

OPINIÓN N° 220-2019/DTN

Solicitante: Arturo Ernesto Delgado Vizcarra

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

Referencia: Comunicación S/N recibida 24.OCT.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Arturo Ernesto Delgado Vizcarra formula consultas sobre 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, 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. 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 “Durante la ejecución de una obra, ¿Es posible sustituir y/o reemplazar a los profesionales propuestos por el contratista en su oferta?”

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 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.

De esta manera, considerando que constituye una obligación del contratista respetar los términos de su oferta, y de conformidad con el numeral 190.1 del artículo 190 del Reglamento, **el personal profesional propuesto debe ser 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 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**¹.

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 propuesto², **lo cual genera un compromiso de su parte de mantener dicho personal durante la ejecución del contrato.**

¹ 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).

² 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*

Bajo esa premisa, 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**³, 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.

- 2.1.3 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”* (El resaltado es agregado).

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)⁴. No obstante, interpretando de forma integral el artículo 190 del Reglamento, **la sustitución sólo será posible una vez transcurridos los sesenta (60) días durante los cuales el personal clave propuesto debe permanecer obligatoriamente en la obra.**

Finalmente, de acuerdo al numeral 190.5 del artículo bajo análisis, 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, ésta 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.

- 2.2 ¿Debido a situaciones excepcionales (enfermedad, muerte, invalidez, renuncia, entre otros) el contratista puede solicitar el cambio y/o reemplazo de un profesional con la finalidad de continuar con la ejecución del contrato?**

De acuerdo con lo indicado al absolver la consulta anterior, el contratista tiene la obligación de ejecutar el contrato de obra o de consultoría de obra con el personal

obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, procede otorgar plazo adicional para subsanar, conforme lo previsto en el literal a) del artículo 141 del Reglamento.”

³ 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.

⁴ La sustitución del personal propuesto se solicita a la Entidad quince (15) días antes que se culmine la relación contractual entre el contratista y el personal a ser sustituido; si dentro de los ocho (8) días siguientes de presentada la solicitud la Entidad no emite pronunciamiento se considera aprobada la sustitución.

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, salvo en los casos en los que dicha ausencia se hubiese debido a: (i) muerte, (ii) invalidez sobreviniente, o (iii) inhabilitación para ejercer la profesión.

Ahora bien, transcurridos los sesenta (60) días en los que el personal clave propuesto debe permanecer obligatoriamente en la obra, 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.

2.3 *¿El contratista puede solicitar el reemplazo de un profesional bajo el mismo cargo en reiteradas oportunidades o existe algún límite?*

Tal como se ha indicado previamente, una vez transcurridos los sesenta (60) días durante los cuales el personal clave propuesto debe permanecer obligatoriamente en la obra, el contratista puede -de manera excepcional y justificada- solicitar a la Entidad que autorice la sustitución de algún profesional, siempre que el perfil del reemplazante no afecte las condiciones que motivaron la selección del contratista.

Respecto de este último punto, es importante señalar que si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un límite expreso en cuanto al número de veces que puede efectuarse el reemplazo de algún profesional propuesto por el contratista, debe tenerse en cuenta que ésta es una medida excepcional, por lo que solo debe solicitarse cuando resulte estrictamente necesaria y cuente con el debido sustento. Adicionalmente, cabe precisar que para que dicho reemplazo sea válido, deberá existir una aprobación previa de la Entidad.

2.4 *¿Puede sustituirse a cualquiera de los profesionales propuestos o existen algún tipo de profesional que no puede ser sustituido bajo ninguna circunstancia?* (sic)

De acuerdo con lo indicado al absolver la consulta anterior, una vez transcurridos los sesenta (60) días durante los cuales el personal clave propuesto debe permanecer obligatoriamente en la obra, el contratista puede -de manera excepcional y justificada- solicitar a la Entidad que autorice la sustitución de algún profesional, siempre que el perfil del reemplazante no afecte las condiciones que motivaron la selección del contratista.

Ahora bien, más allá de esta limitación, la normativa de contrataciones no ha establecido restricciones en cuanto al tipo de personal que puede ser reemplazado; sin embargo, debe reiterarse que el reemplazo es una medida excepcional, por lo que solo debe solicitarse cuando resulte estrictamente necesaria y cuente con el debido sustento. Adicionalmente, cabe precisar que para que dicho reemplazo sea válido, deberá existir una aprobación previa de la Entidad.

2.5 *¿Existe un límite a la cantidad de profesionales que pueden ser sustituidos y/o reemplazados?*

De acuerdo con lo indicado al absolver la consulta anterior, una vez transcurridos los sesenta (60) días durante los cuales el personal clave propuesto debe permanecer obligatoriamente en la obra, el contratista puede -de manera excepcional y justificada- solicitar a la Entidad que autorice la sustitución de algún profesional, siempre que el perfil del reemplazante no afecte las condiciones que motivaron la selección del contratista.

Ahora bien, la normativa de contrataciones no ha previsto un límite expreso en cuanto al número de profesionales que pueden ser reemplazados, sin embargo, debe reiterarse que dicha medida tiene un carácter excepcional por lo que solo debe solicitarse cuando resulte estrictamente necesaria y cuente con el debido sustento. Adicionalmente, cabe precisar que para que dicho reemplazo sea válido, deberá existir una aprobación previa de la Entidad.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 De acuerdo con el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento, el personal clave propuesto por el postor debe permanecer obligatoriamente en la obra, como mínimo, sesenta (60) días calendarios contados a partir del inicio de su participación, o por el íntegro del plazo si este fuera 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, salvo en los casos de: (i) muerte, (ii) invalidez sobreviniente, o (iii) inhabilitación para ejercer la profesión.
- 3.2 Transcurridos los sesenta (60) días durante los cuales el personal clave propuesto debe permanecer obligatoriamente en la obra, 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.

Jesús María, 5 de diciembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.