transgredir disposiciones contenidas en otros conjuntos normativos.

3 CONCLUSIÓN

La participación del supervisor de obra se debía dar de manera permanente y directa durante la ejecución de la obra, debiendo el contratista cumplir con sus obligaciones contractuales sin transgredir disposiciones contenidas en otros conjuntos normativos.

Jesús María, 2 de diciembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativo

RAC.