

## **OPINIÓN N° 005-2023/DTN**

Solicitante: Enrique Martin Verapinto Zeballos

Asunto: Aplicación de penalidades

Referencia: Formulario S/N de fecha 05.DIC.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

---

### **1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el señor Enrique Martin Verapinto Zeballos, formula consultas referidas a la aplicación de penalidades, en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado<sup>1</sup>.

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 en términos genéricos y vinculadas 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 por el Decreto Legislativo N°1444; así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N°2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

### **2. CONSULTAS<sup>2</sup> Y ANÁLISIS**

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N°30225 y sus modificatorias.

---

<sup>1</sup> Dicha normativa se encuentra compuesta por la Ley, su Reglamento y las Directivas emitidas por el OSCE.

<sup>2</sup> En atención a la competencia conferida en virtud del literal n) del artículo 52 de la Ley, se ha revisado el contenido de la solicitud de consulta, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°2 del TUPA del OSCE “Solicitud de Consultas del sector privado o sociedad civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que la última consulta formulada en dicha solicitud no se encuentra vinculada a la materia del asunto (la aplicación de penalidades), sino a un supuesto distinto y particular (la modificación del programa de ejecución de obra en un contexto en el que se aprobó una solicitud de no aplicación de penalidad por mora); por tanto, al no cumplir con los requisitos previstos para su atención, dicha consulta no podrá ser absuelta en el marco de la presente Opinión.

- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus modificatorias.

La consulta formulada es la siguiente:

**2.1. “¿CONSIDERANDO QUE DE ACUERDO AL ARTÍCULO 161 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, ESTABLECEN QUE LAS PENALIDADES APLICABLES SON ANTE EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES; ENTONCES LA PENALIDAD POR MORA EN UNA OBRA, SOLO PUEDE APLICARSE PREVIA EVALUACION DEL RETRASO INJUSTIFICADO DEL CONTRATISTA?” (Sic.)**

2.1.1. En primer lugar, corresponde señalar que en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista puede determinar la aplicación de penalidades o la resolución del contrato.

Al respecto, es importante indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 161 del Reglamento, el contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las cuales deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

Asimismo, el citado artículo dispone en su numeral 161.2 que *“La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la **penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades (...)**”*. (El énfasis es agregado).

En esa medida, se advierte que las penalidades que prevé la normativa de contrataciones del Estado son: i) la “penalidad por mora” en la ejecución de la prestación; y, ii) las “otras penalidades”; las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 162 y 163 del Reglamento, respectivamente.

Adicionalmente, cabe precisar que la finalidad de establecer dichas penalidades es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o el retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo.

2.1.2. Precisado lo anterior, resulta oportuno anotar que, para el caso de contratos de ejecución de obra, el numeral 161.3 del artículo 161 del Reglamento dispone que dentro de las otras penalidades que se establecen en las bases se incluyen también las previstas en el capítulo VI del título VII del Reglamento.

Ahora bien, cabe mencionar que conforme a lo dispuesto en el numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento, en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato -situación que puede producirse en el marco de un contrato de obra pública- la Entidad le aplica “automáticamente” una penalidad por mora por cada día de atraso.

En ese contexto, se aprecia que el mencionado dispositivo establece, expresamente, que la penalidad por mora se aplica de manera automática (al haberse configurado el

atraso injustificado del contratista), y se calcula de acuerdo a la formula prevista en el mencionado numeral<sup>3</sup>.

- 2.1.3. Sobre el particular, es pertinente anotar que la penalidad por mora que regula la normativa de Contrataciones del Estado se aplica al contratista cuando se configura un “retraso injustificado” en la ejecución de las prestaciones a su cargo, lo que tratándose de un contrato de obra se configura cuando cumplido el plazo de ejecución contractual establecido, la obra no ha sido culminada.

Al respecto, el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento dispone que el retraso se podría justificar de dos maneras: i) con la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo; o, ii) con la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad, la cual resulta de la acreditación, objetivamente sustentada por el contratista, de que el mayor tiempo transcurrido (en la ejecución de las prestaciones a su cargo) no le resulta imputable a éste último.

En ese sentido, se advierte que la situación de incumplimiento contractual que configura un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista genera, a su vez, la aplicación automática de la penalidad por mora, conforme a lo establecido en el artículo 161 del Reglamento; hecho que supone la evaluación previa y determinación correspondiente, por parte de la Entidad, que el retraso es injustificado y, en consecuencia, corresponde la aplicación de dicha penalidad.

**2.2. “¿EN CASO QUE LA ENTIDAD PRETENDA APLICAR PENALIDADES POR MORA EN UNA OBRA Y QUE CONSIDERE QUE DICHAS PENALIDADES DEBEN SER DEDUCIDAS DE LAS VALORIZACIONES, ESTE MONTO DE PENALIDADES DEBE ESTAR INCLUIDA EN LOS CALCULOS DE LA VALORIZACION Y DEBEN SER CALCULADAS POR EL SUPERVISOR EN LA VALORIZACION DE OBRA RESPECTIVA; O PUEDE OTRO ORGANO DE LA ENTIDAD QUE POSTERIOR A LA ELABORACION DE LA VALORIZACION, EFECTUE EL CALCULO Y APLICACIÓN DE PENALIDADES?”**

- 2.2.1. Tal como se indicó anteriormente, la situación de incumplimiento contractual que configura un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista genera, a su vez, la aplicación automática de la penalidad por mora, conforme a lo establecido en el artículo 161 del Reglamento; hecho que supone la evaluación previa y determinación correspondiente, por parte de la Entidad, que el retraso es injustificado y, en consecuencia, corresponde la aplicación de dicha penalidad.

---

<sup>3</sup> “(...)

*Penalidad diaria = 0.10 x monto vigente F x plazo vigente en días*

*Donde F tiene los siguientes valores:*

*a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F 0.40.*

*b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:*

*b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25*

*b.2) Para obras: F = 0.15*

*(...)*”.

En ese contexto, corresponde señalar que conforme a lo dispuesto en el numeral 161.4 del artículo 161 del Reglamento, las penalidades -por mora y las otras penalidades- pueden deducirse 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.

Como se aprecia, conforme al dispositivo antes mencionado, es posible deducir de las valorizaciones el monto correspondiente a la aplicación de una penalidad por mora; ahora bien, es importante anotar que, por definición, la valorización de una obra es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un periodo determinado<sup>4</sup>.

De esta manera, en atención al Principio de Transparencia que establece el literal c) del artículo 2 de la Ley, en virtud del cual las Entidades deben proporcionar información clara y coherente a los proveedores en todas las etapas de la contratación, incluida la de ejecución contractual; si una Entidad determina la aplicación de la penalidad por mora y deduce su monto de una valorización de obra, aquella debe transparentar dicho monto a fin de que el contratista pueda distinguirlo respecto de los conceptos económicos propios de la valorización respectiva.

2.2.2. Adicionalmente, en relación con el segundo extremo de la presente consulta, cabe anotar que conforme a lo establecido en el artículo 194 del Reglamento, las valorizaciones son formuladas por el inspector o **supervisor** y el contratista; a su vez, respecto de la aplicación de penalidades que pueden deducirse de las valorizaciones de obra, según el numeral 5.2 del artículo 5 del Reglamento, *“El órgano encargado de las contrataciones tiene como función la gestión administrativa del contrato, que involucra el trámite de su perfeccionamiento, **la aplicación de las penalidades**, el procedimiento de pago, en lo que corresponda, entre otras actividades de índole administrativo. **Las normas de organización interna de la Entidad pueden asignar dicha función a otro órgano. La supervisión de la ejecución del contrato compete al área usuaria o al órgano al que se le haya asignado tal función.**”*. (El énfasis es agregado).

Por lo expuesto, conforme a lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado, se advierte que la aplicación de penalidades -incluyendo aquellas que pueden deducirse de las valorizaciones- corresponde, en principio, al órgano encargado de las contrataciones, o al órgano de la Entidad contratante al que ésta le haya asignado tal función; ello, sin perjuicio de las funciones que el Reglamento<sup>5</sup> y el propio contrato, respectivamente, estipulan como obligaciones del supervisor de obra.

### **2.3. “LAS PENALIDADES POR MORA U OTRAS PENALIDADES:**

A) **¿SE PUEDEN DEDUCIR DEL PAGO DE VALORIZACIONES, SIN QUE DICHA PENALIDAD SE HAYA CONSIDERADO EN LOS CALCULOS DE**

<sup>4</sup> De conformidad con el concepto establecido en el Anexo de Definiciones del Reglamento.

<sup>5</sup> Cabe precisar que el artículo 187 del Reglamento establece determinadas funciones inherentes al supervisor de obra, y precisa en su numeral 187.4 que las actuaciones de éste se ajustan a lo estipulado en el contrato de supervisión.

**LAS VALORIZACIONES APROBADAS POR LA SUPERVISIÓN DE OBRA?**

- B) **¿SE PUEDEN DEDUCIR DEL PAGO DE LAS VALORIZACIONES, SIN QUE SE HAYA NOTIFICADO DE LA PENALIDAD AL CONTRATISTA INCUMPLIENDO EL DEBIDO PROCEDIMIENTO?**
- C) **¿PUEDEN DEDUCIRSE EN LA LIQUIDACIÓN FINAL SIN HABER SIDO FUNDAMENTADAS Y NOTIFICADAS ANTES AL CONTRATISTA?”**

2.3.1. De manera preliminar, debe reiterarse que las consultas que absuelve este despacho son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos; en esa medida, no es posible emitir opinión respecto de casos o asuntos concretos.

2.3.2. Sin perjuicio de lo expuesto, resulta oportuno traer a colación lo señalado al absolver la consulta anterior:

Conforme a lo dispuesto en el numeral 161.4 del artículo 161 del Reglamento, las penalidades -por mora y las otras penalidades- pueden deducirse 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.

Como se observa, es posible deducir de las valorizaciones o de la liquidación final de una obra, según corresponda, el monto resultante de la aplicación de la penalidad por mora o de las otras penalidades; sin perjuicio de ello, en atención al Principio de Transparencia que establece el literal c) del artículo 2 de la Ley, si una Entidad determina la aplicación de penalidades y deduce su monto de una valorización de obra o de la liquidación final, aquella debe transparentar dicho monto, a fin de que el contratista pueda distinguirlo respecto de los conceptos económicos propios de la valorización o liquidación de obra, para los fines pertinentes.

2.3.3. Sobre el particular, cabe añadir que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto, como parte del procedimiento o condición para la aplicación de la penalidad por mora, que para tal efecto la Entidad deba notificar previamente al contratista informándole sobre dicha decisión; al respecto, basta que la Entidad determine la configuración de un retraso injustificado, bajo los términos establecidos en el artículo 162 del Reglamento, para que ésta aplique de manera automática la penalidad por mora. Por su parte, la aplicación de las otras penalidades se ciñe a lo establecido en el propio contrato y al artículo 163 del Reglamento.

**2.4. “¿PARA LA NO APLICACIÓN DE PENALIDAD POR MORA, EL RETRASO JUSTIFICADO DEBE SER SOLICITADO POR EL CONTRATISTA; O LA ENTIDAD ANTES DE APLICAR LA PENALIDAD POR MORA DEBE EVALUAR SI EL RETRASO ES INJUSTIFICADO?”**

Tal como se indicó al absolver las consultas anteriores, la penalidad por mora que regula la normativa de Contrataciones del Estado se aplica al contratista cuando se configura un “retraso injustificado” en la ejecución de las prestaciones a su cargo lo

que supone haber excedido el plazo de ejecución contractual establecido, sin culminar la obra, cuando ésta constituye el objeto del contrato.

Al respecto, el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento dispone que el retraso se puede justificar de dos maneras: i) con la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo; o, ii) con la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad, la cual resulta de la acreditación, objetivamente sustentada por el contratista, de que el mayor tiempo transcurrido (en la ejecución de las prestaciones a su cargo) no le resulta imputable a éste último.

En ese sentido, se advierte que el contratista puede solicitar a la Entidad la no aplicación de penalidad por mora, según corresponda, basándose en lo establecido en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento<sup>6</sup>; sin perjuicio de ello, la Entidad efectúa la evaluación correspondiente respecto del retraso producido en la ejecución contractual, a fin de determinar si aquel califica como uno justificado o si es injustificado y, en consecuencia, si corresponde o no aplicar la penalidad por mora.

