

OPINIÓN N° 039-2023/DTN

Solicitante: Fondo Metropolitano de Inversiones – Invermet

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

Referencia: a) Formulario S/N de fecha 10.MAR.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.
b) Oficio N° 63-2023-INVERMET-OGAF

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos a) y b) de la referencia, el Jefe de la Oficina de Administración y Finanzas del Fondo Metropolitano de Inversiones – Invermet, señor Jhon Roberth Zapata Ramos formula consultas referidas a la obligación del contratista de ejecutar el contrato con el personal ofertado.

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 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. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

- 2.1. ***“TOMANDO EN CONSIDERACIÓN QUE EL PERSONAL ACREDITADO PERMANECE COMO MÍNIMO SESENTA (60) DÍAS DESDE EL INICIO DE SU PARTICIPACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ¿CORRESPONDE PENALIZAR AL CONTRATISTA POR SUSTITUIR A SU PERSONAL ACREDITADO, PREVIO AL INICIO DE LA OBRA, CONSIDERANDO QUE EL***

INICIO DEL PLAZO DE ÉSTA FUE DIFERIDO, EN UN PLAZO QUE EXCEDE LOS 60 DÍAS, POR CAUSAS IMPUTABLES A LA ENTIDAD?, SITUACIÓN QUE LE IMPIDIÓ QUE, AL INICIO DE LA OBRA, CUENTE CON LOS PROFESIONALES ACREDITADOS.” (Sic.).

- 2.1.1 Antes de iniciar el presente análisis, cabe reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado, mediante opinión, son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en esa medida, no es posible determinar si corresponde, o no, la aplicación de penalidades en el marco de un contrato en particular, pues ello dependerá de las particularidades de cada caso.

Sin perjuicio de ello, se brindarán alcances generales sobre los temas vinculados a vuestra consulta.

- 2.1.2 En primer término, debe indicarse que de conformidad con lo señalado en el numeral 40.1 del artículo 40 de la Ley, es responsabilidad del contratista ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo con lo establecido en el contrato. Asimismo, según el artículo 164 del Reglamento, el contratista debe cumplir con sus obligaciones reglamentarias.

En ese contexto, corresponde mencionar que el numeral 190.1 del artículo 190 del Reglamento establece que *“Es responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el personal acreditado durante el perfeccionamiento del contrato.”* (El énfasis es agregado).

En esa misma línea, el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento dispone que *“El personal acreditado permanece como mínimo sesenta (60) días desde el inicio de su participación en la ejecución del contrato o por el íntegro del plazo de ejecución, si este es menor a (60) sesenta días. El incumplimiento de esta disposición, acarrea la aplicación de una penalidad no menor a la mitad (0.5 UIT) ni mayor a una (1) UIT por cada día de ausencia del personal en la obra. La aplicación de esta penalidad solo puede exceptuarse en los siguientes casos: i) muerte, ii) invalidez sobreviniente e iii) inhabilitación para ejercer la profesión (...)”* (El subrayado es agregado).

Como puede evidenciarse, el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento busca garantizar que el personal acreditado por el contratista sea el mismo que ejecute la prestación, estableciéndose para ello **la obligación de que dicho personal permanezca como mínimo (60) días calendarios, contados a partir del inicio de su participación**¹, o por el íntegro del plazo de ejecución, si el plazo de ejecución de la obra es menor a los sesenta (60) días. De no cumplir con esta disposición, se 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 en la obra. No obstante, la aplicación de tal penalidad podrá exceptuarse –según las condiciones que se desarrollarán más adelante– cuando la ausencia del referido personal se produzca por

¹ Según las particularidades de cada prestación, la intervención del personal propuesto por el contratista puede producirse en momentos distintos, ya que ciertos profesionales podrían participar desde el momento en que empiezan a ejecutarse las prestaciones u otros intervenir posteriormente, es decir, una vez que ya se inició el contrato.

alguno de los siguientes supuestos: i) muerte, ii) invalidez sobreviniente, o iii) inhabilitación para ejercer la profesión.

Ahora bien, de conformidad con el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento, cuando acaezca alguna de las circunstancias descritas en el párrafo anterior que impiden la permanencia del personal clave acreditado, el contratista deberá informar a la Entidad dicho acontecimiento, **como máximo al día siguiente de haberlo conocido.** Asimismo, de acuerdo con los numerales 190.4 y 190.5, **dentro de los cinco (5) días de conocido el hecho, el contratista debe presentar una solicitud de sustitución del personal correspondiente,** debiendo en dicha comunicación acreditar: i) la configuración de la causal que lo exime de la aplicación de la penalidad, y ii) que el perfil del personal reemplazante no afecta las condiciones que motivaron su selección (la del contratista). Como puede apreciarse, los incisos citados contienen las condiciones que deben cumplirse para que no se aplique la penalidad materia de análisis.

