

OPINIÓN N° 043-2023/DTN

Solicitante: Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – Fondepes
Asunto: Aplicación de la penalidad por mora
Referencia: Formulario 17.MAR.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora (ita) Katia Natali Novoa Sánchez, Gerenta General del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - Fondepes, consulta sobre la aplicación de la penalidad por mora debido al retraso injustificado de “entregas parciales” en los contratos de ejecución continuada.

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. CONSULTAS 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 Decreto Supremo N°377-2019-EF, Decreto Supremo N°162-2021-EF; Decreto Supremo N°234-2022-EF; y, Decreto Supremo N°308-2022-EF.

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

- 2.1 *“¿En el marco del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N°344-2018-EF es legalmente viable aplicar la penalidad por mora a contratos de duración de ejecución continuada por el retraso injustificado de “entregas parciales”, dado que en las opiniones del OSCE como la Opinión N°102-2019/DTN y Opinión N°198-2019/DTN se desprendería que dicha penalidad sólo se aplica a los contratos de duración de ejecución periódica y a contratos de ejecución única que contemplen “entregas*

parciales”, siempre que en ambos casos el contrato contemple un plazo de entrega y una contraprestación (pago) para la prestación individual pese a que el artículo 162 del Reglamento no hace distinción entre contratos de ejecución única y contratos de duración de ejecución continuada (contratos de prestación única sin interrupción) para la aplicación de la penalidad por mora por retraso en las “entregas parciales” (prestación individual)?” (Sic).

- 2.1.1 De manera previa es necesario realizar algunas precisiones respecto de 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”** y en contratos **“de duración”**.
- 2.1.2 En cuanto a los contratos de ejecución única, se debe señalar que este tipo de contratos importan o suponen una sola ejecución; es decir, se agotan de manera instantánea con el cumplimiento de la prestación¹; no obstante, el agotamiento instantáneo en este tipo de contratos no significa que el contrato deba ejecutarse de manera inmediata, sino que su ejecución se realice en un solo acto que agota su finalidad.

Ahora bien, independientemente del agotamiento de su finalidad en un solo acto, es posible que los contratos de ejecución única sean ejecutados mediante entregas parciales. En efecto, 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 final, esto, el expediente técnico de obra.

Cabe precisar que la posibilidad de pactar entregas parciales en los contratos de ejecución única, está relacionada con la capacidad que tiene la Entidad de prever la divisibilidad de la prestación objeto de la contratación, de acuerdo con la naturaleza de la prestación y con lo previsto en el contrato².

- 2.1.3 Por otro lado, los contratos “de duración” se subdividen en contratos de “ejecución periódica”, y contratos de “ejecución continuada”. 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”*³; así pues, 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. (...)”*⁴; en otras palabras, un contrato de ejecución periódica, es aquel en el cual existen varias prestaciones parciales⁵ las cuales son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas.

¹ Osterling, F.; Castillo M. (2018) *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L, pág. 127.

² De conformidad con el criterio contenido en la opinión N°89-2022/DTN.

³ Messineo, F. (1952) *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires-Argentina, Ediciones: Jurídicas Europa-América, pág. 431.

⁴ 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 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

Por su parte, en los contratos de ejecución continuada “*la prestación (por regla general, de hacer, pero también de no hacer) es única, pero sin interrupción*”⁶; es decir, la ejecución de la prestación se realiza de manera continua sin interrupción⁷, de ahí que en este tipo de contratos no sea posible pactar entregas parciales durante su ejecución, pues su contenido implica una conducta duradera.

- 2.1.4 En ese sentido, teniendo en cuenta las particularidades esbozadas respecto de los contratos de ejecución única y de duración, se advierte que las entregas parciales y prestaciones parciales, sólo pueden ser contempladas, respectivamente, en aquellos contratos de ejecución única en los que se ha previsto la divisibilidad de la prestación objeto del contrato; así como, en los contratos de ejecución periódica o de tracto sucesivo.

Cabe precisar que en este tipo de contratos tanto el plazo como el monto de la entrega o prestación parcial deben estar determinadas, o, deben poder ser determinadas plenamente a partir del contrato⁸, pues solamente así pueden efectuarse cada una de las contraprestaciones parciales, es decir, los pagos parciales correspondientes a cada una de ellas.

- 2.1.5 Realizadas las precisiones anteriores, y a propósito de la consulta formulada es necesario indicar que el numeral el numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento, dispone que **la penalidad por mora 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

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.

⁶ Messineo, F. (1952) *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires-Argentina, Ediciones: Jurídicas Europa-América, pág. 431.