**2.5. ¿COMO CONSECUENCIA DE LA APROBACION POR PARTE DE LA ENTIDAD DE UN RETRASO JUSTIFICADO, EL DOCUMENTO QUE LO APRUEBA DEBE SER EMITIDO SOLAMENTE POR EL AREA USUARIA CONSIDERANDO QUE LAS PENALIDADES NACEN A PARTIR DE LA INFORMACION DEL AREA USUARIA O DEL SUPERVISOR DE OBRA, O DEBE SER APROBADA POR QUIEN FIRMO EL CONTRATO.?”**

2.5.1. Sobre el particular, debe indicarse que, en concordancia con el criterio establecido en la Opinión N°012-2021/DTN, la normativa de Contrataciones del Estado no ha regulado un procedimiento específico, formalidades o plazos, a fin de calificar un retraso como justificado, en el marco de una solicitud para la no aplicación de penalidades por mora. En ese contexto, la Entidad puede comunicar su decisión de aprobar la mencionada solicitud, empleando cualquier documento emitido por el servidor o funcionario competente, según su organización interna y/o de acuerdo a lo previsto en el contrato.

### 3. CONCLUSIONES

3.1. En el marco de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado, la situación de incumplimiento contractual que configura un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista genera, a su vez, la aplicación automática de la penalidad por mora, conforme a lo establecido en el artículo 161 del Reglamento; hecho que supone la evaluación previa y determinación correspondiente, por parte de la Entidad, respecto que el retraso es injustificado y, en consecuencia, corresponde la aplicación de dicha penalidad.

3.2. La aplicación de penalidades -incluyendo aquellas que pueden deducirse de las valorizaciones- corresponde, en principio, al órgano encargado de las contrataciones, o al órgano de la Entidad contratante al que ésta le haya asignado tal función; ello, sin perjuicio de las funciones que el Reglamento y el propio contrato, respectivamente, estipulan como obligaciones del supervisor de obra.

---

<sup>6</sup> A mayor abundamiento, puede revisarse la Opinión N°012-2012/DTN.

- 3.3. Es posible deducir de las valorizaciones o de la liquidación final de una obra, según corresponda, el monto resultante de la aplicación de la penalidad por mora o de las otras penalidades; sin perjuicio de ello, en atención al Principio de Transparencia que establece el literal c) del artículo 2 de la Ley, si una Entidad determina la aplicación de penalidades y deduce su monto de una valorización de obra o de la liquidación final, aquella debe transparentar dicho monto, a fin de que el contratista pueda distinguirlo respecto de los conceptos económicos propios de la valorización o liquidación de obra, para los fines pertinentes.

La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto, como parte del procedimiento o condición para la aplicación de la penalidad por mora, que para tal efecto la Entidad deba notificar previamente al contratista informándole sobre dicha decisión; al respecto, basta que la Entidad determine la configuración de un retraso injustificado, bajo los términos establecidos en el artículo 162 del Reglamento, para que ésta aplique de manera automática la penalidad por mora. Por su parte, la aplicación de las otras penalidades se ciñe a lo establecido en el propio contrato y al artículo 163 del Reglamento.

- 3.4. El contratista puede solicitar a la Entidad la no aplicación de penalidad por mora, según corresponda, basándose en lo establecido en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento; sin perjuicio de ello, la Entidad efectúa la evaluación correspondiente respecto del retraso producido en la ejecución contractual, a fin de determinar si aquel califica como uno justificado o si es injustificado y, en consecuencia, si corresponde o no aplicar la penalidad por mora.
- 3.5. En concordancia con el criterio establecido en la Opinión N°012-2021/DTN, la normativa de Contrataciones del Estado no ha regulado un procedimiento específico, formalidades o plazos, a fin de calificar un retraso como justificado, en el marco de una solicitud para la no aplicación de penalidades por mora. En ese contexto, la Entidad puede comunicar su decisión de aprobar la mencionada solicitud, empleando cualquier documento emitido por el servidor o funcionario competente, según su organización interna y/o de acuerdo a lo previsto en el contrato.

Jesús María, 5 de enero de 2023

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

LAA