



Expediente N°: 98760  
T.D.:15817767

### OPINIÓN N° 225-2019/DTN

Solicitante: Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de San Martín

Asunto: Participación de personal propuesto por el contratista

Referencia: Carta N° 004-2019-EMAPA-SM-SA-GG-GAJ

---

#### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente de Asesoría Jurídica de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de San Martín formula consultas sobre la participación de personal propuesto por el contratista y la aplicación de penalidades.

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<sup>1</sup> 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.

---

<sup>1</sup> En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnica Normativa, se han revisado las consultas planteadas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 89 del TUPA del OSCE; advirtiéndose que las consultas N° 2 y N° 4 no han sido formuladas en términos genéricos, sino que solicitan que este Organismo Técnico Especializado determine de qué manera debe proceder la Entidad solicitante ante determinada situación en particular, por lo que ante el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 89 del TUPA, dichas consultas no serán absueltas.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

**2.1 “¿Corresponde aplicar penalidad bajo el término de “ausencia de personal” debido a no considerar válida su presencia en obra por su condición de “no hábil” expedida por el Colegio de Ingenieros de Perú?” (Sic).**

2.1.1 Conforme a lo indicado en los antecedentes de la presente Opinión, corresponde recalcar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, **sin hacer alusión a situaciones o casos concretos**; en ese contexto, el análisis de la presente Opinión se limitará a desarrollar aspectos de carácter normativo relacionados con los temas a los que hace alusión la consulta planteada, no siendo posible determinar *-en el caso particular-* si corresponde aplicar una penalidad al contratista, toda vez que esto último excede las atribuciones conferidas por Ley.

Asimismo, debe indicarse que la obligatoriedad de que un determinado profesional cuente con una habilitación expedida por el colegio profesional correspondiente para ejercer determinados cargos, funciones o actividades dependerá de la normativa especial que regule cada profesión; no siendo competente este Organismo Técnico Especializado para efectuar un análisis particular sobre disposiciones ajenas a la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2 Efectuadas estas aclaraciones, debe indicarse que de conformidad con el numeral 190.1 del artículo 190 del Reglamento, dispone que el personal profesional presentado debe ser el mismo que participe en la ejecución de la prestación, toda vez que las calificaciones profesionales deben mantenerse durante la ejecución del contrato.

Bajo esa premisa, el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento busca garantizar que el personal propuesto por el contratista para la suscripción del contrato (tratándose de obras y consultoría de obras) sea el mismo que ejecute la prestación, habiendo establecido para ello **la obligación de que dicho personal permanezca como mínimo (60) días calendarios, contados a partir del inicio de su participación en el contrato**<sup>2</sup>, o por el íntegro del plazo de ejecución, 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. 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.**

---

<sup>2</sup> 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 vienen ejecutando estas.

Sobre este último punto, cabe precisar que para determinar los supuestos en los que una persona queda “inhabilitada para ejercer su profesión” deberá recurrirse a la normativa especial que regula cada profesión.

2.1.2 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). 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.

Cabe precisar que 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.

Asimismo, el numeral 190.5 del artículo bajo análisis agrega que 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.

A partir de lo desarrollado, puede evidenciarse que las penalidades previstas en el artículo 190 del Reglamento tienen por objeto sancionar la **ausencia**<sup>3</sup> –en el sentido literal del término– del personal clave propuesto por el contratista<sup>4</sup>.

Independientemente de lo señalado previamente, es oportuno mencionar que las disposiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado deben ser interpretadas de manera sistemática, es decir, el sentido que se dé a una de ellas deberá guardar coherencia e integrarse con las demás disposiciones que componen dicho sistema normativo.

---

<sup>3</sup> De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, el término “ausencia”, en su segunda y tercera acepción, significa “Falta o privación de algo” y “Condición legal de la persona cuyo paradero se ignora”. Fuente: <https://dle.rae.es/?w=ausencia>.

<sup>4</sup> Cabe precisar que **lo previsto en el artículo 190 del Reglamento también resulta aplicable para los contratos de Consultoría**, en lo que corresponda, salvo la Selección de Consultores Individuales.

Siguiendo esa lógica, debe considerarse que, de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 190.4 y 190.5 del artículo 190 del Reglamento, para que la sustitución del personal clave propuesto tenga validez, ésta debe contar con la respectiva aprobación<sup>5</sup> de la Entidad. Por tanto, la “ausencia de personal” clave también podrá entenderse configurada cuando una persona cuyo perfil hubiese sido desaprobado por la Entidad intervenga en la obra en calidad de sustituto de algún profesional clave, ya que en este caso la presencia de dicho persona no podría considerarse válida al contravenir lo dispuesto en el Reglamento.

Adicionalmente, resulta importante agregar que es responsabilidad del contratista ejecutar el contrato cumpliendo las exigencias previstas en nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, deberá asegurarse de que el personal clave que ejecute la prestación se encuentre debidamente habilitado para ejercer su profesión –*según la normativa especial que regule cada profesión*–; ahora bien, en caso Entidad advierta que el personal propuesto por el contratista no se encuentra habilitado conforme a lo previsto en la normativa de la materia, se encontrará facultada a ordenar el retiro y sustitución de dicho profesional<sup>6</sup>.