⁷ Osterling, F.; Castillo M. (2018) *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L, pág. 125-126.

⁸ 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.

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”.

Como se aprecia, la aplicación de la penalidad por mora depende del tipo de ejecución que presenta el contrato que sea materia de análisis. Así pues, si se trata de un contrato de ejecución única el cálculo de la penalidad debe efectuarse considerando 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.

En ese sentido, considerando que la aplicación de la penalidad por mora se produce ante el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato⁹, sólo en el caso de los contratos de ejecución única en los que se hayan pactado entregas parciales, así como en los contratos de ejecución periódica, dicha penalidad podrá aplicarse ante el retraso injustificado en las entregas parciales o en las prestaciones individuales. En consecuencia, en los contratos de ejecución continuada –en los que no es posible pactar entregas parciales durante su ejecución, debido a que la ejecución de la prestación se realiza de manera continua sin interrupción– la penalidad por mora **no** podrá ser aplicada respecto del retraso injustificado en entregas parciales o individuales.

- 2.1.6 Sin perjuicio de lo indicado, es preciso mencionar que el artículo 163 del Reglamento prevé que la Entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección, penalidades distintas a la penalidad por mora, siempre que sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para tales efectos, debe incluirse los supuestos de aplicación de la penalidad –distintas al retraso injustificado en la ejecución de la prestación materia de la contratación–, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

En esa medida, en los contratos de ejecución continuada, si bien no es posible la aplicación de penalidad por mora respecto del retraso injustificado en entregas parciales o individuales, sí resulta posible la aplicación de “otras penalidades” siempre que ellas se encuentren previstas en los documentos del procedimiento de selección, de acuerdo con lo establecido en el artículo 163 del Reglamento.

- 2.2** *¿En el marco del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N°344-2018-EF, es legalmente viable aplicar la penalidad por mora a contratos de duración de ejecución continuada como el contrato de supervisión por el retraso injustificado de “entregas parciales” que cuenten con un plazo de entrega, pero que no tiene un pago determinado en el contrato sino un pago determinable (en aplicación de la opinión 198-2019/DTN) en la medida que el costo de las “entregas parciales” se encuentre incluido en la estructura de costos ya sea de la tarifa o de la oferta en caso de suma alzada (sistemas de contratación que podrían aplicarse a los contratos de supervisión de obras)? (Sic).*

⁹ De acuerdo al “Anexo N°1” de Definiciones del Reglamento, la prestación del objeto del contrato está determinada por la ejecución de la obra, la realización de la consultoría, la prestación del servicio o la entrega del bien cuya contratación se regula en la Ley y en el Reglamento.

- 2.2.1 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, en los contratos de ejecución continuada –en los que no es posible pactar entregas parciales durante su ejecución, debido a que la ejecución de la prestación se realiza de manera continua sin interrupción– la penalidad por mora no podrá ser aplicada respecto del retraso injustificado en entregas parciales o individuales.

No obstante, en este tipo de contrato sí resulta posible la aplicación de “otras penalidades” distintas a la penalidad por mora, siempre que ellas se encuentren previstas en los documentos del procedimiento de selección, de acuerdo con lo establecido en el artículo 163 del Reglamento.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Las entregas parciales y prestaciones parciales sólo pueden ser contempladas, respectivamente, en aquellos contratos de ejecución única en los que se ha previsto la divisibilidad de la prestación objeto del contrato; así como, en los contratos de ejecución periódica o de tracto sucesivo.
- 3.2. Considerando que la aplicación de la penalidad por mora se produce ante el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, sólo en el caso de los contratos de ejecución única en los que se hayan pactado entregas parciales, así como en los contratos de ejecución periódica, dicha penalidad podrá aplicarse ante el retraso injustificado en las entregas parciales o en las prestaciones individuales. En consecuencia, en los contratos de ejecución continuada –en los que no es posible pactar entregas parciales durante su ejecución, debido a que la ejecución de la prestación se realiza de manera continua sin interrupción– la penalidad por mora no podrá ser aplicada respecto del retraso injustificado en entregas parciales o individuales.
- 3.3. En los contratos de ejecución continuada, si bien no es posible la aplicación de penalidad por mora respecto del retraso injustificado en entregas parciales o individuales, sí resulta posible la aplicación de “otras penalidades” siempre que ellas se encuentren previstas en los documentos del procedimiento de selección, de acuerdo con lo establecido en el artículo 163 del Reglamento.

Jesús María, 17 de abril de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

ZCH.