

OPINIÓN N° 010-2022/DTN

Solicitante: Municipalidad Distrital de Machu Picchu.

Asunto: Aplicación de la penalidad por mora en los contratos de ejecución periódica.

Referencia: Formulario S/N de fecha 12.ENE.2022 – Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la jefa de la Unidad de Logística de la Municipalidad de Machu Picchu consulta si en un contrato que contempla prestaciones parciales o periódicas, la penalidad puede ser superior al monto previsto para tales prestaciones.

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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA 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 a partir del 30 de enero de 2019
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377-2019-EF y D.S N°162-2021-EF.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

2.1 “EL REGLAMENTO SEÑALA QUE, LA PENALIDAD ALCANZA A UN MONTO MÁXIMO EQUIVALENTE AL 10% DEL MONTO DEL CONTRATO VIGENTE. ¿EN EL CASO DE PRESTACIONES PARCIALES Y/O

PERIÓDICAS, LA PENALIDAD PUEDE SER SUPERIOR AL 10% DEL MONTO PERIÓDICO?” (Sic).

Sobre los contratos de ejecución periódica

2.1.1 De manera previa es preciso señalar que, desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, estos se dividen en contratos de “**ejecución única**” entendidos como aquellos que se ejecutan en un solo acto que agota su finalidad; y en contratos “**de duración**” que son aquellos cuya ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes¹.

Ahora bien, los contratos “de duración” a su vez se subdividen en contratos de “ejecución continuada” y contratos de “ejecución periódica”. Así en los contratos de ejecución periódica “(...) *existen varias prestaciones (por regla general de hacer), que se presentan en fechas establecidas de antemano (por ejemplo, renta y contrato vitalicio; venta en uno de sus particulares aspectos: arg. art. 1518, párrafo), o bien intermitentes, a pedido de una de las partes (ejemplo, cuenta corriente, apertura de crédito en cuenta corriente, seguro de abono) (...)*”²

Aunado a ello, De La Puente y Lavalle precisa que “(...) *el contrato es de ejecución periódica, llamado también de tracto sucesivo, cuando la obligación contractual da lugar a varias prestaciones instantáneas del mismo carácter (generalmente de hacer, pero que puede ser también de dar) que deben ejecutarse periódicamente - de un modo fraccionado con una cierta distancia temporis una de la otra- durante la vigencia del contrato, por tener las partes interés de satisfacer una necesidad que presenta el carácter de periódica. (...)*”³.

De lo expuesto se advierte que un contrato de ejecución periódica es aquel en el cual existen varias *prestaciones parciales*⁴ que son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas.

Cabe precisar que las prestaciones parciales deben estar determinadas en el contrato o deben poder determinarse indubitablemente a partir de él, pues solamente así puede efectuarse cada una de las contraprestaciones parciales, vale decir, los pagos parciales correspondientes⁵.

¹ Messineo, D. (1952) *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires-Argentina, Ediciones: Jurídicas Europa-América, pág. 429-430.

² Ídem, pág. 431.

³ De La Puente y Lavalle, M. (2003) *El Contrato en general*, Tomo I, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L., Segunda Edición, pág. 184.

⁴ Según De La Puente y Lavalle, las “*prestaciones parciales*” están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deben realizar en el tiempo durante la ejecución de un contrato de ejecución periódica, precisando que en este tipo de contratos el contratista debe efectuar las mismas prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente.
De La Puente y Lavalle, M. (2003) *El Contrato en general*, Tomo I, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L., Segunda Edición, pág. 184.

⁵ De conformidad con el criterio contenido en la opinión N°113-2021/DTN.

En ese sentido, en los contratos de ejecución periódica tanto el plazo como el monto de la prestación parcial deben determinarse o poder ser determinados a partir del contrato, el cual está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como por los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Sobre la aplicación de la penalidad por mora

2.1.2 La normativa de contrataciones del Estado prevé que el contrato establece las penalidades que serán aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales. Estas penalidades pueden ser la “**penalidad por mora**” y las “**otras penalidades**” distintas a la mora.

En cuanto a la penalidad por mora, el artículo 162 del Reglamento establece que en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato a su cargo, la Entidad le aplica dicha penalidad, de manera automática, por cada día de atraso, realizando el cálculo de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{“Penalidad diaria”} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

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”

Respecto del valor del “monto” y “plazo” el numeral 162.2 del artículo 162 precisa que *“tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al monto vigente del contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran **obligaciones de ejecución periódica** o entregas parciales, **a la prestación individual que fuera materia de retraso**”*. (El resaltado es agregado).

Como se aprecia, el cálculo del monto diario de la penalidad por mora depende de la naturaleza del contrato que sea materia de análisis. Así pues, si se trata de un contrato de ejecución única debe aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, **se trata de un contrato de ejecución periódica** o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, **el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.**

2.1.3 Ahora bien, en mérito a la consulta formulada, es importante señalar que de conformidad con el numeral 161.2 del artículo 161 del Reglamento, la penalidad por mora –al igual que las otras penalidades distintas a la mora que hubiesen sido previstas en el contrato– puede alcanzar un monto máximo del 10% del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

De ello se advierte que el límite previsto en el precitado dispositivo normativo se determina considerando el monto total del contrato vigente, o del ítem que debió ejecutarse. **En esa medida independientemente de si el contrato es de ejecución**

inmediata o de ejecución periódica, el monto máximo de la penalidad por mora es el diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

En consecuencia, si bien en aquellos contratos de ejecución periódica el cálculo de la penalidad diaria por mora se realiza considerando el monto y plazo de las prestaciones parciales materia de retraso, esta situación no implica que el monto máximo de la penalidad por mora de todo el contrato vigente corresponda al diez por ciento (10%) del monto de la prestación parcial. **Por tanto, en este tipo de contratos la sumatoria de los montos correspondientes a la aplicación de penalidades por el atraso en la ejecución de las prestaciones parciales no puede ser superior al diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.**

3. CONCLUSIÓN

Si bien en aquellos contratos de ejecución periódica el cálculo de la penalidad diaria por mora se realiza considerando el monto y plazo de las prestaciones parciales materia de retraso, esta situación no implica que el monto máximo de la penalidad por mora de todo el contrato vigente corresponda al diez por ciento (10%) del monto de la prestación parcial. Por tanto, en este tipo de contratos la sumatoria de los montos correspondientes a la aplicación de penalidades por el atraso en la ejecución de las prestaciones parciales no puede ser superior al diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Jesús María, 21 de febrero de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

ZCH.