

## OPINIÓN N° 046-2023/DTN

Solicitante: Contraloría General de la República

Asunto: Aplicación de la penalidad por mora

Referencia: Formulario S/N de fecha 20.MAR.2023 – Consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente Regional de Control de Ancash de la Contraloría General de la República señor Emerson Rucoba Tananta, formula diversas consultas acerca de 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 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, 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 Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. *“¿Para la aplicación de penalidad por mora, prevista en el artículo 162.1 del RLCE, únicamente puede considerarse como supuesto fáctico, la ejecución tardía de la prestación o también puede ser aplicable cuando el contratista incumplió de manera total la ejecución de la misma o una parte de ella, es decir no realiza la prestación dentro del plazo contractual y no obstante ello, da por culminada la ejecución de las prestaciones objeto del contrato?” (Sic).*

2.1.1. Al respecto, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado establece que

la Entidad debe aplicar una penalidad por mora cuando el contratista incurra en un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a su cargo. **Esta penalidad se aplica por cada día de retraso** y el artículo 162 del Reglamento establece cuál es la fórmula<sup>1</sup> que debe utilizarse para determinar el monto correspondiente.

Dicho esto, se debe señalar que el numeral 162.2 del mencionado artículo detalla los componentes de la referida fórmula, estableciendo 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 puede apreciar, el cálculo del monto diario de la penalidad por mora se determina considerando los elementos "monto" y "plazo" del contrato o ítem que debía ejecutar el contratista, o en el caso que el contrato involucrara obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, dichos "monto" y "plazo" que se consideran para la aplicación de la penalidad por mora corresponden a la prestación individual que fuera materia de retraso.

2.1.2 Hechas estas aclaraciones, a fin de comprender el modo en que debe aplicarse la penalidad por mora según la fórmula establecida en el artículo 162 del reglamento, es importante tener clara la diferencia entre los contratos de ejecución única y los contratos de ejecución periódica.

En ese marco de ideas, corresponde señalar que desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, estos se dividen en contratos de "ejecución única" y contratos "de duración"; así, MESSINEO 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<sup>2</sup>.

Respecto de los contratos "de duración", estos se sub dividen en contratos de "ejecución continuada" y contratos de "ejecución periódica". Los contratos de **ejecución continuada** implican la ejecución de las prestaciones durante un periodo de tiempo **sin interrupción** (por ejemplo, el arrendamiento o el contrato de supervisión de obra). El contrato de **ejecución periódica** es aquel en el cual existen varias prestaciones parciales<sup>3</sup>

<sup>1</sup> "La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

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

Donde F tendrá 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:  $F = 0.15$ .

<sup>2</sup> MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 429-430.

<sup>3</sup> Según DE LA PUENTE Y LAVALLE, las prestaciones parciales en el caso de los contratos de ejecución periódica están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deberán realizar de forma continuada en el tiempo durante el trámite de la ejecución de un contrato de ejecución periódica. En este tipo de contratos, el contratista deberá efectuar las mismas prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. **El Contrato en general**. Tomo I. Segunda Edición. Palestra Editores. Lima, 2003. Pág. 184.

las cuales son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas.

Ahora bien, para culminar con el presente apartado, debe indicarse que MESSINEO **excluye del alcance de los contratos “de duración”** a aquellos contratos que tengan por contenido la prestación de un resultado futuro, pues, aun cuando en estos casos es necesario que la actividad del contratista se dilate durante cierto periodo de tiempo para producir el resultado requerido, **la ejecución seguirá siendo instantánea**<sup>4</sup>.

De esta manera, los contratos “de ejecución única”, son aquellos que importan o suponen una sola ejecución; es decir, se agota de manera instantánea con el cumplimiento de la prestación; cabe precisar que 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.

En relación con lo señalado, de conformidad con el criterio contenido en la Opinión N° 103- 2019/DTN, independientemente del agotamiento de su finalidad en un solo acto, **es posible que los contratos de ejecución única sean ejecutados mediante entregas parciales**. Así, conforme al ejemplo establecido en la referida opinión, 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.

De lo señalado se colige, que en las relaciones contractuales establecidas por las Entidades del Estado para la provisión de bienes, servicios y obras, las entregas parciales pactadas en los contratos de ejecución única implican que, a fin de asegurar el cumplimiento oportuno del objeto de la contratación, el contratista entregue o ponga a disposición de la Entidad una parte o un componente de la prestación a la que se obligó, recibiendo a cambio de dicha entrega la correspondiente contraprestación parcial.

De este modo, ante el retraso injustificado en el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista en los contratos de ejecución única que contemplen entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el

---

<sup>4</sup>*“En relación a la función recién delimitada, de la duración se debe excluir del número de los contratos de ejecución continuada o periódica, el contrato que tiene por contenido la prestación de un resultado futuro: a la manera latina locatio operis (que ha de distinguirse de la locatio operarum, consistente, como es sabido, en poner a disposición de otra persona, que la utiliza, la propia energía de trabajo independientemente del producto de esta energía); casos: contrato de obra por empresa, transporte, fletamento, prestación de obra intelectual. Aquí, el tiempo concierne a la producción del resultado, para lo que es necesario que la actividad del deudor se dilate durante cierto período de tiempo, y no a la ejecución que es, en cambio, instantánea; la duración actúa aquí en función del fin, no en función del tiempo (piénsese en el caso del contrato de obra por empresa, en el que el tiempo es necesario para que la obra ordenada se ejecute, pero donde, una vez lista la obra, la entrega se realiza uno actu).”* (El resaltado es agregado). MESSINEO, op.cit. páginas 430 y 431.

plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.

Recapitulando lo señalado, en contratos de “ejecución única”, por regla general, la penalidad por mora se aplica ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de la prestación objeto del contrato, considerando para ello, el plazo y monto previsto en dicho contrato, no obstante, en caso de que se hubiesen previsto 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 Sin perjuicio de lo anterior, en el caso específico de obras, **aun cuando no hubiese vencido el plazo de ejecución de la obra**, se pueden aplicar ciertos mecanismos a efectos de salvaguardar que el contratista cumpla con ejecutar los trabajos conforme a las fechas previstas en el calendario de avance de obra vigente, así, por ejemplo, el artículo 203 del Reglamento dispone que, en caso de presentarse demoras injustificadas en la ejecución de la obra, es decir, cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, el inspector o supervisor ordena al contratista que presente, dentro de los siete (7) días siguientes, **un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos**, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando tal hecho en el cuaderno de obra.

Cabe precisar que la falta de presentación de este calendario dentro del plazo señalado, o su incumplimiento *-en caso el monto de la valorización acumulada ejecutada es menor al ochenta por ciento (80%) del monto acumulado programado del nuevo calendario-* puede ser causal para que opere la intervención económica de la obra o la resolución del contrato.

- 2.2 ***“¿La Entidad puede aplicarle penalidad por mora, luego que el inspector o supervisor le comunica la no culminación de obra, conforme lo previsto en el artículo 208.1 del RLCE?”*** (Sic).

- 2.2.1 Tal como se ha indicado al absolver la consulta anterior, en contratos de “ejecución única”, por regla general, la penalidad por mora se aplica ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de la prestación objeto del contrato, considerando para ello, el plazo y monto previsto en dicho contrato, no obstante, en caso de que se hubiesen previsto 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.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento de recepción de obra, el numeral 208.1 del Reglamento dispone que *“En la fecha de la culminación de la obra, el residente anota tal hecho en el cuaderno de obras y solicita la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, corrobora el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos, especificaciones técnicas y calidad, de encontrarlo conforme anota en el cuaderno de obra y emite el certificado de conformidad técnica, que detalla las metas del proyecto y precisa que la obra cumple lo establecido en el expediente técnico de obra y las modificaciones aprobadas por la Entidad, remitiéndolo a esta dentro de dicho plazo. **De no constatar la culminación de la obra anota en el cuaderno de obra dicha circunstancia y comunica a la Entidad, en el mismo plazo.**”* (El énfasis es agregado).

A partir de lo señalado puede advertirse que, una vez que el residente realice la anotación en el cuaderno de obra indicando que se ha culminado con la misma, corresponde al inspector o supervisor corroborar si efectivamente se ha concluido con la obra conforme a lo establecido en los términos contractuales. Ahora bien, de **no** constatar la culminación de la obra, anotará dicha circunstancia en el cuaderno de obra y comunicará a la Entidad, **entendiéndose que la obra no se tiene aún por culminada.**

De esta manera, en caso se produzca el vencimiento del plazo de ejecución de obra, sin que esta haya sido culminada *-de conformidad con lo regulado en el artículo 208 del Reglamento-* y no se justifique ello a través de una ampliación de plazo, el contratista incurriría en un retraso injustificado, configurándose los presupuestos para la aplicación de la penalidad por mora por cada día de retraso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 del Reglamento.

**2.3 “¿Lo previsto en el artículo 208.14 del RLCE, es aplicable en el supuesto previsto en el artículo 208.1 o en qué supuesto del artículo en mención?” (Sic).**

2.3.1 Al respecto, debe indicarse que los numerales 208.1 y 208.14 del artículo 208 del Reglamento regulan situaciones distintas, en tanto el numeral 208.1 está referido a las actuaciones que efectúan, en un primer momento, el inspector o supervisor, a efectos de corroborar si el contratista ha culminado la obra conforme a los términos contractuales, emitiéndose el certificado de conformidad técnica, de ser el caso.

Por su parte el numeral 208.14, regula ciertas situaciones que se pueden presentar durante la revisión realizada por el comité de recepción *-el cual es designado en un segundo momento, luego de emitido el certificado de conformidad técnica-*, vinculadas a ciertas observaciones objeto de subsanación que dicho comité pudiese advertir al verificar el funcionamiento u operatividad de la infraestructura culminada y las instalaciones y equipos en caso corresponda.

Por tanto, los supuestos previstos en los numerales 208.1 y 208.14 del artículo 208 del Reglamento están referidos a situaciones distintas, las cuales además se desarrollan en momentos diferentes, por lo que su aplicación debe realizar de acuerdo a las supuestos de hecho que regula cada una.

**2.4 “¿Durante la liquidación del contrato de obra, la Entidad puede verificar, establecer y aplicar penalidades por mora?” (Sic).**

2.4.1 Al respecto, cabe reiterar que, conforme al artículo 162 del Reglamento, la penalidad por mora se aplica de manera automática ante el retraso injustificado de la prestación objeto del contrato. El referido dispositivo regula también las modalidades para hacer efectivo el cobro de la penalidad, señalando que el monto correspondiente a la penalidad por mora se deduce de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según correspondiera; o si fuera necesario del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento

Ahora bien, tratándose de obras, el procedimiento de liquidación del contrato, puede

definirse<sup>5</sup> como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que pudiera existir a favor o en contra de alguna de las partes.

En ese sentido, la liquidación debe contemplar todos los conceptos que formaban parte del costo total de la obra, tales como: las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad, los impuestos que afectaban la prestación, las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros, que debían estar debidamente sustentados con la documentación y los cálculos detallados que correspondieran.

Así, de haberse generado un retraso injustificado por parte del contratista objeto de penalidad, en la liquidación final deberá contemplarse el monto de dicha penalidad por mora a efectos de calcular las deducciones correspondientes.

Finalmente, cualquier controversia respecto de la aplicación de penalidades o respecto de la liquidación final del contrato de obra podrá ser sometida a los medios de solución de controversias que prevé la normativa de contrataciones del Estado dentro del plazo de caducidad correspondiente.

### 3. CONCLUSIONES

- 3.1. En contratos de “ejecución única”, por regla general, la penalidad por mora se aplica ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de la prestación objeto del contrato, considerando para ello, el plazo y monto previsto en dicho contrato, no obstante, en caso de que se hubiesen previsto 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 caso se produzca el vencimiento del plazo de ejecución de obra, sin que esta haya sido culminada *-de conformidad con lo regulado en el artículo 208 del Reglamento-* y no se justifique ello a través de una ampliación de plazo, el contratista incurriría en un retraso injustificado, configurándose los presupuestos para la aplicación de la penalidad por mora por cada día de retraso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 del Reglamento.
- 3.3. En el caso específico de obras, aun cuando no hubiese vencido el plazo de ejecución de la obra, se pueden aplicar ciertos mecanismos a efectos de salvaguardar que el contratista cumpla con ejecutar los trabajos conforme a las fechas previstas en el calendario de avance de obra vigente, así, por ejemplo, el artículo 203 del Reglamento dispone que, en caso de presentarse demoras injustificadas en la ejecución de la obra, es decir, cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, el inspector o supervisor ordena al contratista que presente, dentro de los siete (7) días siguientes, un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando tal hecho en el cuaderno de

---

<sup>5</sup> Asimismo, según el Anexo de Definiciones del anterior Reglamento, la Liquidación de contrato es el “*cálculo técnico efectuado, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar el costo total del contrato y su saldo económico*”.

obra. La falta de presentación de este calendario dentro del plazo señalado, o su incumplimiento *-en caso el monto de la valorización acumulada ejecutada es menor al ochenta por ciento (80%) del monto acumulado programado del nuevo calendario-* puede ser causal para que opere la intervención económica de la obra o la resolución del contrato.

- 3.4 De haberse generado un retraso injustificado por parte del contratista objeto de penalidad, en la liquidación final deberá contemplarse el monto de dicha penalidad por mora a efectos de calcular las deducciones correspondientes.

Jesús María, 19 de abril de 2023

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

RMPP.