

OPINIÓN N° 017-2020/DTN

Entidad: Estudio Ehecopar S.R.L

Asunto: Obligación del contratista de ejecutar el contrato con el personal ofertado

Referencia: Comunicación recibida con fecha 06.ENE.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante del Estudio Ehecopar S.R.L. consulta sobre obligación del contratista de ejecutar el contrato con el personal ofertado, 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 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 numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 del 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. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión, se entenderá por:

- **“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.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 *“En caso de un contrato sujeto a la Ley de Contrataciones del Estado considere*

una penalidad por no contar con el personal ofrecido en la propuesta o solicitar su reemplazo, distinta a la penalidad por mora y a la penalidad prevista en el artículo 162 del Reglamento, ¿Cuándo se considera que estamos frente a un incumplimiento injustificado a la obligación de mantener el equipo profesional ofrecido? ¿Cuándo se considera que la ausencia del o los profesionales califica como un incumplimiento justificado de esa obligación contractual y por ende no penalizable?''.

- 2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que, de conformidad con lo señalado en el numeral 40.1 del artículo 40 de la anterior Ley, era responsabilidad del contratista ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato.

Sobre el particular, el numeral 116.1 del artículo 116 del anterior Reglamento establecía que *“El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.”* (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, la oferta presentada por el contratista en el procedimiento de selección era parte integrante del contrato y, como tal, contemplaba obligaciones que debían ser cumplidas durante la ejecución contractual.

- 2.1.2 En relación con lo antes señalado, el primer párrafo del artículo 162¹ del anterior Reglamento establecía que *“Es responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el plantel profesional ofertado (...)”*.

De esta manera, considerando que constituía una obligación del contratista respetar los términos de su oferta, **el personal profesional propuesto debía ser -en principio- el mismo que participara en la ejecución de la prestación, toda vez que las calificaciones profesionales debían mantenerse durante el cumplimiento del contrato.**

No obstante, podía darse el caso que, por diferentes circunstancias (caso fortuito o fuerza mayor, por ejemplo), el contratista se encontrara imposibilitado de ejecutar el contrato con el personal ofertado durante el procedimiento de selección. Por tanto, resultaba razonable *–y en determinados casos hasta necesario–* que existiera la posibilidad de reemplazar al personal ofertado originalmente, **a efectos de continuar con la ejecución del contrato.**

En esa medida, el segundo párrafo del artículo 162 del anterior Reglamento disponía que *“Excepcionalmente y de manera justificada el contratista puede solicitar a la Entidad le autorice la sustitución del profesional propuesto, en cuyo caso el reemplazante debe reunir experiencia y calificaciones profesionales iguales o superiores a las del profesional reemplazado.”* (El subrayado es agregado).

Como se puede advertir, de conformidad con el dispositivo citado, el contratista podía, de **manera excepcional y justificada,** solicitar a la Entidad que autorice la sustitución del profesional ofertado (siempre que el reemplazante contara con iguales o superiores calificaciones y experiencia que las previstas por la Entidad

¹ El artículo 162 del anterior Reglamento también resultaba aplicable para los contratos de consultoría, salvo que se tratara de la selección de consultores individuales.

como parte de requisitos de calificación²).

En este punto, cabe precisar que la solicitud de reemplazo se consideraba como justificada cuando la imposibilidad de ejecutar la prestación con el personal ofertado obedecía a circunstancias que no resultaban imputables al contratista.

Así, para que la sustitución sea válida, debía ser autorizada previamente por la Entidad, para lo cual el contratista debía presentar una solicitud indicando aquella circunstancia que justificaba el reemplazo y ofreciendo como reemplazante a otro profesional que cumpliera con la experiencia y calificaciones correspondientes.

Por tanto, en principio, el contratista incurría en incumplimiento cuando no ejecutaba su prestación con el personal ofertado; sin embargo, de presentarse circunstancias excepcionales que justifiquen la ausencia de algún profesional, el contratista podía solicitar que la Entidad autorizara su sustitución.

2.1.3 Ahora bien, la Entidad podía establecer en los documentos del procedimiento de selección penalidades adicionales y distintas (bajo el alcance de lo dispuesto en artículo 134 del anterior Reglamento) a las previstas en el artículo 162 del anterior Reglamento, **a fin de sancionar el incumplimiento de otro tipo de obligaciones a cargo del contratista**, siempre que se respetaran parámetros de objetividad, razonabilidad, congruencia y proporcionalidad con el objeto de la contratación.

No obstante, es importante anotar que la Entidad no podía contemplar penalidades que tuvieran por objeto prohibir que el contratista solicitara la sustitución del personal ofertado, toda vez que la propia normativa de contrataciones reconocía esta potestad al contratista, siempre que mediaran circunstancias excepcionales y justificadas.

Es así que las Bases Estándar aprobadas mediante Directiva N° 001-2017-OSCE/CD³ señalaron lo siguiente: “No se puede incluir como otras penalidades la sola presentación de la solicitud de autorización de sustitución del personal propuesto. La penalidad por sustitución del personal aplica siempre y cuando la Entidad no haya autorizado su sustitución por no cumplir con las calificaciones y experiencia del personal a ser reemplazado.” (El subrayado es agregado).

