

OPINIÓN N° 142-2019/DTN

Solicitante: ALABASTRO S.A.C.

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

Referencia: Comunicación S/N recibida 15.JUL.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de ALABASTRO S.A.C. formula consulta sobre la obligación del contratista de ejecutar el contrato con el personal ofertado, conforme al 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. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE, “Consultas del Sector Privado sobre la normativa de contrataciones del Estado”, determinándose que las consultas formuladas en los numerales del 2 al 8 no se encuentran vinculados con la primera (referida a la obligación del contratista de ejecutar el contrato con el personal ofertado, conforme al artículo 190 del Reglamento), toda vez que en dichos numerales se desarrollan temas diversos como: i) la naturaleza y aplicación de la penalidad por mora en contratos de supervisión, ii) el plazo de caducidad para someter a conciliación o arbitraje las controversias sobre penalidades, iii) la aplicación simultánea de la penalidad por mora y otras penalidades, entre otras temas que no guardan relación directa con la consulta materia de análisis; asimismo, la consulta formulada en el numeral 8 no ha sido planteada en términos genéricos, sino que hace referencia a un escenario concreto; por lo tanto, 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.

Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.

- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

“En el marco del D.S. N° 344-2018, al respecto de las excepciones a la aplicación de la penalidad dispuesta en el Art. 190.2 del Reglamento se consulta: i) en caso la Obra o servicio no inicie en más de 60 d.c después de suscrito el contrato ¿también opera la exoneración de aplicar esta penalidad?; ii) ¿De qué forma se acredita la invalidez sobreviniente y la inhabilitación para ejercer la profesión?; iii) Asimismo se consulta ¿si por invalidez sobreviniente se comprende a las enfermedades incapacitantes de carácter temporal derivadas de accidentes de trabajo, que son sobrevivientes y producen invalidez temporal, acreditados mediante certificados médicos?; iv) Al respecto del procedimiento establecido en el 190.4 (solicitud de sustitución 15 días antes de que culmine la relación contractual) afín de respetar los plazos establecidos se consulta si se puede solicitar el cambio, excepcional y justificado, después de otorgada la buena pro y antes de firmar contrato? ¿O firmado el Contrato y antes de iniciar el servicio (antes de la comunicación del inicio del servicio)? iv) Por último, ¿cuál es el tratamiento de dicha penalidad para el computo de los límites del 10%, se computa como otra penalidad o como una penalidad por mora?. (Sic).

- 2.1 En primer lugar, debe indicarse 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, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, motivo por el cual este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse sobre hechos suscitados bajo un escenario en particular, pues ello excedería la habilitación legal prevista en el artículo 52 de la Ley.

Por lo tanto, el presente análisis se limitará a brindar alcances generales respecto de la aplicación del artículo 190 del Reglamento.

- 2.2 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 a lo establecido en el contrato.

Así, el numeral 138.1 del artículo 138 del Reglamento establece 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 es parte integrante del contrato y, como tal, contempla obligaciones que deben ser cumplidas durante la ejecución contractual.

- 2.3 En relación con lo antes señalado, el numeral 190.1 del artículo 190 del Reglamento establece que “*Es responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el plantel profesional ofertado (...)*”.

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

Bajo esa premisa, el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento dispone que “*Cuando los documentos del procedimiento establezcan la acreditación del plantel profesional clave para ejecutar la suscripción del contrato, el contratista inicia y ejecuta su prestación con dicho personal, el cual necesariamente permanece como mínimo sesenta (60) días calendario desde el inicio de su participación en la ejecución del contrato o por el íntegro del plazo de ejecución, si este es menor a los sesenta (60) días calendario. El incumplimiento de esta disposición, acarrea la aplicación de 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. La aplicación de esta penalidad solo puede exceptuarse en los siguientes casos: i) muerte, ii) invalidez sobreviniente e iii) inhabilitación para ejercer la profesión.*”

Antes de analizar dicho artículo, cabe precisar que de acuerdo con el numeral 49.3 del artículo 49 del Reglamento y literal e) del numeral 139.1 del artículo 139 del mismo cuerpo normativo, **en el caso de consultoría y ejecución de obras**, la revisión de los requisitos de calificación vinculados a la “capacidad técnica y profesional” (*dentro del cual se consideran los requisitos vinculados a las “calificaciones y experiencia del personal clave”*), es verificada por el órgano encargado de las contrataciones **para la suscripción del contrato**².

