

OPINIÓN N° 163-2019/DTN

Solicitante: H y C Ingenieros y Consultores S.A.C.
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, el Gerente General de la empresa H y C Ingenieros y Consultores, 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 en cuestión considera la empleabilidad de las mujeres en edad fértil o de mujeres gestantes como parte del plantel profesional que pueda ser ofertado por el contratista o consultor. Ello, a fin de que: i) el contratista o consultor tenga la certeza de que no será penalizado en caso solicite la sustitución de algún profesional que se encuentre en embarazo o que durante la ejecución de la obra desembarace; y ii) el contratista o consultor se vea incentivado a proponer como parte de su plantel profesional a mujeres en edad fértil o mujeres gestantes. En caso la respuesta sea afirmativa, considerar la posibilidad de que pueda entenderse como causal de inaplicación de penalidades en caso se solicite la sustitución como parte del personal clave ofertado de una*

mujer que no pueda continuar prestando sus servicios por haber quedado embarazada, por el estado de su embarazo o por haber desembrázado antes o después de la fecha programada para el inicio de las labores por parte de ejecutor o consultor.” (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 identificar¹ a las personas que deberán 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 este², es decir, debe cumplir con sus obligaciones contractuales de conformidad con lo que se hubiere establecido **en**

¹ 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 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

² 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 (...)”

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 partes³.

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 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

³ 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”*

afecte las condiciones que motivaron la selección del contratista). No obstante, interpretando de 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, y en el marco de las ideas expuestas en los numerales precedentes, corresponde mencionar que **la normativa de contrataciones del estado, no ha establecido alguna restricción para que las mujeres, independientemente de su edad o de que se encuentren en estado de gestación, puedan desempeñarse como personal clave en el marco de la ejecución de un contrato obra.** En consecuencia, desde la normativa de contrataciones del estado, no existe limitación jurídica alguna para que el contratista contrate mujeres, a fin de que estas constituyan el personal clave necesario para la ejecución de una obra.

Respecto de la penalidad por no mantener al personal clave durante sesenta (60) días desde el inicio de su participación en la ejecución de la obra, es pertinente reiterar que la normativa de contrataciones ha previsto únicamente tres circunstancias en virtud de las cuales el contratista se encontraría liberado de su aplicación: i) muerte, ii) invalidez sobreviniente e iii) inhabilitación para ejercer la profesión.

Como se puede apreciar, la sola condición de que el personal clave se encuentre constituido por mujeres (independientemente de su edad o de que se encuentren gestando) no está prevista como causal para la exoneración de la aplicación de la penalidad. No obstante, de conformidad con los elementos singulares que componen un caso concreto, se deberá evaluar si, adicionalmente, ha concurrido alguno de los supuestos que liberan al contratista de que se le aplique la referida penalidad.

Ahora bien, respecto de la sustitución del personal clave una vez transcurridos los sesenta (60) días en los que este debía mantenerse obligatoriamente en la obra, corresponde reiterar que la normativa de contrataciones del estado contempla dicha posibilidad cuando se solicite de **manera justificada**, y siempre **que el perfil del reemplazante no afecte las condiciones que motivaron la selección del contratista;** pues, como se anotó, 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

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 El personal clave propuesto 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, 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. Solo tres circunstancias justificarían 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.
- 3.2 La sola condición de que el personal clave se encuentre constituido por mujeres (independientemente de su edad o de que se encuentren gestando) no está prevista como causal para la exoneración de la aplicación de la penalidad. No obstante, de conformidad con los elementos singulares que componen un caso concreto, se deberá evaluar si, adicionalmente, ha concurrido alguno de los supuestos que liberan al contratista de que se le aplique.
- 3.3 La normativa de contrataciones del estado, no ha establecido alguna restricción para que las mujeres, independientemente de su edad o de que se encuentren estado de gestación, puedan desempeñarse como personal clave en el marco de la ejecución de un contrato obra. En consecuencia, desde la normativa de contrataciones del estado, no existe limitación jurídica alguna para que el contratista contrate mujeres, a fin de que éstas constituyan el personal clave necesario para la ejecución de una obra.
- 3.4 Respecto de la sustitución del personal clave una vez transcurridos los sesenta (60) días en los que este debía mantenerse obligatoriamente en la obra, la normativa de contrataciones del estado contempla dicha posibilidad 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 atención a los elementos que componen un caso concreto, procede aprobar la sustitución del personal clave.

Jesús María, 19 de septiembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.

