

## OPINIÓN N° 162-2019/DTN

Solicitante: MAB INGENIERIA DE VALOR S.A.  
Asunto: Aplicación de penalidad por ausencia de personal clave  
Referencia: Comunicación S/N de fecha 06.AGO.2019

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Sra. (ita) Linda Daniela Hernández Serrano, apoderada de la empresa MAB Ingeniería de Valor S.A. formula consultas sobre la aplicación de penalidad por ausencia del personal clave en la obra.

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 mediante el Decreto Legislativo N° 1444, así como el acápite 9 del Anexo N° 2 de su 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:

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

- 2.1 *“Consultamos si la normativa, es específico, si dentro de las situaciones excepcionales a las que hace mención el tercer numeral del artículo 190 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018- EF, se encontrarán concebidas y, por ende, no darán lugar a la aplicación de penalidad alguna, aquellas circunstancias que generen la solicitud de sustitución del personal profesional clave por causales*

*como las siguientes: i) comisión de una falta grave<sup>1</sup>; ii) atentado contra la imagen, dignidad, integridad física y/o emocional de otro profesional o persona externa al plantel del ejecutor o consultor, empleando para ello, entre otros, medios tecnológicos para la configuración de dichos actos; y, (iii) hostigamiento sexual o psicológico a otro profesional o persona externa al plantel del ejecutor o consultor, empleando para ello, entre otros, medios tecnológicos para la configuración del acto. Ello, con el propósito de: i) reducir los casos de hostilidad en los lugares de ejecución de las obras que, por lo general son alejados; y, (ii) incentivar la participación de las mujeres en los sectores de construcción y consultoría de obras” (Sic).*

- 2.1.1 En el marco de un proceso de contratación, la Entidad debe asegurarse de que los postores cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato. Para lograr este fin, establece en el requerimiento y los documentos del procedimiento de selección, los **requisitos de calificación** que deben cumplir dichos postores.

De conformidad con el numeral 49.2., del artículo 49 del reglamento, las entidades pueden exigir los siguientes requisitos de calificación:

*“a) Capacidad Legal: la habilitación para llevar a cabo la actividad materia de contratación.*

***b) Capacidad Técnica y Profesional: aquella relacionada al equipamiento estratégico, infraestructura estratégica, así como la experiencia del personal clave requerido. Las calificaciones del personal pueden ser requeridas para servicios en general, obras, consultorías en general y consultorías de obras”***

*c) Experiencia del postor en la especialidad; y*

*d) Solvencia Económica: aplicable para licitaciones públicas convocadas para contratar la ejecución de obras.” (El resaltado es agregado)*

Ahora bien, la verificación de estos requisitos la lleva a cabo el comité selección, dentro de una etapa específica del procedimiento de selección: la calificación de ofertas. No obstante, de conformidad con lo establecido en el numeral 49.3, del artículo 49 del Reglamento, **cuando el objeto de contratación sea la ejecución de una obra o la prestación del servicio de consultoría de obras, el requisito de calificación denominado “Capacidad Técnica y Profesional” es verificado por el Órgano Encargado de las Contrataciones para la suscripción del contrato.**

De lo expuesto hasta este punto se tiene que, en los contratos de obra y de consultoría de obra, una vez adjudicada la buena pro, el postor adjudicatario **para la suscripción del contrato debe identificar<sup>2</sup> a las personas que deberán**

<sup>1</sup> Tipificada como tal por el contratista o consultor en el reglamento interno de trabajo o códigos de conducta establecidos y dados a conocer de manera previa a la comisión de dicha falta. (la nota es del solicitante)

<sup>2</sup> De conformidad con el criterio desarrollado en la **Opinión N° 110-2019/DTN**, la Entidad toma conocimiento de quien se desempeñará como personal clave al momento de la suscripción del contrato. Asimismo, de conformidad con la **Resolución N° 0661-2019-TCE-S2**, emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado, la revisión de los requisitos de calificación vinculados a la “capacidad técnica

**desempeñarse como personal clave y acreditar sus calificaciones y experiencia.**

Una vez suscrito el contrato, el postor adjudicatario (desde ahora contratista) debe ejecutarlo de conformidad con lo establecido en este<sup>3</sup>, es decir, debe cumplir con sus obligaciones contractuales de conformidad con lo que se hubiere establecido **en las bases, la oferta ganadora, el documento que contiene el contrato y en los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes**<sup>4</sup>.

En coherencia con ello, se puede inferir que el contratista tiene la obligación de ejecutar el contrato de obra o de consultoría de obra, de acuerdo con las capacidades que acreditó durante el procedimiento de selección y la suscripción del contrato; **lo cual implica que tiene la obligación de ejecutar el contrato con el personal clave presentado para la suscripción del contrato.**

- 2.1.2 En concordancia con lo expuesto, el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento ha dispuesto que *“Cuando los documentos del procedimiento establezcan la acreditación del plantel profesional clave para 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.”*

Como se puede apreciar, el contratista tiene la obligación de ejecutar el contrato de obra o de consultoría de obra con el personal clave propuesto. Como consecuencia de ello, este último debe permanecer 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 en el supuesto en que este sea menor a los sesenta días. De no ser así, es decir, si el contratista no ejecuta el contrato con el personal clave propuesto, la Entidad deberá aplicarle 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 relación con lo último, cabe agregar que **la norma establece tres**

---

y profesional”, en el caso de consultoría y ejecución de obras, es verificada por el órgano encargado de las contrataciones para la suscripción del contrato, motivo por el cual no puede atribuírsele al comité de selección dicha función durante la etapa de calificación, pues no hay forma de que este último tenga conocimiento del personal ofertado por el postor.

<sup>3</sup> Ley de Contrataciones del Estado, Artículo 40°: “El contratista es responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo de acuerdo a lo establecido en el contrato (...)”

<sup>4</sup> 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”

**circunstancias en virtud de las cuales se justificaría la ausencia del personal clave propuesto**; y, en consecuencia, se exceptuaría la aplicación de la penalidad; estas son: i) muerte, ii) invalidez sobreviniente e iii) inhabilitación para ejercer la profesión.

- 2.1.3. Por su parte, el numeral 190.3., del artículo 190 del reglamento, señala que *“excepcionalmente y de manera justificada el contratista puede solicitar a la Entidad que autorice la sustitución del profesional propuesto, en cuyo caso el perfil del reemplazante no afecta las condiciones que motivaron la selección del contratista”*

Como se puede advertir, de conformidad con el dispositivo citado, el contratista puede, de **manera excepcional y justificada**, solicitar a la Entidad que autorice la sustitución del profesional propuesto (siempre que el perfil del reemplazante no afecte las condiciones que motivaron la selección del contratista). No obstante, interpretando en forma integral el artículo 190 del Reglamento, **la sustitución sólo será posible una vez transcurridos los sesenta (60) días en los que el personal clave propuesto debe permanecer obligatoriamente en la obra.**

Ahora bien, de acuerdo al numeral 190.5., 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 requeridas, esta le debe aplicar 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.

- 2.1.4. En relación con la consulta formulada, se debe reiterar que el contratista tiene la obligación de ejecutar el contrato de conformidad con las capacidades que acreditó durante el procedimiento de selección y la suscripción del contrato. En esa medida, se encuentra obligado a ejecutar el contrato con el personal clave presentado para la suscripción del contrato.

Ahora, como se anotó, la sustitución del personal clave una vez transcurridos los sesenta (60) días en los que este debía mantenerse obligatoriamente en la obra, solo será posible **de forma excepcional**, cuando se solicite de **manera justificada**, y siempre **que el perfil del reemplazante no afecte las condiciones que motivaron la selección del contratista**; pues, en caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal propuesto, y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones requeridas, esta le debe aplicar 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 marco, cuando el contratista solicite la sustitución del personal clave, corresponde a la Entidad determinar si, en atención a los elementos que componen un caso concreto, procede su aprobación. Cabe precisar, que a fin de evaluar los motivos que justifican dicha sustitución, la Entidad deberá considerar aquellas normas imperativas, que puedan imposibilitar la permanencia del personal clave en la ejecución del contrato; aun cuando estas pertenezcan a ordenamientos distintos al de la contratación pública.

Por último, es preciso anotar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley, las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución del contrato (entre estas, aquellas referidas a la aplicación de penalidades) pueden ser resueltas mediante conciliación y arbitraje, según el acuerdo entre las partes.

### **3. CONCLUSIONES**

- 3.1 De acuerdo con la normativa de contrataciones del Estado, el contratista tiene la obligación de ejecutar el contrato de obra o de consultoría de obra, de acuerdo con las capacidades que acreditó durante el procedimiento de selección y la suscripción del contrato; lo cual implica que tiene la obligación de ejecutar el contrato con el personal clave presentado para la suscripción del contrato.
- 3.2 La sustitución del personal clave una vez transcurridos los sesenta (60) días en los que este debía mantenerse obligatoriamente en la obra, será posible cuando se solicite de manera justificada, y siempre que el perfil del reemplazante no afecte las condiciones que motivaron la selección del contratista; correspondiendo a la Entidad determinar si, en un caso concreto, procede aprobar la sustitución del personal clave. Cabe precisar, que a fin de evaluar los motivos que justifican la sustitución, la Entidad deberá considerar aquellas normas imperativas, que puedan imposibilitar la permanencia del personal clave en la ejecución del contrato; aun cuando estas pertenezcan a ordenamientos distintos al de la Contratación Pública.

Jesús María, 19 de septiembre de 2019

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

RVC.