- 2.1.3 De otro lado, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación de la “*penalidad por mora*”, así como las “***otras penalidades***” (distintas a la penalidad por mora), las cuales se encuentran reguladas en los artículos 162 y 163 del Reglamento, respectivamente.

Refiriéndonos específicamente a las “otras penalidades”, el artículo 163 del Reglamento ha dispuesto lo siguiente “*Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162 [es decir, a la penalidad por mora], siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. (...) Estas penalidades se calcula de forma independiente a la penalidad por mora*”.

Como se advierte, cuando una Entidad requiera la ejecución de una obra, puede establecer en los documentos del procedimiento de selección “*otras penalidades*” -*distintas a la penalidad por mora*-, las cuales deben ser objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el numeral 161.3 del artículo 161 del Reglamento, en el caso de obras, dentro de las “*otras penalidades*” establecidas en los documentos del procedimiento de selección, se incluyen las contempladas en el Capítulo VI (Obras) del Título VII del Reglamento (Ejecución contractual);

---

<sup>5</sup> De acuerdo al el numeral 190.4 del artículo 190 del Reglamento, si dentro de los ocho (8) días siguientes de presentada la solicitud a la Entidad, ésta no emite pronunciamiento, se considera aprobada la sustitución.

<sup>6</sup> De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 10.1 del artículo 10 de la Ley y el numeral 187.2 del artículo 187 del Reglamento.

entre ellas, **aquellas que dispone el artículo 190 de dicho dispositivo** (previamente desarrollado).

No obstante ello, la Entidad pueda establecer en los documentos del procedimiento de selección penalidades adicionales y distintas (bajo el alcance de los dispuesto en artículo 163 del Reglamento) a las previstas en el artículo 190 del Reglamento, **a fin de sancionar el incumplimiento de otro tipo obligaciones a cargo del contratista**, siempre que se respeten parámetros de objetividad, razonabilidad, congruencia y proporcionalidad con el objeto de la contratación.

Adicionalmente a ello, el artículo 164 del Reglamento prevé que la Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en los que el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

Por último, es preciso agregar 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 pueden ser resueltas mediante conciliación y arbitraje, según el acuerdo entre las partes.

**2.2 *¿Es factible a estas alturas de desempeñadas sus funciones la supervisión de aplicársele dicha penalidad detectada en enero de 2019 y que no se aplicó debido a responsabilidades ajenas a EMAPA SAN MARTIN S.A. que imposibilitaban cumplir con sus funciones?***

2.2.1 En primer lugar, debe reiterarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en ese contexto, mediante la presente Opinión no es posible determinar si, en el caso que se plantea, corresponde aplicar –o no– una penalidad al contratista, toda vez que ello excede las atribuciones conferidas por Ley.

Aclarado este punto, debe reiterarse que las penalidades previstas en el artículo 190 del Reglamento tienen por objeto sancionar la **ausencia** –en el sentido literal del término– del personal clave propuesto por el contratista<sup>7</sup>.

Independientemente de ello, la Entidad puede establecer supuestos adicionales y distintos de penalidad ante el incumplimiento de **otro tipo obligaciones** a cargo del contratista, siempre que se respeten parámetros de objetividad, razonabilidad, congruencia y proporcionalidad con el objeto de la contratación.

Finalmente, en cuanto al cobro de dichas penalidades, debe indicarse que de acuerdo con el numeral 161.4 del artículo 161 del Reglamento, estas se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación

---

<sup>7</sup> No obstante, en coherencia con el numeral 190.5 del artículo 190 del Reglamento, dicha “ausencia” también se entenderá configurada cuando una persona cuyo perfil hubiese sido desaprobado por la Entidad intervenga en la obra en calidad de sustituto de algún profesional clave.

final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

### 3. CONCLUSIONES

- 3.1 Es responsabilidad del contratista ejecutar el contrato cumpliendo las exigencias previstas en nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, deberá asegurarse de que el personal clave que ejecute la prestación se encuentre debidamente habilitado para ejercer su profesión *–según la normativa especial que regule cada profesión–*; ahora bien, en caso Entidad advierta que el personal propuesto por el contratista no se encuentra habilitado, se encontrará facultada a ordenar el retiro y sustitución de dicho profesional.
- 3.2 Las penalidades previstas en el artículo 190 del Reglamento tienen por objeto sancionar la ausencia *–en el sentido literal del término–* del personal clave propuesto por el contratista; no obstante, bajo una lectura sistemática de la normativa de contrataciones de Estado, la “ausencia de personal” clave también se entenderá configurada *-por ejemplo-* cuando una persona cuyo perfil hubiese sido desaprobado por la Entidad intervenga en la obra en calidad de sustituto de algún profesional clave.
- 3.3 Dentro de los supuestos que eximen la aplicación de la penalidad prevista en el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento, se encuentran: i) muerte, ii) invalidez sobreviniente, e iii) inhabilitación para ejercer la profesión.
- 3.4 La Entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección penalidades adicionales y distintas a las previstas en el artículo 190 del Reglamento, a fin de sancionar el incumplimiento de otro tipo obligaciones a cargo del contratista, siempre que se respeten parámetros de objetividad, razonabilidad, congruencia y proporcionalidad con el objeto de la contratación.
- 3.5 Las penalidades aplicables al contratista se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Jesús María, 10 de diciembre de 2019

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

RMPP/.