

OPINIÓN N° 036-2020/DTN

Entidad: Multimedical Supplies S.A.C
Asunto: Aplicación de penalidad por mora
Referencia: Carta S/N de fecha 4.FEB.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Sr. Gustavo Risco Sotelo, apoderado de la Empresa Multimedical Supplies S.A.C formula varias consultas sobre la aplicación de la penalidad por mora en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado.

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, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas 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, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “En los contratos de ejecución periódica, la prestación individual estará determinada por sus características y no por la denominación que le atribuyan, las Bases Administrativas o el Contrato. Es decir, se referirán a aquellas prestaciones donde la ejecución de la misma no guarde relación directa o afecte a las demás prestaciones. ¿Es esto correcto?” (sic.).

Diferencia entre un contrato de ejecución única y uno de ejecución periódica

2.1.1. De acuerdo con lo señalado en diversas opiniones, el cálculo diario de la penalidad por mora dependerá de la naturaleza del contrato, es decir, de si se trata de un contrato de ejecución única o uno de ejecución periódica. Por esta razón, reviste gran importancia diferenciar estos dos tipos de contratos.

En primer lugar, es preciso señalar que desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, estos se dividen en contratos de “ejecución única” y contratos “de duración”; así, Messineo¹ señala que un contrato será de “ejecución única”, cuando se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad; en tanto que será “de duración” cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes.

Un ejemplo de un contrato de ejecución única es la elaboración de un expediente técnico de obra. Al margen de que la Entidad decida, o no, dividir su ejecución en entregas parciales, la finalidad del contrato sólo se habrá cumplido cuando el contratista entregue y la Entidad obtenga el “producto final”, esto es, el Expediente Técnico.

A diferencia de lo anterior, estaremos ante un contrato de duración, por ejemplo, cuando la Entidad requiera contratar el servicio de mantenimiento preventivo para un equipo o maquinaria compleja o, también, en los contratos de arrendamiento. En ambos casos, para que el contrato pueda alcanzar su finalidad será indispensable que su ejecución “se dilate en el tiempo”.

2.1.2. Ahora bien, a su vez, los contratos “de duración” se sub dividen en contratos de “ejecución continuada” y contratos de “ejecución periódica”. Al respecto, en el contrato 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.

Adicionalmente, De La Puente y Lavalle³ 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. (...)”.

¹ Messineo, F. (1952) *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 429-430.

² Ídem, pág. 431.

³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*, Tomo I, Lima: Palestra Editores S.R.L., segunda edición, 2003, pág. 184.

En tal sentido, un contrato de ejecución periódica es aquel en el cual existen varias prestaciones las cuales son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas.

- 2.1.1. Por su parte, según De La Puente y Lavalle⁴, las “*prestaciones parciales*” **están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deberán realizar en el tiempo durante el trámite de un contrato de ejecución periódica**, precisando que en este tipo de contratos el contratista deberá efectuar las mismas prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente.

Asimismo, las prestaciones parciales deben **estar determinadas o deben poder determinarse plenamente, pues solamente así puede efectuarse cada una de las contraprestaciones parciales, vale decir, los pagos parciales correspondientes.** De esta manera, si no es posible determinar la prestación parcial, no puede realizarse el pago parcial respectivo, y en consecuencia no podrá conocerse el monto de la referida prestación parcial.

De esta manera, tanto el plazo como el monto de la prestación parcial (en un contrato de ejecución periódica) deben encontrarse definidos en el 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.

Los contratos de ejecución única pueden contemplar entregas parciales.

- 2.1.2. Teniendo clara 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 se haya pactado la ejecución de entregas parciales.**

Por ejemplo, cabe la posibilidad de que la entidad, con la finalidad de asegurar la ejecución oportuna de un contrato de consultoría de obra consistente en la elaboración de un expediente técnico, contemple que el contratista deberá entregar en determinadas fechas establecidas de antemano (en las bases) cada uno de los componentes que conforman el Expediente Técnico. En tal supuesto, la circunstancia de que se hubiesen contemplado tales entregas parciales no altera la naturaleza del contrato, es decir, **no cambia el hecho de que tal contrato de elaboración de expediente técnico sea un contrato de ejecución única**, pues la finalidad del contrato sólo será lograda en la medida en que se entregue el documento final, esto es, el expediente técnico de obra.

Aplicación de la penalidad por mora

⁴ Ídem, pág. 184.

2.1.3. Ahora bien, de acuerdo con el numeral 162.1, del artículo 162 del Reglamento, la penalidad por mora se aplica de manera automática por cada día de retraso y se calcula de acuerdo con la siguiente por fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

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 la fórmula descrita quedan claros los valores de “*F*”. Ahora, respecto del valor del “monto” y “plazo”, el numeral 162.2., del artículo 162 señala 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** materia de retraso” (El resaltado es agregado)

Como se puede apreciar, la aplicación de la penalidad por mora dependerá de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. De esta manera, en concordancia con lo señalado por esta Dirección mediante Opinión N° 103-2019/DTN, si el contrato es uno de **ejecución única** deberá 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.

Dicho lo anterior, se puede afirmar que, para la normativa de Contrataciones del Estado, pueden ser consideradas como *prestaciones individuales* materia de retraso, es decir, prestaciones a las que se le puede aplicar penalidad por mora: i) Las prestaciones parciales de los contratos de ejecución periódica; y ii) Las entregas parciales en los contratos de ejecución única.

2.2. “En un contrato de ejecución periódica, constituye una prestación individual aquella que posee una orden de compra individual, y además que es perfectamente identificable y distinguible de otras prestaciones. ¿Es esto correcto?”

Como se anotó al absolver la consulta anterior, en los contratos de **ejecución periódica**, son sus correspondientes prestaciones parciales aquellas susceptibles de ser penalizadas. Es decir, en caso de que se configure un retraso injustificado serán estas prestaciones parciales las “prestaciones individuales” que deben ser consideradas para realizar el cálculo de monto de la penalidad por mora.

Asimismo, es pertinente reiterar que las “prestaciones parciales” **están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deberán realizar durante un contrato de ejecución periódica**, debiendo precisarse que en este tipo de contratos el contratista deberá efectuar las mismas prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente.

1.1. “Cuando se ha determinado una prestación individual materia de retraso en su ejecución, el cálculo de la penalidad sólo estará en función de la misma, y no de otras prestaciones” (sic.).

Como se anotó, los valores “monto” y “plazo” que deben emplearse en la fórmula que permite calcular el monto de la penalidad diaria dependerán de la naturaleza del contrato que se encuentre en ejecución.

Si el contrato es uno de **ejecución única** deberá aplicarse el monto y plazo totales del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un **contrato de ejecución periódica** o de uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria de una prestación individual incumplida se debe realizar tomando en consideración **únicamente** el plazo y el monto de la **prestación individual** materia de retraso.

En este extremo, es pertinente reiterar que, a fin de que sea posible aplicar la penalidad por mora a las “prestaciones individuales” materia de retraso, el “monto” y el “plazo” de las prestaciones parciales del contrato de **ejecución periódica** o, de ser el caso, de las entregas parciales del contrato de ejecución única, deberán estar contemplados en el contrato.

1.2. “La penalidad aplicada a una prestación individual con retraso, deberá ser razonable; es decir, el monto no deberá ser excesivo en relación con el perjuicio que el hecho sancionable pueda ocasionar, ni confiscatorio en función del valor de la prestación individual materia de retraso ¿Es esto correcto?”

Sobre el particular es preciso mencionar que la finalidad de la penalidad por mora es desincentivar **el incumplimiento por parte del contratista del plazo de ejecución establecido en el contrato**, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato le cause.

Dicho lo anterior, es necesario precisar que, de acuerdo con el artículo 161 del Reglamento, en ningún caso el monto de la penalidad por mora puede exceder el 10% del monto del contrato vigente.

3. CONCLUSIONES

3.1. La aplicación de la penalidad por mora dependerá de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. De esta manera, en concordancia con lo señalado por esta Dirección mediante Opinión N° 103-2019/DTN, si el contrato es uno de **ejecución única** deberá 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.

- 3.2. En los contratos de ejecución periódica, son sus correspondientes prestaciones parciales aquellas susceptibles de ser penalizadas; es decir, en caso de que se configure un retraso injustificado serán estas prestaciones parciales las “prestaciones individuales” que deben ser consideradas para realizar el cálculo del monto de la penalidad por mora.
- 3.3. De acuerdo con el artículo 161 del Reglamento, en ningún caso el monto de la penalidad por mora puede exceder el 10% del monto del contrato vigente.

Jesús María, 18 de junio de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA