

OPINIÓN N° 020-2022/DTN

Entidad: Municipalidad Provincial de Puerto Inca

Asunto: Aplicación de penalidad por mora

Referencia: Formulario de solicitud de consulta ingresado con fecha 17.FEB.2022.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial de Puerto Inca, Paolo Ricardo Pastrana Salinas, formula consultas referidas a la aplicación de la penalidad por mora.

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, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1 *“Para el caso que se efectuara el cálculo de las penalidades por mora (sea por aplicación de la formula del artículo 162 o cláusulas contractuales específicas), de más del 10% del monto contratado, en los contratos de bienes, servicios, consultorías y obras con plazos de entrega parcial o cumplimiento total según las bases, la entidad a través del área usuaria ¿puede solo aplicar el 10% de*

penalidad por mora (por incumplimiento diversos), a pesar de que el cálculo real mencionado supera exponencialmente dicho porcentaje, amparándose en “restricción normativa” y que “la garantía del fiel cumplimiento” solo cubre ese monto? ¿Existiría responsabilidad?” (Sic.)

2.1.1 De manera previa, es necesario indicar que –conforme a lo señalado en los antecedentes de la presente opinión– 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. En ese sentido, esta Dirección Técnica Normativa no es competente para determinar en supuestos específicos las acciones que las Entidades deben realizar en la gestión de sus contratos, pues ello excede la habilitación legal conferida a este despacho conforme al literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el presente documento, se brindarán criterios de interpretación de alcance general que pueden emplear los usuarios de la normativa de contrataciones del Estado para determinar la aplicación de la penalidad por mora.

Cabe precisar que los criterios normativos contenidos en la presente opinión resultan aplicables a aquellas contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado; no obstante, es posible que dicha normativa sea aplicada supletoriamente a regímenes especiales cuando así sea dispuesto por disposición expresa de la ley que los crea.

2.1.2 Realizadas las precisiones anteriores corresponde desarrollar la clasificación de los contratos desde la perspectiva de su ejecución. Así, de acuerdo con su ejecución los contratos 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.

A su vez, los contratos “de duración” 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, o bien intermitentes, a pedido de una de las partes”².

Aunado a ello, De La Puente y Lavalle³ precisa que en este tipo de contratos “(...) 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. (...)”.

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.

En ese sentido, un contrato de ejecución periódica es aquel en el cual existen varias prestaciones parciales⁴ que son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas⁵.

Realizada la distinción entre un contrato de ejecución única y aquellos de ejecución periódica, es pertinente anotar que, en el marco de los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado, cabe la posibilidad de que en un contrato de ejecución única, como por ejemplo en un contrato de consultoría de obra consistente en la elaboración de un expediente técnico, se pacten entregas parciales en determinadas fechas establecidas de antemano. Esta circunstancia no altera la naturaleza del contrato, es decir, no cambia el hecho de que tal contrato sea de ejecución única, pues su finalidad solo será lograda en la medida en que se entregue el documento final⁶.

2.1.3 Ahora bien, a propósito de la consulta formulada es importante desarrollar la aplicación de la penalidad por mora.

Al respecto, 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 la ejecución de las prestaciones.

En relación con la penalidad por mora, de conformidad con el numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento, esta penalidad sanciona el retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones a su cargo; para tal efecto la Entidad aplica –al contratista– 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 de los valores 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

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 Cabe precisar que, 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.

⁶ De conformidad con la Opinión 103-2019/DTN.

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 los elementos "monto" y "plazo" del contrato, los cuales se determinan según el tipo de ejecución que presenta el 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.**

2.1.4 Ahora bien, 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 equivalente al diez por ciento (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 ese sentido, independientemente del tipo de ejecución del contrato, es decir, de si se trata de un contrato de ejecución inmediata o de ejecución periódica, el monto de la penalidad por mora 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.**

Cabe añadir que, cuando el contratista haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora –o el monto máximo para otras penalidades– en la ejecución de la prestación a su cargo, de conformidad con el artículo 164 del Reglamento, la Entidad puede resolver el contrato dejando sin efecto las obligaciones de las partes⁷.

Por tanto, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la aplicación de la penalidad por mora ante el retraso injustificado en el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, en ningún caso puede exceder el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o del ítem que debió ejecutar. No obstante, la acumulación de la penalidad por mora hasta el referido porcentaje puede ser empleada por la Entidad como una causal para resolver el contrato en aplicación de lo establecido en el artículo 164 del Reglamento⁸.

2.2 “En ese mismo sentido, el área usuaria luego de reconocer la existencia de penalidad por mora lesiva a la entidad ¿puede decidir no aplicar dicha penalidad

⁷ En este supuesto, de conformidad con el numeral 165.4 del artículo 165 Reglamento, solo basta que la Entidad comunique al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver.

⁸ Cabe precisar que de conformidad con el artículo 155 del Reglamento, cuando la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, ejecuta en su totalidad la garantía de fiel cumplimiento. Al respecto, de acuerdo con el criterio contenido en la Opinión N° 015-2018/DTN “si la Entidad procedió a resolver el contrato al haberse llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora y ante ello ejecuta la garantía de fiel cumplimiento por dicha resolución sin que se haya podido cobrar el monto de la penalidad, la ejecución de la garantía no puede usarse para amortizar la referida penalidad, correspondiendo a la Entidad solicitar el pago de dicha penalidad al proveedor”.

en el pago de entregable vigente a la fecha de dicho cálculo, bajo el argumento de que se hará en la liquidación?” (Sic.)

Como se indicó al absolver la consulta anterior, la penalidad por mora es de aplicación automática, es decir ante, la verificación del retraso injustificado, la Entidad debe aplicar la fórmula prevista en el artículo 162 del Reglamento a efectos de determinar el monto que corresponde por dicha penalidad. No obstante, el cobro del monto resultante, de conformidad con lo establecido en el numeral 161.4 del Reglamento, puede ser deducido 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.

En consecuencia, la aplicación automática de la penalidad por mora no implica que el cobro del monto resultante se realice necesariamente de manera inmediatamente posterior a su determinación; sino que puede ser realizado en otras oportunidades tales como en el pago final o en la liquidación final, o, incluso puede cobrarse del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

3. CONCLUSIÓN

- 3.1** En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la aplicación de la penalidad por mora ante el retraso injustificado en el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, en ningún caso puede exceder el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o del ítem que debió ejecutar. No obstante, la acumulación de la penalidad por mora hasta el referido porcentaje puede ser empleada por la Entidad como una causal para resolver el contrato en aplicación de lo establecido en el artículo 164 del Reglamento.
- 3.2** La aplicación automática de la penalidad por mora no implica que el cobro del monto resultante se realice necesariamente de manera inmediatamente posterior a su determinación; sino que puede ser realizado en otras oportunidades tales como en el pago final o en la liquidación final, o, incluso puede cobrarse del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Jesús María, 24 de marzo de 2022



Firmado digitalmente por SEMINARIO
ZAVALA Patricia Mercedes FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 24.03.2022 18:31:02 -05:00

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

ZCH/.