2.1.3 Ahora bien, debe indicarse que el 176 del Reglamento establece disposiciones que rigen el inicio del plazo de ejecución de obra en contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado.

En ese contexto, el numeral 176.1 del referido artículo establece que el inicio del plazo de ejecución de obra rige desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) *Que la Entidad notifique al contratista quién es el inspector o el supervisor, según corresponda;*
- b) *Que la Entidad haya hecho entrega total o parcial del terreno o lugar donde se ejecuta la obra, según corresponda;*
- c) *Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las bases, hubiera asumido como obligación;*
- d) *Que la Entidad haya hecho entrega del Expediente Técnico de Obra completo, en caso este haya sido modificado con ocasión de la absolución de consultas y observaciones;*
- e) *Que la Entidad haya otorgado al contratista el adelanto directo, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 181.*

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado establece que, tratándose de contratos de obras, para dar inicio al periodo en el que el contratista debe ejecutar las prestaciones a su cargo, es decir, del plazo de ejecución de obra, es necesario que se cumplan -de manera concurrente- las condiciones señaladas en el numeral 176.1 del artículo 176 del Reglamento. Ahora bien, es importante resaltar que el plazo para el cumplimiento de las condiciones a que se refiere el numeral antes citado, es de quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, como regla general.

No obstante, el propio artículo 176 del Reglamento, en su numeral 176.9 también ha previsto la posibilidad de que las partes puedan acordar diferir la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra en los siguientes supuestos:

- a) *Cuando la estacionalidad climática no permite el inicio de la ejecución de la obra, hasta la culminación de dicho evento.*

b) *En caso la Entidad se encuentre imposibilitada de cumplir con las condiciones previstas en los literales a) o b) del numeral 176.1 del presente artículo, hasta el cumplimiento de las mismas.*

Como se puede advertir, las partes pueden acordar diferir el inicio del plazo de ejecución de la obra siempre que se presenten circunstancias que imposibiliten su cumplimiento, lo cual debe sustentarse a través de un informe técnico que forma parte del expediente de contratación, y suscribirse la adenda correspondiente, conforme a lo establecido en el numeral 176.11.

2.1.4 En relación con lo anterior, es importante señalar que la normativa de contrataciones del Estado no regula de manera específica cómo debe computarse el periodo de permanencia del personal clave acreditado en aquellos casos en que las partes acuerden diferir el inicio del plazo de ejecución de la obra.

No obstante, debe tomarse en cuenta que las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado deben de interpretarse a la luz de los principios previstos en el artículo 2 de la Ley, entre ellos, el principio de Eficacia y Eficiencia² y el principio de Equidad³, por lo que al interpretar aquellas se debe priorizar el cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, por sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando así la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos; de igual manera, **se debe garantizar que las prestaciones y derechos de las partes guarden una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad.**

Bajo esa premisa, debe entenderse que, en circunstancias regulares, el contratista tiene el compromiso de mantener a su personal clave acreditado como mínimo (60) días calendarios, contados a partir del inicio de su participación en la obra, o por el íntegro del plazo de ejecución, si el plazo de ejecución de la obra es menor a dicho periodo.

No obstante, de presentarse **circunstancias ajenas a las partes**⁴ que imposibiliten el inicio del plazo de ejecución de la obra podría verse distorsionado el tiempo mínimo de permanencia del personal clave, pues, diferir el inicio de la ejecución de obra afectaría la planificación de los trabajos programados por el contratista según las fechas establecidas⁵ (al no tener necesariamente una fecha cierta para el inicio del plazo de

² “Eficacia y Eficiencia. El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.”

³ “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.”

⁴ Cabe anotar que la doctrina reconoce que dentro de estos eventos ajenos a la voluntad de las partes se encuentran -entre otros- los supuestos de “caso fortuito o fuerza mayor”. Para mayores alcances respecto de estos conceptos pueden revisarse diversas opiniones, entre ellas, las Opiniones N° 053-2018/DTN, N° 046-2020/DTN, entre otras.

⁵ En este punto, debe comprenderse que todos los trabajos en obra, así como la participación de aquellos profesionales que intervengan en esta obedecen a una planificación (prevista en los programas y

ejecución de obra), y en consecuencia se podría ver afectada la disposición de los profesionales acreditados como personal clave.

En ese sentido, no resultaría razonable exigir, para todos los casos en que las partes hubiesen acordado diferir la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra, que el contratista mantenga la obligación de iniciar los trabajos con el íntegro del personal clave acreditado durante el perfeccionamiento del contrato⁶, pues el inicio del plazo podría diferirse por varios días, semanas o meses **producto de circunstancias ajenas a su voluntad** -llegando incluso a sobrepasar los sesenta (60) días calendarios-, afectando así la programación y disponibilidad del personal clave acreditado en un primer momento.