Por tanto, tratándose de obras y consultoría de obras, la acreditación del plantel profesional clave se realiza para la suscripción del contrato, es decir, en dicha oportunidad el postor presenta y acredita la experiencia y capacidad del personal propuesto³, **lo cual genera un compromiso de su parte de mantener dicho personal durante la ejecución del contrato.**

² El artículo 141 del Reglamento establece el procedimiento para “**el perfeccionamiento del contrato**”, conforme a lo siguiente: “*Dentro del plazo de ocho (8) días hábiles siguientes al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, el postor ganador de la buena pro presenta los requisitos para perfeccionar el contrato. En un plazo que no puede exceder de los dos (2) días hábiles siguientes de presentados los documentos la Entidad suscribe el contrato o notifica la orden de compra o de servicio, según corresponda, u otorga un plazo adicional para subsanar los requisitos, el que no puede exceder de cuatro (4) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Entidad. A los dos (2) días hábiles como máximo de subsanadas las observaciones se suscribe el contrato.*” (El subrayado es agregado).

³ Mediante la anotación del numeral 2.3 de la Sección Específica de las Bases Estándar para la contratación de consultoría y ejecución de obras aprobadas por el OSCE -vigentes a partir del 27 de junio de 2019- se dispuso lo siguiente “*Cuando el postor ganador de la buena pro proponga como personal permanente a profesionales que se encuentren laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, procede otorgar plazo adicional*”

Por tanto, puede evidenciarse que el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento busca garantizar que el personal propuesto 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**⁴, 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.**

Como se aprecia, la normativa de contrataciones prevé solo tres (3) supuestos para justificar la ausencia del personal propuesto, y en consecuencia, exceptuarse de la aplicación de la penalidad correspondiente.

- 2.4 Ahora bien, al no haberse previsto un tipo específico de documento para sustentar la configuración de tales supuestos, el contratista puede emplear aquellos documentos que resulten idóneos para sustentar su solicitud, siempre que a través de estos se acredite fehacientemente los hechos y circunstancias alegados, correspondiendo que sea la Entidad quien efectúe la evaluación correspondiente⁵.

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de reemplazar al personal propuesto antes de que el contratista inicie su prestación, debe reiterarse que el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento no ampara dicha figura (salvo que se configure alguno de los tres supuestos de excepción); por su parte, el reemplazo de dicho personal, conforme lo establece numeral 190.3 del mencionado artículo, solo ha sido previsto **de manera excepcional y justificada, una vez transcurridos los sesenta (60) primeros días de iniciada la participación de dicho personal,** siempre y cuando no se afecten las condiciones que motivaron la selección del contratista.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante mencionar que las controversias que se produzcan como producto del retraso en el inicio de la ejecución de la obra (una vez de suscrito el contrato), pueden ser sometidas a los medios de solución de

para subsanar, conforme lo previsto en el literal a) del artículo 141 del Reglamento." (El subrayado es agregado).

⁴ Según las particularidades de cada prestación, la intervención del personal propuesto por el contratista podría producirse en momentos distintos, pudiendo ciertos profesionales participar desde el momento en que comienzan a ejecutarse las prestaciones u otros intervenir posteriormente, es decir, una vez que ya se viene ejecutando el contrato.

⁵ Sin perjuicio de lo señalado, la Entidad, como parte de sus prerrogativas, puede definir en las Bases que tipo de documentos servirán para acreditar la configuración de tales supuestos, siempre que ello respete parámetros de razonabilidad y congruencia.

controversias previstos en la normativa de contrataciones del Estado⁶, a efectos de que pueda efectuarse un análisis particular de cada caso.

- 2.5 Finalmente, en lo que respecta a la naturaleza de las penalidades previstas en el artículo 190 del Reglamento, cabe precisar que el numeral 161.3 del artículo 161 del Reglamento señala: “*En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, incluyen las previstas en el capítulo VI del presente título.*” (El resaltado es agregado).

De esta manera, las penalidades previstas en el artículo 190 del Reglamento (contempladas dentro del Capítulo VI del Reglamento) son consideradas al momento de calcular el límite del diez por ciento (10%) de las “*otras penalidades*”.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 El numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento busca garantizar que el personal propuesto 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, 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 del personal 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.
- 3.2 Las controversias que se produzcan como producto del retraso en el inicio de la ejecución de la obra (una vez de suscrito el contrato), pueden ser sometidas a los medios de solución de controversias previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

Jesús María, 21 de agosto de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.

⁶ Sin perjuicio de lo establecido en el numeral 45.4 del artículo 45 de la Ley.