

OPINIÓN N° 114-2021/DTN

Solicitante: Consorcio Sarita Trébol

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

Referencia: Formulario S/N de fecha 20.OCT.2021 – Consultas del Sector Privado o Sociedad Civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Ronald Máximo Ortiz Garay, Representante Común del Consorcio Sarita Trébol formula consultas referidas al alcance del término “invalidez sobreviniente” en el marco de lo dispuesto por el artículo 190 del Reglamento.

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, 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:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 377-2019-EF, Decreto Supremo N° 250-

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 Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE “ Consultas del sector privado o la sociedad civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que las consultas N° 2, N° 3, N° 4 y N° 5 no se encuentran planteadas en términos genéricos, sino hacen alusión a situaciones específicas acaecidas en el marco de un contrato de ejecución de obra a efectos de solicitar que este Organismo Técnico Especializado se pronuncie sobre cada situación en particular, razón por la cual dichas consultas no serán absueltas, toda vez que su análisis excede la habilitación legal otorgada a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.



Firmado digitalmente por FLORES
MONTROYA Carla Gabriela FAU
20419026809 hard
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 02.12.2021 17:22:19 -05:00



Firmado digitalmente por BURGOS
BARDALES Patrick FAU
20419026809 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 02.12.2021 17:02:45 -05:00

2020-EF y Decreto Supremo N° 162-2021-EF.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

2.1. “Respecto a las Excepciones para la aplicación de la penalidad por incumplir con la permanencia de los profesionales clave, concretamente del Residente de obra, como mínimo sesenta (60) días calendario desde el inicio de su participación, señalado en el numeral 190.1 del artículo 190 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ¿Cuál es el alcance del término “Invalidez Sobreviniente” que permite delimitar bajo que supuesto se puede exonerar la imposición de la penalidad?” (sic).

2.1.1 Al respecto, 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).

Bajo esa premisa, 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).

Puede evidenciarse que 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**², 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 cuando la ausencia del referido personal se produzca por alguno de los siguientes supuestos: i) muerte, ii) invalidez sobreviniente, o iii) inhabilitación para ejercer la profesión.**

² 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.

Asimismo, 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 190.3, 190.4 y 190.5, dentro de los cinco (5) días de conocido el hecho, el contratista deberá 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).

2.1.2 Ahora, la consulta formulada versa sobre el alcance de una de las causales que eximirían al contratista de la aplicación de la penalidad, cuando no cumpla su obligación de ejecutar las prestaciones del contrato con el personal acreditado; específicamente de la causal “invalidez sobreviniente”.

Al respecto se debe considerar que el personal clave acreditado forma parte de las capacidades que debe reunir un contratista en el transcurso del procedimiento de selección (requisitos de calificación), las cuales deben demostrar que se encuentra en la posibilidad de ejecutar correctamente las prestaciones del contrato.

En tal sentido, bajo la premisa de que en el marco de un procedimiento de selección se exige un determinado personal clave para asegurar que se ejecuten correctamente las prestaciones del contrato, es posible abordar el alcance de la causal de inaplicación de penalidad por “invalidez sobreviniente”.

Así, el término “invalidez” debe identificarse con la pérdida temporal o definitiva de las capacidades físicas o psíquicas³ que le permitían al personal acreditado cumplir con las funciones que aseguraban la correcta ejecución de las prestaciones correspondientes a un contrato en particular; ello implica que, a efectos de verificar su configuración, debe analizarse tanto la pérdida de capacidades que hubiese padecido el personal como las características de las funciones que debe cumplir en el marco de un contrato en concreto.

Ahora, respecto del término “sobreviniente”, debe entenderse que esta pérdida de capacidades debe acaecer de manera posterior al momento de la acreditación del personal clave. En tal sentido, **no** se cumpliría con el requisito cuando al momento de dicha acreditación sí se conocía o podía conocerse la pérdida de capacidades del personal.

En suma, se puede concluir que, en el ámbito de la contratación pública, específicamente en el marco de la interpretación del artículo 190 del Reglamento, se entiende por “invalidez sobreviniente”, a la pérdida de capacidades físicas⁴ o psíquicas del personal clave que, de manera temporal o definitiva, imposibilitan la correcta ejecución de las prestaciones correspondientes a un contrato en particular,

³ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “incapacidad” es: 1. Falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo; 2. Falta de entendimiento o inteligencia; 3. Falta de preparación o de medios para realizar un acto.

⁴ “La imposibilidad física (...) en las obligaciones de hacer también suele darse la circunstancia de que el hecho prometido resulte, a posteriori, de cumplimiento imposible; en las intuitu personae, cuando acaece la incapacidad o muerte del deudor.” OSTERLING, F. y CASTILLO, M. (2008). *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra Editores S.A.C. p. 836.

debiendo precisarse que dicha pérdida de capacidades debe acaecer de manera posterior a la acreditación del personal.

Respecto de la causal “invalidez sobreviniente” es necesario anotar que es responsabilidad del contratista presentar a la entidad la documentación que permita acreditar fehacientemente su configuración.

- 2.1.3 En este punto, es pertinente indicar que la normativa de contrataciones del Estado no prevé una documentación específica mediante la cual el contratista podrá acreditar la configuración de la “invalidez sobreviniente”. Por esta razón, el contratista al momento de cursar su solicitud de sustitución del personal clave conforme a los numerales 190.3, 190.4 y 190.5, podrá presentar cualquier documentación que permita acreditar de modo fehaciente: i) la pérdida de las capacidades psíquicas o físicas del personal clave acreditado que pretende reemplazar, debiendo justificar –además– que dicha pérdida imposibilitará el cabal cumplimiento de sus funciones; y ii) que la invalidez sobrevino al momento de la acreditación del personal clave, esto es, al momento del perfeccionamiento del contrato⁵.

Asimismo, cabe precisar que es la Entidad, en tanto responsable y garante del interés público que subyace al contrato, quien debe realizar la evaluación correspondiente de la solicitud de sustitución del personal clave, debiendo para tal efecto considerar el principio de eficacia y eficiencia contemplado en el artículo 2 de la Ley, así como las normas que pudieran estar implicadas en el caso concreto, aun cuando estas pertenezcan a ordenamientos distintos a la contratación pública.

- 2.2. ***“En esa misma línea ¿En caso que aún no se haya dado inicio al plazo de ejecución de obra y el contratista solicite la sustitución del Residente por renuncia al habersele diagnosticado con cáncer a dicho profesional, entonces es atendible la sustitución del profesional sin que ello implique la aplicación de la penalidad señalada en el numeral 190.1 del Reglamento, ya que el Reglamento expresamente señala que es obligatorio la participación del profesional clave mínimo sesenta (60) días calendario “desde el inicio” de su participación en la “ejecución del contrato”, es decir, desde el inicio del plazo de ejecución?”***

- 2.2.1. En atención al tenor de consulta formulada, y reiterando que este despacho carece de facultades para pronunciarse sobre un caso particular, se dilucidará el alcance de la obligación contemplada en el artículo 190 del Reglamento consistente en ejecutar el contrato con el personal clave acreditado al momento de su suscripción, dentro del contexto de la ejecución de un contrato de obra⁶.

Dicho esto, debe tenerse presente que uno de los elementos distintivos de las obras como objeto contractual, es que requieren necesariamente de dirección técnica. En concordancia con ello, el artículo 179 del Reglamento, ha dispuesto que toda obra

⁵ Todo ello, sin perjuicio, de que en dicha solicitud también se acredite que el perfil del personal reemplazante no afecta las condiciones que motivaron la selección del contratista.

⁶ Al respecto, es preciso tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 190.8, las disposiciones del artículo 190 del Reglamento también son aplicables a los contratos de consultoría en lo que corresponda.

debe contar necesariamente, de modo permanente⁷ y directo⁸, con un residente de obra, quien representa al contratista como responsable técnico de la obra.

Así las cosas, se puede deducir que la presencia del residente de obra se justifica en la necesidad que tiene toda obra de contar con dirección técnica en la ejecución de los trabajos. Siendo así, será a partir del inicio de la ejecución de dichos trabajos, esto es, desde el inicio del plazo de ejecución contractual, el momento desde el cual el residente debe participar en la ejecución de la obra.

Mencionado lo anterior, corresponde reiterar que el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento, establece que el personal clave acreditado debe permanecer “*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*”.

De una lectura articulada de los artículos 179 y 190 del Reglamento se puede deducir que, por regla general, el residente de obra acreditado al momento de la suscripción del contrato debe mantenerse mínimamente por 60 días desde el inicio del plazo de ejecución contractual y por el íntegro del plazo de ejecución si el plazo de ejecución es menor a dichos 60 días⁹.

- 2.2.2. Ahora, se consulta sobre la posibilidad de que se sustituya al residente de obra de manera previa al inicio del plazo de ejecución contractual y si esta situación podría eximir al contratista de la aplicación de la penalidad a la que hace referencia el artículo 190 del Reglamento.

Sobre el particular, cabe precisar que la sustitución injustificada del residente de obra (esto es, una que no se sustente en alguna de las tres causales prevista en el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento), realizada de manera previa al inicio del plazo ejecución contractual, no exime al contratista de la penalidad prevista en el artículo 190 del Reglamento, pues dicha sustitución implicaría el necesario incumplimiento de la obligación de que el residente acreditado se mantenga en la obra mínimamente por 60 días desde el inicio del plazo de ejecución, ya que, tras la hipotética sustitución, el residente de obra sería un profesional distinto al acreditado al momento de la suscripción del contrato. Una interpretación diferente vaciaría de contenido la disposición bajo análisis, convirtiéndola en ineficaz.

Una situación distinta se presentaría en el caso de que dicha sustitución se justifique en alguna de las causales previstas en el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento: (i) muerte, (ii) inhabilitación para ejercer la profesión o (iii) invalidez sobreviniente. En tal circunstancia, independientemente de que la sustitución se realice antes o después del inicio del plazo de ejecución contractual, no corresponderá la aplicación de la penalidad a la que hace referencia el artículo 190

⁷ De acuerdo con el criterio establecido en la Opinión N° 128-2020/DTN, el término permanente debe entenderse como aquel profesional designado como residente de obra, debe estar en el lugar de la obra durante todo el periodo de ejecución de la misma.

⁸ De conformidad con la Opinión N° 128-2020/DTN, El término directo, hace alusión a que el residente de obra debe realizar sus funciones sin intermediarios.

⁹ Artículo 138, numeral 138.1 “*El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones entre las partes*”.

del Reglamento.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En el ámbito de la contratación pública, específicamente en el marco de la interpretación del artículo 190 del Reglamento, se entiende por “invalidez sobreviniente”, a la pérdida de capacidades físicas o psíquicas del personal clave que, de manera temporal o definitiva, imposibilitan la correcta ejecución de las prestaciones correspondientes a un contrato en particular, debiendo precisarse que dicha pérdida de capacidades debe acaecer de manera posterior a la acreditación del personal. En tal sentido, no se cumpliría con el requisito cuando al momento de la acreditación del personal clave, sí se conocía o podía conocerse la pérdida de capacidades de dicho personal.
- 3.2 La sustitución injustificada del residente de obra (esto es, una que no se sustente en alguna de las tres causales prevista en el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento), realizada de manera previa al inicio de ejecución contractual, no exime al contratista de la penalidad prevista en el artículo 190 del Reglamento; pues, dicha sustitución implicaría el necesario incumplimiento de la obligación de que el residente acreditado se mantenga en la obra mínimamente por 60 días desde el inicio del plazo de ejecución, ya que, tras la sustitución, el residente de obra sería un profesional distinto al acreditado al momento de la suscripción del contrato.

Jesús María, 02 de diciembre de 2021



Firmado digitalmente por FLORES
MONTROYA Carla Gabriela FAU
20419026809 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.12.2021 17:23:17 -05:00

CARLA FLORES MONTROYA
Directora Técnico Normativa (e)

RVC/gms