De esta manera, el solo hecho de que el contratista solicitara la sustitución del personal ofertado no podía ser objeto de penalización por parte de la Entidad.

2.2 “¿Los eventos de caso fortuito y fuerza mayor de enfermedad súbita no prevista y de renuncia irrevocable de improviso del profesional ofrecido, respectivamente, pese a no ser controlables por el empleador, pueden dar lugar a penalizar al contratista pese a que jurídicamente esos eventos lo hacen no imputable de acuerdo al artículo 1315 del Código Civil?”.

2.2.1 De acuerdo con lo señalado al absolver la consulta anterior, si bien era responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el plantel profesional

² De conformidad con lo señalado en la Opinión N° 204-2018/DTN.

³ Modificada mediante Resolución N° 064-2018-OSCE/PRE, publicada el 9.AGO.2018. Dichas modificatorias entraron en vigencia el 27.AGO.2018.

ofertado, podían presentarse determinadas circunstancias (de caso fortuito o fuerza mayor) que impedían la participación de determinados profesionales ofertados durante el procedimiento de selección.

Así, entre otras circunstancias que podían impedir la participación del personal ofertado se encontraba la renuncia voluntaria de algún trabajador.

Sobre este punto, es importante mencionar que la renuncia es una de las manifestaciones que ostenta el derecho al trabajo, dicha potestad puede ser ejercida de manera libre, sin que el empleador pueda oponerse a la voluntad del trabajador.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que aun cuando la potestad de renunciar se encontrara fuera de la esfera de control del contratista, este último no podía ampararse en dicha circunstancia para liberarse de aquellas obligaciones que hubiese contraído con la Entidad, es decir, el hecho de que alguno de sus trabajadores renunciara no lo eximía de la obligación de ejecutar la prestación conforme a los términos establecidos en el contrato.

Es por ello que la anterior normativa de contrataciones del Estado había contemplado la posibilidad de **sustituir** al personal ofertado originalmente, con el fin de que el contratista pudiese continuar de manera regular con la ejecución del contrato.

Al respecto, el tercer párrafo del artículo 162 de anterior Reglamento dispuso lo siguiente *“La sustitución del personal propuesto debe solicitarse a la Entidad quince (15) días antes que se culmine la relación contractual entre el contratista y el personal a ser sustituido; si dentro de los ocho (8) días siguientes de presentada la solicitud la Entidad no emite pronunciamiento, se considera aprobada la sustitución.”* (El subrayado es agregado).

Como se advierte, ante la renuncia de un trabajador ofrecido como personal clave, el contratista debía solicitar su sustitución a la Entidad (invocando dicha renuncia como hecho justificante), y ofrecer en su reemplazo otro profesional que cumpliera con la experiencia y calificaciones correspondientes, todo ello dentro del plazo que contemplaba el artículo citado líneas arriba. De no existir respuesta de la Entidad dentro de los ocho (8) días siguientes de presentada la solicitud, esta se consideraba como aprobada.

Ahora bien, el cuarto párrafo del artículo 162 del anterior Reglamento agregaba lo siguiente: *“En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado, la Entidad le aplica al contratista una penalidad no menor a la mitad de una Unidad Impositiva Tributaria (0.5 UIT) ni mayor a una (1) UIT por cada día de ausencia del personal en la obra”*.

En ese sentido, cuando el contratista no hubiese solicitado la sustitución del personal propuesto, dentro del plazo correspondiente, o habiéndolo hecho, dicha solicitud no hubiese sido autorizada por la Entidad al no haber cumplido el sustituto con la experiencia y calificaciones correspondientes, resultaba aplicable la penalidad que

contemplaba el cuarto párrafo del artículo 162 del anterior Reglamento, por cada día de ausencia del referido personal.

- 2.2.2 Aclarado este extremo, cabe precisar que la renuncia de un trabajador era un hecho que el empleador (entiéndase, el contratista) podía conocer con anticipación⁴, pudiendo a partir de ello solicitar su sustitución ante la Entidad; sin embargo, existen otro tipo de eventos que podían presentarse en forma intempestiva, afectando de manera inmediata la disponibilidad del personal propuesto, como por ejemplo: muerte, accidentes, enfermedades de cierto tipo, entre otros.

Es evidente que en este tipo de casos no era posible solicitar anticipadamente la sustitución de dicho personal, dada la propia naturaleza de los eventos; por tanto, de presentarse tales hechos, el contratista debía actuar diligentemente, informando en forma inmediata a la Entidad y ofreciendo como reemplazante a otro profesional que cumpliera con la experiencia y calificaciones correspondientes, ello a efectos de que no se le aplicara la penalidad prevista en el artículo 162 del anterior Reglamento.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En principio, el contratista incurría en incumplimiento cuando no ejecutaba su prestación con el personal ofertado; sin embargo, de presentarse circunstancias excepcionales que justificaran la ausencia de algún profesional, podía solicitar que la Entidad autorizara su sustitución.
- 3.2 El solo hecho de que el contratista solicitara la sustitución del personal ofertado no podía ser contemplado como supuesto de penalización por parte de la Entidad.

Jesús María, 14 de febrero de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.

⁴ De acuerdo con nuestra legislación laboral, en el caso de la renuncia del trabajador, este debe dar aviso por escrito con 30 días de anticipación.