Tomando en consideración lo señalado previamente, para el computo del tiempo mínimo de permanencia de dicho personal clave equivalente a sesenta (60) días calendarios, se podrá considerar (cuando corresponda) aquel periodo en que se hubiese diferido el inicio del plazo de ejecución de obra, siempre que ello se hubiese originado **por eventos que no sean atribuibles al contratista**⁷. Una vez transcurrido dicho periodo –de sesenta (60) días calendarios–, el contratista podrá solicitar el reemplazo del personal clave de manera justificada, y siempre que el perfil del reemplazante no afecte las condiciones que motivaron la selección del contratista, debiendo la Entidad evaluar, y de corresponder, aprobar dicha solicitud.

2.2 “SI LA ENTIDAD AUTORIZÓ LA SUSTITUCIÓN DEL PERSONAL ACREDITADO ANTES DE LOS 60 DÍAS DE INICIADA SU PARTICIPACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO (VÍA ACUERDO CONCILIATORIO), POR HABERSE DIFERIDO EL INICIO DEL PLAZO, LO CUAL NO LE PERMITIRÍA AL CONTRATISTA CONTAR CON LOS ESPECIALISTAS ACREDITADOS, ¿PROCEDE DE IGUAL FORMA LA APLICACIÓN DE LA PENALIDAD?, TENIENDO EN CONSIDERACIÓN QUE EL NUMERAL 190.2 DEL ARTÍCULO 190 DEL REGLAMENTO HA DISPUESTO QUE LA REFERIDA PENALIDAD SOLO PUEDE EXCEPTUARSE EN LOS SIGUIENTES CASOS: I) MUERTE, II) INVALIDEZ SOBREVINIENTE E III) INHABILITACIÓN PARA EJERCER LA PROFESIÓN.” (Sic).

2.2.1 Antes de iniciar el presente análisis, cabe reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado, mediante opinión, son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en esa medida, no es posible determinar si procede o no aplicar la penalidad a un contratista por la ausencia del personal clave, en tanto el OSCE no es competente para validar actos o pronunciarse respecto de las acciones o decisiones adoptadas por una Entidad en el marco de una contratación en particular.

calendarios correspondientes), la cual justamente se ve afectada ante circunstancias como una postergación del inicio de plazo o una paralización, por lo que resulta necesaria su reformulación en función al tiempo que la obra hubiese permanecido sin ejecutar.

⁶ Cabe precisar que un razonamiento similar se ha aplicado en el Decreto Legislativo N° 1486, al permitir el reemplazo del personal clave acreditado en obras paralizadas, tanto para el ejecutor de la obra como para el supervisor.

⁷ En coherencia con los criterios establecido en las Opiniones N° 002-2022/DTN y N° 025-2022/DTN.

Sin perjuicio de lo anterior, debe reiterarse que los numerales 190.1 y 190.2 del artículo 190 del Reglamento establecen la obligación del contratista de ejecutar las prestaciones del contrato con el personal clave acreditado durante el perfeccionamiento del mismo. Así, el referido personal debe permanecer como mínimo durante los primeros **sesenta (60) días calendarios** contados desde el inicio de su participación en la ejecución del contrato *-o por el íntegro del plazo de ejecución, si este es menor a sesenta (60) días-*, siendo el incumplimiento de esta obligación sancionado con la aplicación de una penalidad no menor a la mitad (0.5) ni mayor a una (1) UIT por cada día de ausencia en el personal de la obra. La aplicación de esta penalidad sólo puede ser exceptuada en caso de muerte, invalidez sobreviniente o inhabilitación del profesional.

Ahora bien, conforme a lo indicado al absolver la consulta previa, para el computo del tiempo mínimo de permanencia de dicho personal clave equivalente a sesenta (60) días calendarios, se podrá considerar (cuando corresponda) aquel periodo en que se hubiese diferido el inicio del plazo de ejecución de obra, siempre que ello se hubiese originado **por eventos que no sean atribuibles al contratista**. Una vez transcurrido dicho periodo *-de sesenta (60) días calendarios-*, el contratista podrá solicitar el reemplazo del personal clave de manera justificada, y siempre que el perfil del reemplazante no afecte las condiciones que motivaron la selección del contratista, debiendo la Entidad evaluar, y de corresponder, aprobar dicha solicitud.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Para el computo del tiempo mínimo de permanencia del personal clave equivalente a sesenta (60) días calendarios, se podrá considerar (cuando corresponda) aquel periodo en que se hubiese diferido el inicio del plazo de ejecución de obra, siempre que ello se hubiese originado por eventos que no sean atribuibles al contratista.

Jesús María, 12 de abril de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP